

1 INTRODUÇÃO

O avanço da sociedade da informação ocasiona mudanças nas estruturas da sociedade, afetando a relação dos agentes privados entre si e com o Estado, favorecendo a formação de novos padrões de relações sociais. Tal mudança é um processo multidimensional, associado à emergência de um paradigma baseado nas tecnologias de comunicação e informação que tem a capacidade de moldar as relações sociais. Qualquer mudança traz ameaças e incertezas, cujas consequências são difíceis de prever, um exemplo são as novas relações eminentemente privadas e mediadas pela tecnologia.

Em tais relações o poder do Estado é mínimo, com quase toda a caracterização da relação feita por agentes privados, causando uma série de riscos. Novos comportamentos sociais surgem em decorrência deste processo, essencialmente relacionados à lógica capitalista, deixando os direitos fundamentais em segundo plano. Nesse contexto, novos interesses podem surgir baseados em tais relações. O interesse visa a satisfação de uma necessidade, mas para satisfazê-la, algumas vezes é necessário que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa. Assim, o interesse é uma relação, quando os indivíduos têm interesses não exclusivos surge a chamada relação de complementaridade.

Porém, conflitos surgem quando os interesses são exclusivos, ou seja, quando uma mesma necessidade é disputada por mais de um sujeito. Os conflitos de interesses possuem forma variável e contornos diferentes em decorrência do contexto social, econômico e tecnológico da sociedade. Se anteriormente prevaleciam conflitos entre indivíduos ou grupos perfeitamente identificáveis, na internet surgem conflitos que afetam uma quantidade indeterminável de pessoas que não participam da relação diretamente, mas, a solução do conflito afeta seus interesses, apenas porque são integrantes de uma sociedade, o presente trabalho chama tais interesses de reflexos.

Em tais conflitos, é praticamente impossível saber *a priori* qual a relação entre os interesses individuais e os interesses reflexos, se tal relação é de conflito ou de complementaridade ou ainda se os interesses são apenas econômicos ou contrários ao ordenamento jurídico. As atuais relações na sociedade são tão complexas que terceiros podem ter interesses conflituosos e complementares ao mesmo tempo com ambas as partes, como por exemplo: Uber¹, WhatsApp² e Direito ao esquecimento na internet. Mas, em uma relação

1 É um aplicativo que tem como objetivo conectar passageiros a motoristas particulares de carros, tal aplicativo entre em conflito com o serviço oferecido pelos taxistas, o argumento contra o aplicativo é que se trata de uma prática “ilegal”, pois não é regulamentado, ao contrário do serviço de taxi, assim, existe um conflito

jurídica tradicional isso não é levado em consideração, apenas os interesses das partes.

O objetivo do presente trabalho é rediscutir a relação entre interesse e direito, mais especificamente no conflito de interesses entre agentes privados e os interesses reflexos da sociedade, uma vez que a ideia tradicional de levar em consideração apenas os interesses das partes é insuficiente para tutelar os interesses de todos os grupos na atual sociedade. Para isso será aprofundado o estudo do relacionamento entre interesse e direito com base no trabalho de Carnelutti (2006), para análise dos interesses reflexos será e apresentada a teoria da integridade proposta por Dworkin (2000), além considerar o direito ao esquecimento na internet como estudo de caso da presente proposta.

2 INTERESSE E DIREITO

Para Carnelutti (2006, p. 23) o conceito de interesse é fundamental tanto para o estudo do processo quanto para o estudo do direito: “a força motriz do indivíduo e da sociedade é o interesse. Por ele, proclamam-se convicções e opiniões. Por ele, luta-se. Sua natureza detona consequências sociais, expurga ou atrai malefícios”. Apesar de ser usual e bastante utilizado no cotidiano, o termo tem muitos significados e vem se modificando ao longo do tempo.

Para Dworkin (2014, p. 29): “a concepção antiga e medieval do interesse entendia o mesmo como um ideal ético”. Posteriormente, o termo foi associado à “ideia de prejuízo, de dano, embora tal sentido tenha caído em desuso, foi com base nele que se criou o conceito de indenização” (OLIVEIRA, 2011, p. 28). Somente a partir do século XV é que o termo adquire um significado mais amplo, relacionando o interesse a satisfação desejos ou necessidades.

Assim, o interesse liga o sujeito a um bem da vida, implica uma relação que se estabelece entre o sujeito e o objeto, onde o primeiro busca extrair do último uma determinada utilidade com o objetivo de satisfazer uma necessidade. Tanto que para Mancuso (2004, p. 19-20): “a nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem, que faz nascer um interesse na posse ou fruição daquela situação”. Porém, o interesse vai além de uma relação

entre os interesses dos taxistas e os interesses dos motoristas particulares em prestar serviço pelo Uber. No meio do conflito, existe o interesse dos passageiros de um melhor serviço de transporte. Além disso, existe o interesse do Governo, mais especificamente das prefeituras, em tributar o serviço prestado pelo Uber, é interessante ressaltar que tal conflito é econômico para todas as partes, exceto para os passageiros.

- 2 É um aplicativo de troca de mensagens gratuito que compete diretamente com o serviço de trocas de mensagens pagos oferecidos pelas operadoras de celular. Nesse sentido, as operadoras argumentam que, por se tratar de um serviço de telecomunicações, precisa de autorização para funcionar. O conflito entre os interesses de dois agentes privados traz como um agravante a quantidade de usuários e o nível de utilização do aplicativo no Brasil, qualquer mudança no aplicativo afeta milhões de pessoas.

de utilidade com um bem, existe um propósito de preservação, de manutenção de tal relação.

Assim, o interesse motiva um sujeito a constituir uma relação com determinado bem para obter do bem alguma utilidade, ao mesmo tempo, há um interesse na conservação desse bem até que sua utilidade se esgote, afinal, o indivíduo que se encontra em determinada relação com um bem tem o direito de gozar da utilidade que lhe é proporcionada. O interesse tem conteúdo axiológico variado, “dependendo do seu sentido, representando, a partir da ideia de vantagem, desejos e aspirações das mais diversas ordens” (MANCUSO, 2004, p. 19).

Nesse sentido, podem ser identificados dois sentidos com conteúdos variados no interesse: um simples e outro jurídico, já que sua valoração é deixada ao arbítrio dos sujeitos. O interesse simples, também chamado de puro, de fato ou subjetivo, foi desenvolvido dentro dos limites da esfera individual, envolvendo impulsos, desejos e motivações, para Maciel Júnior (2005, p. 125): “não podem ser exigidos ou opostos a terceiros por se encontrarem no campo do pensamento”, os efeitos pertencem apenas aos limites de cada sujeito, que deverá usufruir da vantagem ou suportar a frustração de seu interesse não realizado. Portanto, tais interesses são indiferentes ao Estado que não incentiva nem proíbe sua existência.

Por sua vez, o interesse jurídico se apresenta como uma possibilidade de vantagem a ser atingida. Para Maciel Júnior (2005, p. 122) é no relacionamento entre os dois sentidos que ocorre a “transição do interesse como motivação para o interesse como objeto em que se projeta o desejo de satisfação de necessidades ou anseios humanos”. Do plano individual, o interesse passa a adquirir concretude, objetivando-se em bens com os quais o sujeito se relaciona, passando a adquirir valor, surgindo o interesse jurídico.

Quando se fala do interesse no sentido jurídico, é fundamental citar o estudo feito por Ihering (1987), em que o direito é o interesse juridicamente tutelado, assim, o interesse sofre a apreensão axiológica segundo a valoração predeterminada na norma. Tal visão é utilitarista ao extremo, sendo a finalidade do Direito a busca da utilidade. Portanto, o direito existe apenas para viabilizar a satisfação das necessidades, assim, a norma só tem sentido se objetivar a realização de um fim. Portanto, o conteúdo axiológico do interesse é prefixado pela norma, todo direito reflete um interesse reconhecido pelo legislador e digno de proteção, assim, o interesse só tem utilidade para o direito quando protegido pela norma.

Ihering (1987) igualou o conceito de direito e interesses, porém os mesmos são diferentes, ambos são situações jurídicas, mas de categorias distintas. Para Telles Júnior (2002, p. 41): “o interesse é o objeto do direito”, o interesse é aquilo que se pretende proteger com o direito e não o próprio direito, nesse sentido, o direito objetivo existe para assegurar a satisfação de um interesse. Dessa forma, a análise da existência do interesse percorre o campo

da necessidade e da utilidade, enquanto “o direito se insere como uma figura deôntica, que tem um sentido preciso somente na linguagem normativa” (NUNES, 2010, p. 10).

Para Carnelutti (2006, p. 84): “o interesse é uma relação entre cada uma das partes e a coisa, com o objetivo de satisfazer uma posição favorável de uma necessidade assumida por uma das partes”. Assim, o interesse nem sempre contém de forma evidente uma pretensão, dessa forma, “a noção de interesse deve ser utilizada na construção da teoria do direito, pois nela se compreende todas as necessidades e todos os bens, qualquer que seja a sua natureza” (CARNELUTTI, 2006, p. 86), dada a importância do trabalho sobre interesses e direitos, o mesmo será utilizado como base para o presente estudo, a próxima seção apresenta a Teoria Geral do Direito baseada em interesses proposta pelo autor.

3 UMA TEORIA GERAL DO DIREITO BASEADA EM INTERESSES

Carnelutti (2006) criou uma teoria geral do Direito tendo como base o conceito de interesse, considerado como uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade, definindo direito como “um complexo dos comandos concretos e abstratos vigorando conjuntamente em uma sociedade” (CARNELUTTI, 2006, p. 21), concluindo que o direito é uma combinação de força e justiça. O autor chama o complexo dos interesses humanos de economia. Nesse sentido, o interesse é a utilidade específica de um ente para outro. Tal utilidade é a satisfação de uma necessidade por meio de um bem. Um bem é o ente capaz de satisfazer a necessidade.

Para Carnelutti (2006, p. 21): “os interesses não são simples, pois existem relações entre eles”. Portanto, interesse é relação, mais especificamente, relações deduzíveis pela razão. O conflito de interesses surge da limitação dos bens, já que é da própria natureza do homem que as suas necessidades cresçam à medida que crescem os seus bens, nesse caso os bens são limitados e os interesses ilimitados, portanto, o elemento econômico da situação jurídica é o conflito de interesses. O direito só existe onde houver conflito de interesses, “pois onde não há conflito de interesses não há necessidade de direito” (CARNELUTTI, 2006, p. 99). O conflito de interesses pode ser resolvido de três formas: violência, posse e lide.

A resolução do conflito pela violência, “é uma constante ameaça, contra a qual se deve reagir” (CARNELUTTI, 2006, p. 92). A segunda forma é a posse ou composição econômica, ou seja, uma composição espontânea do conflito, onde um dos interesses em conflito se faz prevalecer pela iniciativa de um dos sujeitos. Para Carnelutti (2006, p. 93): “a posse é um

fenômeno econômico, mas pode se transformar em um fenômeno jurídico”. Por último, o conflito de interesses pode ser resolvido pela lide. A lide é o oposto da posse, se todos os conflitos fossem resolvidos pela posse não haveria necessidade do direito, uma das razões pela qual o conflito não se compõe pela posse é que a ética não se faz ouvir com força suficiente. Segundo o autor, a posse concede tranquilidade à sociedade, mas a paz só pode ser obtida com a lide.

Para Carnelutti (2006, p. 95) a função do direito é reduzir a economia à ética, como a regra ética não se revela, pelo menos com a mesma clareza e intensidade a todos os homens, pode suceder conflitos de interesses. Para caracterizar a lide não basta o conflito de interesses, é fundamental que a pretensão seja resistida, a pretensão é uma exigência de submissão do interesse alheio ao interesse próprio, ou seja, direito subjetivo. Se, por qualquer razão, uma parte se curva diante da pretensão da outra, o conflito de interesses existiu, mas não gerou a lide, justamente pela falta da pretensão resistida, um elemento indispensável da lide. Portanto, apenas depois da resistência oposta à pretensão que se pode falar em lide.

Assim, são necessariamente duas as partes de uma lide, sendo o objeto necessariamente um, nesse sentido, deve-se tratar como terceiro qualquer outro sujeito que não seja parte. Para Carnelutti (2006, p. 99-100): “o conceito de parte deve ser transferido da teoria particular do direito processual para a teoria geral do direito”. Os sujeitos da relação podem ser mais do que dois, as partes que não podem ser mais do que duas. A lide apenas possui importância ao direito quando envolve interesses de duas partes.

Na lide não existe a composição ética do interesse, portanto é necessária a imposição de uma conduta que deve ser seguida, tal imposição é chamada de preceito. O preceito é o conteúdo ético do comando, ou seja, determinação de conduta de cada interessado no conflito, no sentido de fazer ou não fazer alguma coisa; “o comando é o *corpus* jurídico do preceito ou ainda a fórmula da aplicação de uma regra” (CARNELUTTI, 2006, p. 109-110). Quando as partes formulam o preceito entre si, determinando uma conduta recíproca suficiente para compor o conflito, o comando deixa de ser necessário.

Caso contrário, deve existir uma sanção para impor o preceito, “a sanção introduz a força na noção do direito” (CARNELUTTI, 2006, p. 18), quando o preceito está reforçado por uma sanção, passa a ser um mandato. A sanção tem como objetivo tornar o preceito inviolável. O mandato deve ser necessário no momento em que as partes não chegam a um acordo sobre o conflito, portanto, é necessário que o Estado imparcial lhes prescreva uma conduta e os ameace com uma sanção. O mandato deve ser de forma hipotética ou geral definido em qualquer espécie de norma jurídica. A lei é uma declaração de vontade, e consiste

em um comportamento exterior apto para fazer entender sua vontade.

Para Carnelutti (2006, p. 122): “o direito deve ser compreendido com conjunto de preceitos jurídicos para garantir, dentro de um grupo social, a paz ameaçada pelo conflito de interesses de seus membros”, o processo é definido como o conjunto de atos destinados à aplicação de tais preceitos. O direito deve formular preceitos que correspondam às leis técnicas, relacionada à questões de conveniência, e às leis éticas, relacionadas à questões de justiça. Além da lei, o preceito pode ser exteriorizado por meio dos costumes, a diferença entre lei e costume é que a primeira é uma manifestação expressa de vontade e o último é uma manifestação tácita. O processo jurisdicional também pode servir para a formação de preceitos, portanto, a jurisdição é também uma fonte jurídica.

Para a solução do conflito, torna-se fundamental o entendimento que o interesse é a manifestação unilateral de vontade de um sujeito em face de um bem. Se tal interesse vai e transformar em direito dependerá do processo de validação no qual a sociedade reconhece ao indivíduo o direito. É importante ressaltar que Carnelutti (2006, p.125) não trata de tal processo, trata apenas da produção do direito, “que surgem como função de um grupo político, isto é, do grupo de homens que se constitui em vista de tratar dos interesses comuns”. Portanto, o é fundamental entender como o interesse passa a ser merecedor de garantias, ou seja, como ocorre a validação do interesse para se transformar em direito.

3.1 DO INTERESSE AO DIREITO

Os interesses implicam na manifestação de vontade de um sujeito em relação a um bem, mas para que tais interesses afetem terceiros eles precisam ser convertidos em direitos, assim, o interesse surge em um momento anterior à formação do direito (MACIEL JÚNIOR, 2005, p. 43). O direito é concebido com o objetivo de obter o predomínio de um determinado interesse em um conflito, com a conseqüente imposição de um dever ou de uma sujeição a outra pessoa, assim, um interesse deve estar subordinado a outro.

O direito é um processo em constante transformação, iniciando com um interesse e terminando com a sua validação por meio de um processo legitimador. Maciel Junior (2005) chama tal processo de validação, é por meio da validação de um interesse pela via Estatal que nasce o direito subjetivo, em que a norma é concretizada e subjetivada democraticamente, com observância das garantias constitucionais, especialmente do processo legislativo e do devido processo legal. Assim, entre o interesse e o direito existe uma validação, um caminho

que, necessariamente, deve ser percorrido.

Porém, como acontece a recepção espontânea de um interesse pela sociedade? Ou como se desenvolve o processo de validação? Quais os critérios que devem ser utilizados para validar um interesse como direito? A primeira pergunta pode ser respondida através das normas sociais, ou seja, o interesse está presente na sociedade e o seu reconhecimento acontece pela via social sem a necessidade do direito, o que Carnelutti (2006, p. 81) chama de composição econômica representada pela posse.

Segundo Lessig (2006): “a norma social, o mercado, o código e a lei são os fatores que contribuem para a maior ou menor liberdade individual ou para a regulamentação da sociedade da informação”. Tais normas surgem na sociedade e devem ser seguidas pelos seus membros. As normas exercem coerção, caso alguém as desobedeça, ele é punido pela própria sociedade de alguma forma. Caso a sociedade não recepcione espontaneamente o interesse de um indivíduo, ele poderá requerer o reconhecimento pelo Estado, que atuará no sentido de validar pretensões de modo a viabilizar a conversão do interesse em direito através da legislação ou da sentença judicial. Portanto, em relação à segunda pergunta, o processo de validação pode acontecer de duas formas: legislação ou jurisdição.

Para Carnelutti (2006, p. 134): “a lei é o direito produzido pela ordem máxima e soberana”, ou seja, a produção do preceito em série, para casos abstratos, não para casos concretos, sendo que a principal característica é a sujeição das partes. Para Diniz (2009, p. 69) “os juízos de valor contidos na lei exprimem interesses da comunidade”. Ainda segundo Carnelutti (2006, p. 131): “a jurisdição produz preceitos para cada caso singular”. Para Diniz (2009, p. 69): “o juiz não tem a mera função cognoscitiva, é permitido ao mesmo construir novas normas para as situações não previstas”, porém, a competência do juiz não consiste em criar livremente um novo direito, mas em colaborar, dentro da ordem jurídica vigente, na realização dos ideais que positivamente a inspiram.

Nesse contexto, retorna-se a terceira pergunta: quais os critérios que devem ser utilizados para validar um interesse como direito? O presente trabalho defende que a teoria da integridade proposta por Dworkin (2000) é adequada para discutir a inclusão e a participação dos destinatários da decisão jurisdicional em relação aos interesses reflexos. Para o autor, o direito é entendido como um fenômeno social cuja prática é argumentativa, assim, o direito nasce de um processo de construção e justificação, opondo-se claramente ao direito como simples questão de fato.

Para Dworkin (2000, p. 89): “o interesse pelo Direito é o fato de ser utilizado como instrumento para a consecução dos propósitos individuais e por ser ele a instituição social

mais estruturada e reveladora”. A teoria da integridade pressupõe três atores distintos: legislativo; jurisdicional e a sociedade. A integridade deve ser vista na esfera legislativa e judiciária, mas a falta da observância dos seus fundamentos por qualquer dos atores acarreta a não incidência da integridade em determinado Estado. Nesse sentido, o direito seria um conjunto de regras cuja validade dependeria da aceitação da comunidade como um todo, ou seja, tal teoria considera o envolvimento da sociedade.

Ao legislativo cabe a tarefa de produção legislativa moralmente coerente, utilizando argumentos políticos para tal tarefa, já o jurisdicional deve levar em consideração “coerência moral como pilar hermenêutico a que deve envolver o ordenamento jurídico” (Dworkin, 2007, p. 213). Nesse sentido, os juízes se encontram em situação diversa dos legisladores, assim, podem se valer de princípios para tomarem as suas decisões e não em política, devendo apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos”, ou seja, podem justificar a criação de uma norma em virtude do bem-estar coletivo que mesma gerará.

O direito como integridade instrui juízes a identificar direitos e deveres como uma concepção coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Portanto, um sistema só pode ser considerado como jurídico se possui eficácia social cuja violação é punida. Nesse sentido, as normas individuais somente adquirem validade jurídica se forem dotadas de um mínimo de eficácia ou possibilidade de eficácia. Neste cenário, o intérprete e o aplicador do direito devem assumir uma postura ativa e construtiva. Em uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política, se transforma em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva.

Assim, tal teoria apresenta uma solução adequada para incluir a participação dos destinatários da decisão judicial com base nos interesses reflexos, uma vez que, parte do pressuposto que a sociedade cria os direitos, portanto, em cada decisão o juiz pode levar em consideração os interesses reflexos, mesmo sem partes na demanda. A próxima seção apresenta um estudo de caso desse tipo de relação entre interesses individuais e reflexos: o direito ao esquecimento na internet.

4 O QUE É ESQUECIMENTO NA INTERNET?

É impossível falar em direito ao esquecimento, sem antes definir mais precisamente o conceito e a função do esquecimento, tanto o esquecimento total quanto a lembrança total são patologias³, ambos são importantes para uma vida normal. O esquecimento e a memória estão intimamente relacionados, Connerton (2010, p. 6) chama de “dualidade da memória humana: lembrar e esquecer”. Assim, falar de esquecimento é também falar de memória, pouco se sabe sobre o processo de esquecimento, mas tal processo é natural e importante para o funcionamento da memória.

Hall (2006, p. 89) defende que: “o esquecimento é condição à memória e a memória é condição ao esquecimento”, assim, só é possível lembrar porque é permitido esquecer, Augé (2001, p. 21) defende: “o esquecimento enquanto componente da própria memória, e afirma a necessidade do esquecimento enquanto dever”, assim, é possível relacionar o esquecimento não a perda, mas como um processo necessário à vida. É importante ressaltar que tais conceitos não têm uma definição única, comportando diversos sentidos.

Para Barros (2005, p. 8): “memória é a aquisição, o armazenamento e a evocação de informações”, o esquecimento é qualquer ato ou fato que impeça tal processo, ou seja, é o contrário da memória. Já para Augé (2001, p. 25): “a memória é o resultado da ação do esquecimento”, portanto o esquecimento é a regra, e o que não foi esquecido é guardado na memória. É possível identificar duas funções para o esquecimento, a primeira com o objetivo de evitar a sobrecarga de informações e a outra com uma função adaptativa. Sobre a primeira função, Izquierdo (2004, p. 12) afirma que: “a memória biológica humana é complexa, na sua estrutura e no seu funcionamento, precisa esquecer para não se sobrecarregar”. Assim, a possibilidade de se armazenar novas memórias está ligada à sua perda.

Assim, sem o esquecimento se perde a capacidade de generalizar, de formular conceitos, de abstrair e mais importante de pensar e agir. Existe algo de útil e adaptativo nesse processo, já que com o esquecimento se consegue evoluir por meio de novas experiências, o que leva a segunda função do esquecimento: a função adaptativa. Para Barros (2005, p. 7): “o processo de esquecimento é fisiológico e desempenha um papel adaptativo”, já que a pessoa irá apenas reter as informações mais relevantes para agir sobre o meio. Tal adaptação ocorre devido à memória seletiva, o esquecimento faz com que se reformule constantemente a narrativa no decorrer de sua existência, assim, é um processo ativo e dotado de objetivo.

3 A lembrança de tudo é chamada de síndrome de hipermemória, enquanto que doença de Korsakov é a perda severa da memória recente, mas a memória passada fica preservada.

O processo ativo se refere ao fato da memória não ser uma mera evocação do passado, ela é uma construção em constante evolução. Para Sá (1979, p. 12): “a memória humana não é tão fiel à conservação do passado”. Assim, o mesmo fato pode se alterar a cada lembrança, a memória recupera o passado, mas o passado está sujeito a ressignificações, portanto, o significado atribuído a um evento passado pode ser alterado a cada lembrança, a memória se transforma à medida que é lembrada. É possível existir várias possibilidades de lembrança de um mesmo fato e que a cada lembrança o fato pode assumir significados diferentes.

Para Candau (2011, p. 9): “a memória é de fato mais um enquadramento do que um conteúdo”, ou seja, as necessidades atuais constituem um elemento de estruturação da memória, logo, a memória é mais uma reconstrução continuamente atualizada do passado do que uma reconstituição fiel do mesmo. Portanto, não existe memória de um fato passado, o que existe é uma eterna e constante reconstrução do mesmo, assim, o esquecimento aponta para uma “configuração do tempo e apela para uma descrição narrativa da própria vida” (RICOEUR, 2007, p. 40), existindo várias formas de se lidar com a configuração do tempo, envolvendo interesse, poder e exclusões, existindo o chamado tempo reconstruído.

Nessa lógica, o passado é acessado somente por meio de uma narrativa, tal narrativa procura atribuir sentido ao passado, preenchendo eventuais imprecisões das lembranças. Para a construção da narrativa é que surge a necessidade de se recorrer à memória, uma vez que é necessário lembrar o passado para poder se narrar, tal lembrança é feita de acordo com intenções presentes do indivíduo, ou seja, a narrativa apresenta a sua visão ou a sua versão do passado, não o que necessariamente ocorreu. E qual o objetivo de tais construções discursivas? O objetivo principal é a construção da identidade pessoal.

Para Izquierdo (2004, p. 59): “a memória é nosso senso histórico e nosso senso de identidade pessoal, sou quem sou porque me lembro quem sou”, ou seja, a forma como o indivíduo se enxerga por meio da ressignificação dos acontecimentos passados. As identidades são construções sociais e estão sempre em processos de configuração e reconfiguração perante um grupo. Assim, toda lembrança apresenta intenção identitária, na medida em que confere um sentido atual ao passado, para Candau (2011, p. 150): “não existe um verdadeiro ato de memória que não esteja ancorado nos desafios identitários presentes”.

Assim, a construção da identidade serve para se constituir como sujeito diante do outro e se posicionar dentro de um grupo, em referência aos critérios de aceitabilidade, de admissibilidade, de credibilidade, e que se faz por meio da negociação direta com outros (POLLAK, 1992, p. 211). Tal construção mobiliza a memória do indivíduo e a recuperação da memória apresenta viés identitário. Portanto, a memória e a identidade não são fenômenos

compreendidos como a essência de uma pessoa, elas podem perfeitamente ser negociadas. Portanto, ninguém pode construir uma identidade isenta de mudança, de negociação, de transformação. Nesse contexto, a identidade deve ser considerada um objetivo em vez de um fator predefinido. Assim, existe uma relação intrínseca entre memória e a construção da identidade. Para Candau (2011, p. 18): “a memória é a identidade em ação”.

A memória modela o sujeito e, ao mesmo tempo, é por ele modelada. Daí por que um indivíduo não é somente aquilo que ele lembra, mas também aquilo que ele esquece. Portanto a relação entre identidade pessoal e o esquecimento é no sentido de coerência, ou seja, aparecer para si próprio e para os outros de maneira coerente. Além da memória individual existe uma memória coletiva, se o passado for lembrado por uma determinada pessoa trata-se de uma memória individual, interior ou pessoal, já que a pessoa representa o passado pelo seu ponto de vista, caso seja a lembrança do grupo trata-se de memória coletiva.

A memória coletiva não está materializada no indivíduo, mas na sociedade, através dos diversos grupos que a compõe. Porém, durante a construção da identidade é possível um conflito entre o que o indivíduo lembra e o que o grupo lembra. Isso acontece porque os indivíduos precisam de outros para que possam legitimar suas próprias lembranças, além da utilização de convenções sociais. Para Nora (1993, p. 12) existe uma memória social em que “os traços do passado que permanecem vivos na vida social dos grupos, e o que os grupos fazem com esse passado”. O ponto principal é que a informação tem que estar disponível e ser efetivamente utilizadas ou, pelo menos, referenciadas por grupos atuais, sem importar onde e como a informação está armazenada.

Aqui entra o conceito de repercussão social, ou seja, se uma informação é importante para o grupo ela deve ser lembrada, como a memória é limitada, assim apenas informações com interesse para o grupo são lembradas, as demais devem ser esquecidas. Para Jedlowski (2001, p. 26) o interesse deve ser apenas de “as sociedades conservarem suas respectivas heranças culturais e transmiti-las a outras gerações”. Nesse sentido, a informação com pouca ou nenhuma repercussão social deve ser esquecida, Albers (2006) chama tal situação de esquecimento social: “a maior parte das informações, mesmo que exaustivamente divulgadas, depois de um tempo acabam não tendo mais repercussão, ou pelo menos, não alcançam mais a mesma repercussão dentro do grupo”.

Nesse contexto, “o esquecimento depende da frequência da lembrança de determinado evento, além da importância que se dá ao mesmo” (SCHACTER, 2001, p. 61). Assim, tanto o esquecimento individual quanto o social têm o mesmo objetivo para o indivíduo: a identidade pessoal, que está relacionada com a pressuposição de que o indivíduo pode ser diferenciado

de todos os outros e que, em torno desses meios de diferenciação, pode-se criar uma história contínua e única de fatos sociais. Tal história tem como base a informação quotidiana disponível a respeito do indivíduo partir do qual deve decidir qual o plano de ação a empreender quanto à identidade que possui.

Porém, o desenvolvimento da tecnologia, especialmente do conceito de memória digital, afetou a quantidade da informação quotidiana disponível. Para Schneier (2004, p. 19), as informações armazenadas em papel: “ainda que públicas, são difíceis de pesquisar e de correlacionar; informações computadorizadas podem ser pesquisadas facilmente, e informações em rede podem ser pesquisadas e correlacionadas em bancos de dados”. Assim, a novidade não é que as informações estejam publicamente disponíveis, mas a facilidade com que as mesmas podem ser utilizadas.

Para Nora (1993, p. 14) as sociedades que experimentam padrões de mudanças rápidas apresentam uma característica comum: a vontade de lembrar tudo, “o medo de que tudo está na iminência de desaparecer e a ansiedade sobre o significado preciso do presente e a incerteza sobre o futuro, faz com que tudo se torne potencialmente memorável”. Tal necessidade revela a incapacidade do indivíduo de viver no tempo presente, o que o coloca diante de um imperativo de lembrar. Porém, a obrigação de lembrar tudo tem uma consequência negativa: o armazenamento de toda e qualquer informação irrelevante.

Atualmente, a maneira padrão de armazenamento de informações é digital, deixando a memória biológica em segundo plano. Para Terwangne (2012, p. 14): “a infalibilidade da memória digital contrasta com os limites da memória humana”. Tal situação ocorre porque antes da memória digital o ato de armazenar uma informação requeria uma decisão, porém, atualmente, é o esquecimento que exige um ato deliberado, ou seja, uma ação consciente do indivíduo com o objetivo de excluir uma informação, caso contrário, a informação ficará eternamente disponível. O resultado disso é um desequilíbrio na criação, adaptação e circulação da memória.

Para Hoskins (2014, p. 12): “o volume e a difusão da informação digital acarretam uma complexidade e escala para o processo de esquecer, que ele parece escorregar da mão humana, existindo uma perda de controle sobre memória”. A relação entre esquecimento e memória se tornou desbalanceada, hoje praticamente tudo é armazenado digitalmente, o esquecimento deixa de existir, existindo uma memória perfeita que armazena e recupera tudo. Assim, o processo consciente e desejado de lembrar, se transformou em um processo consciente e desejado de esquecer.

Tal situação contrasta com o modelo de esquecimento biológico e social, onde o

esquecimento acontece sem a necessidade de nenhuma ação. Isso é uma reconfiguração de como se representa o tempo, nesse sentido, a relação entre passado, presente e futuro, se modifica, o presente é projetado para trás. Com situações do passado sendo cada vez mais armazenados na memória digital, a possibilidade de recomeçar de novo está se tornando cada vez mais difícil, pode-se “perder um direito fundamental: a capacidade humana para viver e agir firmemente no presente” (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 16).

Tal situação se torna ainda mais problemática na internet, pois, a mesma tem a capacidade de reunir todas as informações, fazendo referências e cruzamento entre as mesmas. Assim, as informações veiculadas, em regra, são eternizadas sem nenhuma regulamentação⁴, nesse sentido, a internet não esquece. No cenário da “modernidade líquida” descrito por Bauman (2001, p. 45), a “realidade virtual da internet torna indefinidamente radiante a informação que, se impressa em papel, estaria esmaecida”. Nesse sentido, toda e qualquer informação disponibilizada na internet pertence à memória social ou de massas, mesmo as informações mais irrelevantes que apresentam apenas aspectos pessoais.

Tais informações “permitem, de maneira sem precedentes, a criação de um verdadeiro dossiê digital com informações pessoais” (SOLOVE, 2008, p. 70). Além disso, na internet a memória opera em uma escala social mais abrangente do que as memórias coletivas, pois não fica restrita apenas a um grupo específico, depois de disponibilizada ela pertence a todos os grupos, para Jodelet (1992, p. 241): “a internet é considerada como uma memória de massas”. Portanto, a internet afeta o esquecimento social como definido por Albers (2005), antes da internet a informação existia e era disponível, porém a quantidade de informação disponível era pequena, em regra, apenas para um determinado grupo e com alto custo de recuperação.

A internet permite a lembrança imediata de qualquer informação, independentemente de sua relevância, sem referência ao tempo ou espaço, além disso, as informações ainda podem ser recuperadas completamente fora de contexto. Assim, a internet influencia negativamente tanto o esquecimento individual quanto o social. Em relação ao primeiro, ela afeta tanto a sobrecarga de informação⁵ quanto a adaptação, pela impossibilidade da reformulação das narrativas, estando diretamente relacionado à identidade pessoal através das várias formas de lidar com o espaço e tempo.

Além do esquecimento individual, a internet também afeta o esquecimento social, como tudo está disponível o tempo todo e para todos os grupos, o conceito de repercussão

⁴ No Brasil apenas o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) trata do assunto, mas de maneira insuficiente, uma vez que regula apenas as informações armazenadas pelos provedores de acesso

⁵ Em relação à sobrecarga de informação existe um modelo denominado por Anderson (2006) de “Cauda Longa”, onde a restrição de acesso à informação começa a desaparecer e tudo se torna disponível para todos

social perde o sentido. Não existe mais necessidade do grupo definir o que é mais importante para ser lembrado, pois com a memória digital a lembrança passa a ser o comportamento padrão deixando de ser uma opção do grupo, assim, fatos passados, e até já esquecidos, podem ser facilmente resgatados. Nesse contexto, um erro que um indivíduo cometeu em seu passado ou uma informação verdadeira que não queira mais que esteja associada à sua identidade pode estar disponível pela internet, podendo ser livremente consultado por qualquer pessoa.

Caso um indivíduo não seja esquecido, o mesmo não pode mudar, não pode evoluir, pode ficar eternamente preso ao passado, é importante ressaltar que algumas informações causam um verdadeiro estigma no indivíduo. Assim, torna-se mais difícil se livrar de identidades passadas, se reinventar e esquecer o passado, em algumas situações as informações disponíveis podem se tornar um problema para a representação do presente, portanto, é necessário esquecer o passado com o objetivo de realizar uma mudança.

A consequência do não esquecimento é a perpetuação dos estigmas. O estigma “é uma construção social que representa uma marca, atribuindo ao seu portador um *status* desvalorizado em relação aos outros membros da sociedade” (RONZANI, 2014, p. 7). O estigmatizado é identificado com base em alguma característica indesejável que possui e que acaba sendo discriminado e desvalorizado pela sociedade, sofrendo desconfiança, estereótipos negativos e discriminação. Alguns estigmas são provisórios por sua própria natureza, por exemplo: desemprego, vício ou alguma doença curável. Em outros casos, a própria sociedade entende a importância de serem provisórios, como por exemplo, devedor⁶ ou criminoso⁷.

Sem o direito ao esquecimento, os estigmas provisórios podem se tornar permanentes. Brito (2015) apresenta um caso em que um jovem foi citado numa reportagem como usuário de droga em uma festa, caso não haja o esquecimento o jovem ficará eternamente com o estigma de usuário de drogas⁸. Defende-se que tal informação é irrelevante para a memória social, tendo um caráter nitidamente pessoal e, portanto, deve cair no esquecimento social. Portanto, o direito ao esquecimento na internet deve buscar o esquecimento social das informações pessoais irrelevantes para a memória social, com o objetivo de não ter mais a mesma repercussão social dentro do grupo. Porém, é possível impor a alguém o

⁶ § 1º do Art. 43 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que: “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

⁷ E é justamente no direito do condenado que já cumpriu a pena que lhe foi imposta, de não ter que carregar o estigma de criminoso para o resto da vida

⁸ Para Ronzani (2014, p. 8): “o estigma de usuários de drogas faz com que sejam vistos como perigosos, violentos e únicos responsáveis pela sua condição, além de ser visco como falha de caráter”.

esquecimento? Ou seja, o esquecimento é direito ou interesse? A próxima seção trata desse assunto.

5 ESQUECIMENTO NA INTERNET: INTERESSE OU DIREITO?

Como visto na seção anterior, memória e esquecimento são assuntos complementares e é inegável que existe um interesse em esquecer, já que o mesmo tem duas funções: a primeira com o objetivo de evitar a sobrecarga de informações e a segunda como uma função adaptativa, tal função está relacionada à reconstrução permanente da identidade, ou seja, memória e identidade estão intimamente relacionadas. Mas tal interesse pode ser considerado como um direito?

Quando se fala em esquecimento existem duas partes, uma que deseja ser esquecida e a outra parte que deseja a lembrança. Tal situação constitui uma relação, mais especificamente um conflito de interesses e para Carnelutti (2006, p. 99): “onde não há conflito de interesses, não pode haver direito, porque não há necessidade de direito”. Assim, a questão é saber se em tal relação, um indivíduo pode obrigar outro indivíduo a esquecer informações passadas, se puder obrigar, está configurado um direito, caso contrário, apenas um interesse.

Ambrose Jones (2012, p. 4) afirma que: “o esquecimento pode ser concebido como um direito ou interesse”, dependendo da situação. Sarmiento (2015, p. 12) segue no mesmo sentido, o esquecimento é apenas um interesse, mas com um campo residual para um direito ao esquecimento, “é perfeitamente compreensível que as pessoas desejem o esquecimento dos seus erros passados ou dos episódios embaraçosos em que se envolveram”, porém, nem todo desejo pode ser legitimamente convertido em direito. Ou seja, para o autor o esquecimento é um interesse simples, uma vez que ninguém pode obrigar ninguém a esquecer.

Para Dotti (1980, p. 23) o esquecimento é um direito, “é a faculdade da pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”. Para o autor, um indivíduo só pode esquecer um fato que não tem interesse público, portanto, o esquecimento é um conflito entre o interesse privado do indivíduo de ser esquecido e o interesse público em lembrar com base no direito à informação. Em um primeiro momento, existia basicamente o conflito entre os meios de comunicação convencionais e a privacidade de uma pessoa, que não queria ser lembrada contra a sua vontade, considerando que o passado pertence à esfera privada do indivíduo.

Portanto, o conflito de interesses no esquecimento seria entre público e privado, tal

visão confirmada por diversos autores: Mendes (2007)⁹; Iennaco (2012)¹⁰ e Ost (2005)¹¹, porém, o presente trabalho não defende tal visão, o que existe é um conflito de interesses entre agentes privados com um interesse reflexo da sociedade em se manter informada. O “interesse público” não é do meio de comunicação, e sim da sociedade como um todo, o meio de comunicação é um agente privado com interesses econômicos em divulgar informações, uma vez que o mesmo recebe por isso, seja em propaganda ou na venda da própria informação, assim, ao escolher a informação que vai divulgar, o meio de comunicação se preocupa mais com aquela que vai vender do que com o dever de informar propriamente dito.

Tal visão pode ir de encontro com a liberdade de imprensa, especialmente num contexto em que o STF já destacou que existe presunção de interesse público nas informações transmitidas pelos meios de comunicação social¹². Mas tal visão não se justifica na internet. Houve uma quebra do monopólio da veiculação de informações, ou seja, a produção de conteúdo não é de exclusividade dos meios de comunicação social, qualquer indivíduo pode produzir o seu próprio conteúdo e disponibilizar informações a respeito de si mesmo ou de terceiros, com ou sem o consentimento do mesmo¹³. Nesse ambiente, a liberdade de expressão se torna mais importante do que a liberdade de imprensa.

Assim, quem produz a informação não é o mesmo agente que a disponibiliza, em regra, sítios de busca e redes sociais. Na internet, esquecimento é solicitado para os últimos, ou seja, agentes privados que não são produtores de informações, apenas organizam a mesma, assim, o interesse é apenas em manter a informação, uma vez que a informação é considerada como mercadoria. Como tais agentes buscam lucro, quando alegam um possível interesse público em não esquecer, estão na verdade, defendendo seus interesses individuais econômicos na divulgação das informações, por isso, não querem esquecer. É importante ressaltar que muitas dessas informações são pessoais, sem nenhum reflexo nos interesses

9 “Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado. Portanto, ele deve ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram a responder ao processo penal” (MENDES, 2007, p. 374).

10 “Eternizar uma informação desprovida de interesse público, viola a dignidade humana. Não pode a justiça, tratá-la como expedientes que renovem a lesão ou inaugurem novos prejuízos” (IENNACO, 2012. p. 178).

11 “Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído” (OST, 2005, p. 160-161).

12 Na Reclamação 18638 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, destacou-se: “o interesse público na divulgação e informações é presumido. (...) A superação desta presunção somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionálíssimas, de quase ruptura do sistema”.

13 Basta imaginar a maneira como uma foto é disponibilizada na maioria das redes sociais, qualquer indivíduo pode disponibilizar uma foto de outro, sem restrições. O único controle que se pode ter é de não ser marcado na foto, ou seja, não ficar diretamente relacionado à foto, mas a foto continuará disponível.

público, pessoal é aquela informação em que é possível a identificação de alguém direta ou indiretamente por meio de um processo de identificação com pouco ou nenhum esforço.

Assim, no contexto da internet, estão delimitados os interesses privados de dois agentes e o interesse reflexo da sociedade em ter acesso à informação. O presente trabalho defende que sítios de busca e sítios de redes sociais não têm direito, apenas interesses. Antes da internet, era mais simples visualizar que o interesse dos meios de comunicação se traduz em um direito constitucionalmente previsto: a liberdade de imprensa, porém, na internet o interesse de tais agentes privados é apenas o lucro, já que eles não produzem a informação.

E o interesse em ser esquecido? Pode-se traduzir em algum direito? O presente trabalho defende que é um direito, uma vez que o mesmo tem como fundamento a privacidade do e o direito à identidade pessoal. A principal questão do esquecimento é que ninguém deve ser obrigado a conviver para sempre com uma situação que deseja que fique no passado, de modo a não interferir ou trazer danos na vida presente, nesse sentido, deve ser considerado como uma forma de proteger a dignidade da pessoa humana.

Tanto que Sarlet (2015, p. 2) reconhece o direito ao esquecimento como um direito fundamental, encontrando “sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões”. Portanto, não seria digno forçar uma pessoa a conviver com os erros do seu passado, justificando-se na expectativa de que todo ser humano tem a capacidade de mudar e melhorar, podendo começar uma nova vida sem ter que suportar o peso de seus erros passados.

Porém, quando se fala em tutela jurisdicional do esquecimento, não se fala em nenhum momento do interesse reflexo da sociedade, apenas os interesses de quem solicita o esquecimento e de quem deseja a lembrança, sendo que este último se intitula o guardião do direito a informação da sociedade. O presente trabalho defende que a Teoria da Integridade é adequada para tratar dos interesses reflexos por considerar o envolvimento da sociedade e por justificar a criação de uma norma em virtude do bem-estar coletivo que mesma ira gerar.

Assim, toda a sociedade tem interesse em ter acesso qualquer tipo de informação, desde que não viole outros direitos, mas também tem interesse de que as informações pessoais não sejam divulgadas sem restrições, já que essa situação também pode atingir algum membro da própria sociedade. A principal questão é como definir qual tipo de informação não pode ser esquecida. Aqui a Teoria da Integridade pode ser aplicada novamente, pois considera que os princípios de justiça e equidade devem ser ponderados pelo juiz e aplicados de acordo com uma interpretação própria que cabe àquele caso, utilizando sempre a coerência como atributo

principal. Para buscar a coerência do sistema, é fundamental buscar o relacionamento entre direito e memória.

Nesse sentido, o direito não pode abandonar a memória ao processo natural de esquecimento, uma vez que “com a extinção da memória apagar-se-ia também o sentimento coletivo que forja os laços de identidade” (OST, 2005, p. 322). Para Ost (2005, p. 301): “a relação entre direito e memória constitui a base e o fundamento da vivência coletiva do homem e cabe ao direito instituí-la”. Assim, o direito é o elemento estruturante da memória no sentido de dar a ela um caráter concreto. Portanto, “o direito intervém como um verdadeiro guardião da memória, valendo-se de suas prescrições para instituir o passado como um valor social a ser louvado e reverenciado” (SARAPU, 2012, p. 242).

Nesse sentido, o direito deve dispor de mecanismos para preservar a memória, mas quais as memórias que devem ser preservadas? O presente trabalho defende que para o interesse reflexo da sociedade seja preservado, apenas eventos extraordinários e relevantes devem ser lembrados e os demais eventos, entre eles os pessoais, devem ser esquecidos. Para Ost (2005, p. 300) tais eventos são os “que se sucedem na história de uma sociedade e se tornam episódios portadores de um significado socialmente compartilhado entre os seus membros”, o que levaria à necessidade de seu registro e conservação pelo direito.

Tais eventos são aqueles relacionados à memória histórica, composta de duas dimensões (POLLAK, 1992, p. 210), a primeira chamada de fenomenológica, relacionada a silêncios e traumas; e a segunda chamada de estrutural, que envolve a forma com a memória é narrada, relacionada a processos políticos, sujeições e disputas de poder. Tais eventos não podem ser esquecidos, eles são importantes para não se cometer os mesmos erros do passado, sendo assim, não se pode privar a sociedade do conhecimento da sua própria história pelo argumento de que tal conhecimento fere o direito individuais, nesse caso é mais importante o interesse da sociedade de conhecer a sua própria história.

Portanto, é inegável que a memória histórica é um direito e não interesse, e consequentemente aquilo que não constitui a memória deve ser esquecido. No Brasil se fala em dois direitos com essa função: direito à verdade e direito à memória. O direito à verdade é “o direito a ser exercido por todo e qualquer cidadão de receber e ter acesso às informações de interesse público que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas” (SANTOS, 2012, p. 69), enquanto que o direito à memória é “o direito de acesso, utilização, conservação e transmissão do passado e dos bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio cultural da coletividade” (SANTOS, 2012, p. 69).

Nesse contexto, o direito à memória deve ter como objetivo preservar uma memória

histórica, já que a mesma está o tempo todo em risco, em virtude de processos políticos. Da análise de tais direitos percebe-se nitidamente uma dimensão individual do direito à verdade, de alguém conhecer o passado, porém, só é possível exercer tal direito se existir uma memória para que se possa descobrir a verdade, ou seja, é fundamental a existência de um direito à memória, com o objetivo de conservar e ter acesso à memória da sociedade, apresentando, nitidamente, uma dimensão coletiva. Tal direito é o contrário da repercussão social, ou seja, o direito à memória visa manter a repercussão dentro do grupo independentemente do tempo.

É importante ressaltar que tais direitos surgiram em um contexto em que a memória era a exceção, era necessário um ato deliberado para se lembrar, caso contrário, a informação cairia no esquecimento, impossibilitando o direito à memória e conseqüentemente o direito à verdade, porém, como a memória é contada ela é interpretada (POLLAK, 1992, p. 202), assim, quem conta a história, o faz a partir de seu ponto de vista, realizando um verdadeiro trabalho de exclusão, inclusão e interpretação dos fatos relevantes, nesse sentido, quem detém o poder de narrar o passado, tem o poder sobre o presente e sobre o futuro.

Porém, atualmente houve uma mudança de paradigma, onde a memória se tornou regra, e não apenas a memória dos eventos extraordinários e relevantes, mas a memória de qualquer informação, mesmo as mais insignificantes do ponto de vista social. Portanto, se cabe ao direito fazer com que o passado comum da experiência histórica coletiva permaneça vivo na memória da sociedade, também deve caber ao direito dizer que o passado que não seja comum, o passado irrelevante, o passado pessoal, aquilo que não é histórico que caia no esquecimento, ou pelo menos, que não tenha mais repercussão social.

5.1 ESTUDOS DE CASO

Um exemplo de tal situação foi a Apelação Cível nº 2015.021131-7 julgada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que manteve a decisão que negou o esquecimento para um ex-policial que viu fato relacionado ao seu passado exposto em matéria publicada em jornal impresso e eletrônico, tal fato ocorreu a mais de 30 anos e estava esquecido, mas que voltou a ser lembrado, de uma maneira mais forte, uma vez que o jornal foi disponibilizado na internet, para nunca mais ser esquecido.

No caso dos autos, o autor era policial na época de um acidente aéreo ocorrido em Florianópolis no ano de 1980, e depois do acidente houve sumiço de joias da bagagem de passageiros. Tal sumiço foi imputado ao autor, que virou réu em uma ação penal, mas teve sua

punibilidade extinta pela prescrição, daí seu pedido de esquecimento. Tal pedido foi negado com o argumento de que as matérias apenas relataram o acidente aéreo considerado como um fato histórico “que marcou a sociedade catarinense, notadamente a florianopolitana, seja pela gravidade do acidente, seja pelas pessoas públicas envolvidas”.

Ainda para o relator, a matéria tinha cunho informativo, pois tratava das investigações ocorridas posteriormente ao sumiço das joias. Entendeu que “tal prática não foi possível extrair qualquer caráter injurioso, difamatório ou calunioso contra o ex-policial”. Portanto, o conflito de interesse é entre o indivíduo que deseja ser esquecido e a liberdade de imprensa. Para o Tribunal, a liberdade de imprensa não é absoluta, mas pode ser amplamente exercida, desde que não viole os direitos individuais, no presente caso a privacidade. Além disso, por se tratar de fato histórico a imprensa tem o dever de informar a sociedade.

O presente trabalho defende que o caso ora tratado não pode ficar restrito apenas aos interesses das partes, é mandamental analisar o interesse reflexo da sociedade, assim, defende-se que apenas os fatos relacionados à memória histórica devem ser lembrados e os demais, entre eles os pessoais, devem ser esquecidos. Entende-se que o presente caso realmente pertence a memória histórica, já que: “à época, o pior acidente já ocorrido em território nacional e segundo maior da aviação brasileira” (GASPERIN, 2016, p. 3). O sumiço das joias foi parte importante do acidente, porém, a divulgação do nome do autor, mesmo depois de ter a punibilidade extinta, não contribuiu em nada para o direito à informação da sociedade, apenas viola a privacidade¹⁴.

Além disso, o Tribunal perdeu uma chance importante de discutir um aspecto fundamental no direito ao esquecimento na internet: o conceito de esquecimento social. Ora, após 30 anos do fato, o acidente de avião e o sumiço das joias, que foi amplamente noticiado no momento do acidente, não tinha mais repercussão social, a informação existia apenas nos jornais da época, quem tivesse interesse poderia ter acesso à informação, mas o custo de acessar a mesma seria muito alto, portanto ocorreria o esquecimento social. Porém, uma nova reportagem trouxe de volta a lembrança social, só que agora muito mais grave, porque a reportagem também foi disponibilizada na internet, inviabilizado o esquecimento social, deixando com que o autor fique eternamente estigmatizado como criminoso.

Um outro exemplo é a Apelação nº 1113869-27.2014.8.26.0100 do Tribunal de Justiça

14 Gasperin (2016) apresenta como a história pode ser contada sem violar a privacidade do autor: “Paradeiro das Joias: Avaliados em cerca de R\$ 400 mil, relógios e joias foram resgatados da bagagem de um dos passageiros, mas desapareceram. O titular da Delegacia de Homicídios na época sofreu punição, mas o sumiço nunca foi esclarecido”. O fato histórico é contado, a informação é transmitida, até o cargo do autor é informado, mas o nome do autor da ação é preservado, portanto existe o esquecimento social.

de São Paulo, onde o autor ajuizou uma ação de obrigação de fazer contra: Google Brasil Internet Ltda; Info Globo Comunicações Ltda; Universo On Line S.A. e O Estado de São Paulo. Segundo o autor, em 2007 foi detido por suspeita de participação em grupo *skinhead*¹⁵. Tal fato foi noticiado em diversos meios eletrônicos de comunicação, e que, mesmo depois de anos do ocorrido, as matérias jornalísticas permanecem disponíveis, nesse sentido, o autor busca a retirada das reportagens da internet, evocando a tese do direito ao esquecimento.

Na decisão, o Tribunal negou o pedido do autor justificando que “sendo verdadeiro o fato noticiado, ações como a do autor, ora apelado, devam ser julgadas improcedentes”. Entre as razões de decidir, o Tribunal tocou no interesse público por parte dos meios de comunicação e fato ser histórico, portanto, o Tribunal entendeu que a justificativa para o não esquecimento foi o interesse público em ter ação a informação em detrimento do interesse individual de ter a informação esquecida, o presente trabalho defende que o interesse reflexo da sociedade é apenas das informações históricas e em tal caso a informação não o é.

É inegável que as informações relacionadas ao nazismo são históricas, uma vez que se enquadram nas duas dimensões propostas por Pollak (1992, p. 205): fenomenológica e estrutural. Porém, no presente caso se trata de informação pessoal irrelevante para a construção do direito a verdade, pois não houve ataque, apenas uma reunião de um grupo em favor do nazismo. Além disso, é possível se contar o fato adequadamente sem citar o nome do autor. Caso não aconteça o esquecimento social, o indivíduo pode ficar estigmatizado, e no presente caso o estigma fica claro, mesmo que num passado o indivíduo tenha sido simpatizante do nazismo, ele tem o direito de ser diferente do seu passado, de não ser taxado como “nazista” por toda a sua vida.

6 CONCLUSÕES

A evolução da sociedade pode causar o surgimento de novos interesses, e pode-se observar que tal evolução levou a crise de um modelo, onde a velocidade do surgimento de novas necessidades é incompatível com o ritmo do Direito, além de redução do poder do

15 Aqui mais uma situação em que o estigma atua, acredita-se que tal situação só ocorreu devido ao estigma de ser um grupo de *skinhead*. Um grupo de *skinheads* reunido presume-se a prática de algum ato ilícito, para Balloussier (2011, p. 2): “pertencer a um grupo *skinhead* virou sinônimo de encrenca nas ruas paulistas, os membros são associados à vertente neonazista, avessa a gays, negros e nordestinos”. Porém, segundo a autora, existe apenas uma parte dos *skinheads* que tem tais características, existe uma parcela que combate o chamado “*skin* preconceituoso que traz má fama ao movimento”.

Estado em intervir nas relações, tendo como consequência o aumento do poder de agentes privados. Tais interesses vão muito além dos individuais, os mesmos têm impactos em interesses de outros indivíduos apenas pelo fato de serem integrantes de uma sociedade, chamados de reflexos. O modelo de relação jurídica tradicional de conflito de interesse baseado na Teoria de Carnelutti não é adequado para a atual sociedade, uma vez que considera apenas os interesses das partes, não considerando os interesses reflexos.

O direito é um processo em constante transformação que começa com a afirmação do sujeito em face de um interesse, representado por um bem, e termina com a validação espontânea ou judicial do interesse por meio de um processo legitimador presente em uma determinada sociedade. O objetivo do presente trabalho foi rediscutir a relação entre interesse e direito, mais especificamente no conflito de interesses entre agentes privados e os interesses reflexos da sociedade, uma vez que a ideia tradicional de levar em consideração apenas os interesses das partes é insuficiente para tutelar os interesses de todos os grupos da sociedade.

Para isso foi realizado um estudo do relacionamento entre interesse e direito com base no trabalho de Carnelutti (2006), para estudo da validação dos interesses reflexos foi apresentada a teoria da integridade de Dworkin (2000) como sendo a mais adequada para discutir a inclusão e a participação dos destinatários da decisão jurisdicional em relação aos interesses reflexos, uma vez que, parte do pressuposto que a sociedade cria os direitos, portanto, em cada decisão o juiz pode levar em consideração os interesses reflexos, mesmo sem partes na demanda.

Como estudo de caso dessa situação foi abordado o direito ao esquecimento na internet, onde a memória se tornou regra, e não apenas a memória dos eventos extraordinários e relevantes, mas a memória de qualquer informação, mesmo as mais insignificantes do ponto de vista social. A consequência do não esquecimento é a perpetuação de estigmas. Portanto, se coube ao direito fazer com que o passado comum da experiência histórica coletiva permanecesse vivo na memória da sociedade, também cabe ao direito dizer que o passado que aquilo que não é histórico que caia no esquecimento social.

No direito ao esquecimento na internet estão presentes os interesses privados de dois agentes: um que deseja esquecer e outro que deseja lembrar; além do interesse reflexo da sociedade em ter acesso à informação e ao mesmo tempo proteger a sua privacidade. O presente trabalho defendeu que os sítios de busca e de redes sociais não têm direito, apenas interesses, já que os mesmos não produzem informação, apenas organizam a mesma. Em relação ao agente que deseja o esquecimento o mesmo tem direito, com fundamento a privacidade e o direito à identidade pessoal, mas apenas das informações pessoais.

REFERÊNCIAS

- ALBERS, Marion. **Informationelle Selbstbestimmung**. Volume 6 de Studien zu Staat, Recht und Verwaltung. 2005.
- AMBROSE JONES, Meg Leta. **You are what Google says you are: the right to be forgotten and Information Stewardship**. International Review of Information Ethics, Vol. 17, July 2012.
- ANDERSON, Chris. **A Cauda longa: do mercado de massa para o mercado de nicho**. São Paulo: Editora Elsevier. 2006.
- ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Oblivion: The Right to Be Different from Oneself - Reproposing the Right to Be Forgotten**. 2012. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. Nº 13, pp. 122-137. UOC.
- AUGÉ, Marc. **As formas de esquecimento**. Almada: Íman Ed., 2001.
- BALLOUSSIER, Anna Virginia. **Por dentro da careca: parcela dos skinheads quer desmistificar estigma de racistas**. Publicado em: 02/05/2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/folhatee/fm0205201111.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2017.
- BARROS, Daniela Martí. **A memória**. Comciência, n. 52, p. 1-4, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/memoria/15.shtml>>. Acesso em: 4 mai. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Zahar. 2001.
- BRITO, Adriano. **Brasileiros lutam para apagar passado no fotolog, ancestral do Instagram**. Publicado em: 22/10/2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151020_remocao_fotolog_ab>. Acesso em: 24 mai. 2017.
- CANDAU, Joël. **Memória e identidade**. Trad. Maria Ferreira. São Paulo: Contexto, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad: A. Rodrigues Queiró e Artur Alselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- CONNERTON, Paul. **How modernity forgets**. Cambridge University Press. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva. 20 ed. 2009.
- DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GASPERIN, Emerson. **O Mistério do Voo 303 TB**. Publicado em: 01/2016. Disponível em:

<http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/dc_voo303_24/index.html>. Acesso em: 16 mai. 2017.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro. 2003.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HOSKINS, Andrew. **The Right to be Forgotten in Post-Scarcity Culture**. 2014. Disponível em: <<http://www.memorystudies-frankfurt.com/wp-content/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

IENNACO, Rodrigo. **Da vítima no processo penal**. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ARAÚJO, Fábio Roque (org). O Projeto do Novo Código de Processo Penal. JusPodivm. 2012.

IHERING, Rudolf Von. **Luta pelo direito**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

IZQUIERDO, Ivan. **A Arte de Esquecer: Cérebro e Memória**. Porto Alegre: Vieira e Lent. 2004.

JEDLOWSKI, Paolo. **Memory and Sociology Themes and Issues**. Time & Society. Vol. 10(1): 29–44. 2001. Disponível em: <https://is.muni.cz/el/1423/jaro2006/SOC406/um/Memory_and_sociology.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2017.

JODELET, D. **Mémoire de masse: le côté moral et affective de l'histoire**. 1992. Bulletin de Psychologie, 45(405), pp. 239-256.

LESSIG, Lawrence. **Code - version 2.0**. New York: Basic Books. 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Direito e interesse**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2005. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 3 mai. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: RT, 2004.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton University Press. 2009.

MENDES, Gilmar [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORA, Pierre. **Entre memória e história – a problemática dos lugares**. Trad. Yara Aun Khoury. Revista Projeto História, São Paulo PUC-SP, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

NUNES, M. E. **Interesse público e interesse social**. Revista Virtual Faculdade de Direito Milton Campos, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/mariaemilianavesnunes.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. **O Interesse Segurável**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

POLLAK, Michael. **Memória e identidade social**. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro: Ed UFRJ, v. 5, n. 10, p. 200-212, 1992.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. Alain Françoise. Campinas: Ed. da Unicamp, 2007.

RONZANI, Telmo Mota. **Reduzindo o estigma entre usuários de drogas: guia para profissionais e gestores**. Colaboradores Ana Luísa Marlière Casela ... [et al.]. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2015.021131-7**. Relator: Des. Henry Petry. 5ª Câmara de Direito Civil. Publicado em: 18/06/2015. Disponível em: < <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/?20150211317> >. Acesso em: 17 mai. 2017.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. **O Reconhecimento do Direito à Verdade e à Memória como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. In: Justiça de Transição: Verdade, Memória e Justiça. pp. 68-93. 2012.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória: uma compreensão temporal do direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Publicado em: 22/05/2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet> >. Acesso em 16 mai. 2017.

SARMENTO, Daniel. **PARECER Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. 2015. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> >. Acesso em: 12 mai. 2017.

SCHACTER, D.L. **The seven sins of memory: how the mind forgets and remembers**. Boston: Houghton Mifflin. 2001.

SCHNEIER, Bruce. **Secrets and lies: digital security in a networked world**. Digital Edition. Nova York: Wiley, 2004.

SOLOVE, Daniel J. **Privacy and power: computer databases and metaphors for information privacy**, 53 STAN. L. REV. 1393, 1403–13. 2001.

TELLES JUNIOR, Godofredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, Número 13, 2012.