

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

AIRES JOSE ROVER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito, governança e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Irineu Francisco Barreto Junior; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-443-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Internet. 3. Cidadania.

4. Tecnologia. 5. Liberdade de expressão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

A comunidade científica do Direito celebra a superação de duas décadas em estudos e pesquisas sobre as interfaces entre fenômeno jurídico e internet, novas tecnologias comunicacionais e avanços informáticos. Desde a gênese desse campo de estudos jurídicos, a doutrina nacional e internacional analisa os reflexos no direito material, processual, individual e coletivo oriundos da sociedade da informação e das redes comunicacionais planetárias.

Os encontros nacionais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi) têm se consolidado como referência na disseminação de pesquisas que abordam esses novos fenômenos. Foi o que novamente ocorreu no XXVI Encontro Nacional do Conpedi, realizado em Curitiba entre 19 e 21 de julho de 2017, no Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias. Pesquisadores de diferentes regiões do Brasil apresentaram seus estudos e debateram a contemporaneidade e novos efeitos do paradigma estabelecido entre Direito e Internet.

Destaca-se entre os artigos apresentados a originalidade e notável convergência entre os temas abordados, que podem ser compilados sob enfoques atuais e relevantes, conforme será apresentado a seguir. A proteção dos Direitos Humanos no ambiente de internet perpassou diversos artigos, sob perspectivas que foram desde os conflitos entre liberdade de expressão versus proteção da privacidade, até a responsabilidade dos provedores de conteúdo na remoção de conteúdos que atentem contra a dignidade da pessoa humana e o direito ao esquecimento. A possibilidade de ampliação do exercício da cidadania e fortalecimento dos regimes democráticos também foi objeto de pesquisas apresentadas no GT, o que coaduna com acontecimentos recentes, nos quais a internet esteve no centro de levantes mundiais contra regimes de exceção e autoritários.

A abordagem da prevenção de crimes eletrônicos, cada vez mais recorrentes, fez-se presente em artigos que tratam das formas de composição dos conflitos que ocorrem na internet – particularmente a responsabilização administrativa por meio das ordenações, como vem ocorrendo em Portugal e na Alemanha –, e da aplicação da tecnologia na prevenção tais delitos. O foco da violência contra a mulher e do discurso homofóbico na internet esteve presente, justificado pela constância de casos que aviltam contra os direitos humanos em redes sociais, grupos de WhatsApp ou na rede mundial de computadores.

Questões específicas, mas que também dialogam com a preservação de direitos fundamentais na sociedade informacional, fizeram-se presentes em artigos que versam sobre a acessibilidade de portais de órgão públicos para pessoas com deficiência e das inovações na educação superior brasileira, frente o ensino a distância e o exercício da docência.

Em suma, os trabalhos apresentados renovam os compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático. Os coordenadores do GT convidam os leitores para desfrutarem do teor integral dos artigos, com a certeza da profícua leitura, e encerram agradecendo a possibilidade de novamente dirigir os debates com a participação de pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Aires José Rover (UFSC)

Prof^a. Dr^a. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (Unicuritiba)

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior (FMU)

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET: UMA ANÁLISE DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL COM BASE NAS TEORIAS DA JUSTIÇA

RIGHT TO BE FORGOTTEN ON THE INTERNET: AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO PERSONAL IDENTITY BASED ON THEORIES OF JUSTICE

Bruno Martins Moutinho ¹

Resumo

O direito ao esquecimento tem como objetivo evitar que uma situação ocorrida no passado seja exposta ao público em geral, causando danos atuais. Normalmente, está fundamentado no direito à privacidade, baseado na ideia de esquecer fatos passados que não tenham interesse público. Este trabalho mostra que o direito ao esquecimento na internet não pode ter como base esse fundamento, definindo um novo parâmetro: direito à identidade pessoal, analisando que pode ser esquecido com base nas teorias da justiça, concluindo que a Igualdade de Capacidade é a teoria mais adequada para se definir que tipo de informação esquecer.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento na internet, Direito à privacidade, Direito à identidade pessoal, Teorias da justiça, Igualdade de capacidade

Abstract/Resumen/Résumé

The right to oblivion is intended to prevent a situation that has occurred in the past from being exposed to the public, causing current damage. Usually, it is based on the right to privacy, based on the idea to forget past events that doesn't have public interest. This paper shows that the right to be forgotten on the Internet can't be based on this foundation, defines a new parameter: personal identity, analyzing what can be forgotten based on the theories of justice, concluding that ability equality is the most appropriate theory to define what kind of information to forget.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to be forgotten on the internet, Right to privacy, Right to personal identity, Theories of justice, Ability equality

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia

1 INTRODUÇÃO

Seria digno forçar uma pessoa a conviver com uma situação infeliz do seu passado, tendo impacto na sua vida e em suas relações com terceiros? Essa é principal ideia do direito ao esquecimento, de não permitir que uma situação ocorrida no passado seja exposta ao público em geral, afetando o presente e limitando as opções do futuro. Assim, um fato passado não pode ecoar para sempre na vida de uma pessoa como se fosse uma punição eterna.

O direito ao esquecimento surgiu como um direito da personalidade a ser protegido como uma das manifestações da privacidade. Tem sido tradicionalmente abordado na defesa contra interferências indevidas de terceiros no espaço privado, mais especificamente de informações pessoais passadas, considerando que o passado pertence ao espaço privado. Com base nessa ideia, deve ser garantido quando a informação a ser esquecida tiver interesse exclusivamente privado, quando a informação tiver interesse público não se pode falar em direito ao esquecimento.

Inicialmente teve aplicação na esfera criminal, mas atualmente tem sido estendido a outras áreas, como a internet. A internet requer uma rediscussão do direito ao esquecimento, já que houve uma mudança de paradigma: de esquecimento como regra para esquecimento como exceção. A internet não esquece, ela praticamente eterniza as informações sem o consentimento do usuário, sendo possível acessar fatos ocorridos há muitos anos, quase sem nenhum esforço. Nesse contexto, situações passadas e algumas vezes esquecidas, por mais insignificantes que sejam as mesmas, sob o ponto de vista social ou jornalístico, podem ser rapidamente recuperadas, causando danos atuais.

Nesse sentido, muitos serão questionados sobre as informações disponíveis na internet. Se um indivíduo vai ser questionado por isso, é fundamental que ele tenha um controle efetivo sobre tais informações, o direito ao esquecimento é uma dimensão de tal controle. Porém, atualmente, o direito ao esquecimento está fundado na ideia de esquecer atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Sendo assim, cabem outras indagações: o que é interesse público? Existe algum parâmetro para considerar uma informação como de interesse público, uma vez que o mesmo é um termo genérico, abstrato e indeterminado?

Este trabalho tem como objetivo responder tais perguntas e mostrar que o presente direito não pode ser fundamentado como base a ausência do interesse público, definindo um novo parâmetro para o mesmo: direito à identidade pessoal. Como o esquecimento é um comportamento de toda a sociedade, cabe à mesma promovê-lo, através das suas instituições e

procedimentos políticos, daí surge a importância de se analisar o que pode ser esquecido com base nas teorias da justiça. O restante desse trabalho está dividido em mais três seções: a segunda apresenta o direito ao esquecimento na internet e a relação com os interesses públicos e privados, a terceira apresenta a análise do conceito de direito à identidade pessoal com base nas teorias de justiça; e a última seção apresenta as considerações finais.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Seria digno forçar uma pessoa a conviver com os erros do seu passado? Essa é a ideia do direito ao esquecimento, o princípio básico é que um indivíduo tenha controle da informação que foi disponibilizada de forma voluntária ou involuntária. Assim, é o direito individual de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido no passado, seja exposto novamente ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Ou seja, os atos praticados no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas.

Para Rallo (2011, p. 3), tal direito inclui “o cancelamento de um dado pessoal que foi obtido legitimamente para que seja retirado quando se esgotar a finalidade para a qual foi obtido”. Vale ressaltar que quando um dado pessoal foi obtido de maneira ilegítima, não se deve falar em direito ao esquecimento e sim na divulgação indevida da informação, seja por acesso indevido, calúnia, direito de imagem¹, etc.

Nesse contexto, a tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica (SCHREIBER, 2013, p. 185), nas Jornadas de Direito Civil², chegando aos Tribunais Brasileiros, tanto que o Superior Tribunal de Justiça julgou dois recursos especiais que tratam do assunto: o caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097) e o caso de Aída Curi (REsp 1.335.153), ambos os casos chegaram ao Supremo Tribunal Federal³.

-
- 1 Um caso típico de direito à exclusão, mas indevidamente associado ao direito ao esquecimento, é o caso da apresentadora Daniela Cicarelli, que teve um vídeo divulgado no *Youtube* sem a sua autorização, a apresentadora entrou com um processo judicial pedindo a exclusão do vídeo, a decisão foi no sentido de conceder ordem para exclusão, utilizando como fundamento o direito de imagem.
 - 2 Enunciado 404: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas e Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.
 - 3 Os recursos extraordinários foram distribuídos, respectivamente, aos Ministros Celso de Mello (Recurso Extraordinário com Agravo nº 789.246/RJ) e Dias Toffoli (Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ) sendo que no último caso, a repercussão geral foi reconhecida, mas ainda pendente de julgamento, porém com manifestação contrária da PGR ao reconhecimento do direito ao esquecimento, por

Em suma, o direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente. Equivale a tornar realidade o poder individual de dispor sobre toda a informação da qual é titular. Tal direito está diretamente ligado ao direito de ser deixado em paz, reconhecido como uma das vertentes da privacidade. Para Bastos (1989, p. 63) é “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a sua privacidade”.

Tal direito tem três vertentes (TERWANGNE, 2012, p. 55): aspectos criminais; proteção de dados e direito ao esquecimento na internet. A primeira vertente está relacionada aos aspectos criminais, é sua vertente clássica, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de ressocialização, no sentido de que, uma vez pago o que era devido, a sociedade deve oferecer possibilidade de reabilitação, podendo começar uma nova vida sem ter que suportar o peso de seus erros passados.

A segunda vertente é a proteção de dados pessoais, nesse contexto, a proteção se expande, sendo aplicável ao tratamento de quaisquer dados pessoais, não apenas ao registro criminal. Para essa vertente, dados pessoais devem ser interpretados de maneira ampla, significando quaisquer informações relativas ao indivíduo. Assim, utilização de dados pessoais deve ter como fundamento a decisão de cada indivíduo, preservando a sua autodeterminação.

As duas primeiras vertentes tratam da espécie de informação que deve ser esquecida, enquanto que a última vertente: direito ao esquecimento na internet, trata da espécie (informação pessoal) e do ambiente em que a informação deve ser esquecida (internet). Informação pessoal “é aquela relacionada a um indivíduo identificado ou identificável” (CASTRO, 2005, p. 151). além disso, o processo de identificação deve ser feito com nenhum ou com pouco esforço. Sendo assim, apenas informações pessoais podem ser esquecidas, outras espécies de informação não, como por exemplo, fatos históricos e informações disponibilizadas pela imprensa.

O segundo ponto é que as informações pessoais são divulgadas pela internet, onde uma vez divulgada a informação, é praticamente impossível esquecer a mesma, para Bauman (2001, p. 112): “a realidade virtual da internet torna indefinidamente radiante a informação que, se impressa em papel, estaria esmaecida”. Antes da internet, um indivíduo poderia fazer escolhas sem o medo de ser perseguido por elas no futuro. As informações ficavam geralmente restritas à sua comunidade e normalmente esquecidas depois de um tempo, em tais

entender que a liberdade de imprensa deve prevalecer (PGR, 2016).

situações, a pessoa poderia viver dentro de uma certa normalidade, já que poucos a associariam ao caso⁴.

Porém, na internet isso não é mais possível, os contextos espaciais e temporais foram fragilizados, a internet estão destruindo nossa capacidade natural de esquecer” (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 49), qualquer fato passado, aparentemente esquecido, pode ser recuperado rapidamente, independentemente do tempo e do contexto em que o mesmo aconteceu. Tal situação é “capaz de proporcionar superexposição de fatos e notícias, mesmo que decorrido muito tempo desde os atos que lhes deram origem” (SOLOVE, 2007, p. 70), fazendo com que um indivíduo não seja esquecido.

Sem o esquecimento o indivíduo não pode mudar, não pode evoluir, pode ficar eternamente preso ao passado, acontecendo o chamado estigma. 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). Os estigmatizados sofrem com a desconfiança, estereótipos negativos, preconceitos e discriminação, “existe em um círculo vicioso: o estigma encoraja o preconceito e a discriminação e estes, por sua vez, reforçam a ocorrência do estigma” (RONZANI, 2014, p. 8). Com base em tais situações e muitas vezes de maneira inconsciente, se reduz as chances de vida do estigmatizado.

Tal situação abre caminho “para um futuro intensamente paradoxal em que alguns elementos do presente e do passado estão constantemente sendo redescobertos” (SOLOVE, 2007, p. 70). O modelo de negócios da internet foi projetado para não esquecer, todas as informações estão permanentemente disponíveis e são facilmente acessadas, isso é considerado como uma mudança de paradigma em relação à memória.

Anteriormente, o ato de armazenar uma informação requeria uma decisão, porém, na internet é o ato de esquecer uma informação que requer uma decisão, ou seja, o processo consciente e desejado de lembrar, se transformou em um processo consciente e desejado de esquecer. Como consequência, não existe mais a necessidade de a sociedade decidir se determinada informação é importante para ser lembrada, uma vez que, toda e qualquer informação disponível na internet pertence à memória social⁵.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento ganha uma nova roupagem, já que sem a interferência de ninguém a uma informação ficará eternamente disponível. Sendo assim,

4 Em uma situação extrema, quando se queria o esquecimento, poderia mudar para uma nova cidade, um novo bairro ou ainda encontrar um novo emprego, a fim de começar de novo sem o peso dos erros passados.

5 É entendida como aquela disponível e viva na vida de qualquer indivíduo pertencente ao grupo social, ou seja, “é a memória dos mais variados traços do passado, que se encontram virtualmente disponíveis a qualquer membro de uma sociedade”, sendo necessário ainda que tal memória seja “efetivamente utilizada ou, pelo menos, referenciada por indivíduos e grupos sociais contemporâneos” (JEDLOWSKI, 2001, p. 6).

surgem alguns questionamentos: um indivíduo deve conviver eternamente com seus erros do passado? Ou ele pode solicitar a retirada de uma informação? Em caso positivo, quais informações podem ser retiradas? Existe algum parâmetro para se definir que informação pode ser retirada? Quando uma informação é retirada, não fere o direito de outro indivíduo em acessar a mesma informação?

Aqui, surge uma colisão de princípios entre o direito ao esquecimento e o direito de receber informações⁶, tal conflito, como atualmente definido, tem pano de fundo o conceito de interesses públicos e privados da informação, mas para esse trabalho, tal conflito se resolve de outra forma, a internet apresenta uma mudança de paradigma entre os espaços públicos e privados, que será tratado em mais detalhes na seção 3.

2.1 INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

A ideia do direito ao esquecimento na internet é que o indivíduo tenha controle sobre as informações pessoais disponibilizadas, constituindo um poder de determinar a coleta, armazenamento, processamento e disponibilização das mesmas, evitando que se transforme em um simples objeto de informações, atribuindo um poder positivo de dispor sobre as suas informações pessoais. A primeira questão que surge é a aplicação do referido o direito? Nesse sentido, é importante citar a definição de Dotti (1980, p. 23): “a faculdade da pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”. Portanto, o direito ao esquecimento deve levar em consideração o interesse público e o ato ou fato ser considerado antigo.

O presente trabalho vai analisar apenas a questão do interesse público, a questão de quanto tempo deve transcorrer para que um fato seja considerado como fato passado foge do escopo do mesmo. Para Bucar (2013, p. 2), o direito ao esquecimento incorpora uma expressão do controle temporal de dados, Ost (2005, p. 12) afirma a existência de um “direito a um esquecimento programado”. Porém, é importante ressaltar que nem todo fato passado pode ser esquecido, fatos históricos, por exemplo, não podem ser esquecidos⁷. Nesse sentido,

6 “O livre fluxo de informações e ideias ocupa o cerne da noção de democracia e é crucial para o efetivo respeito aos direitos humanos. Se o direito a liberdade de expressão – que compreende o direito de buscar, receber e transmitir informações e ideias – não é respeitado, as violações de direitos humanos ocorrerem em segredo, e de não haver como denunciar a corrupção e a ineficiência dos governos” (MENDEL, 2009).

7 Fatos históricos não podem ser esquecidos, o conhecimento da história é muito importante 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 a privacidade de alguns indivíduos, nesse caso é mais importante o interesse público da coletividade de conhecer a sua própria história.

surge a pergunta: qual o parâmetro para se considerar um fato passado como fato histórico? A resposta volta para o conceito de interesse público, uma vez que aquele fato que tem interesse público não pode ser esquecido, independentemente do tempo.

No Brasil, o assunto já chegou as Cortes Superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou dois recursos especiais: o caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097) e o caso de Aída Curi (REsp 1.335.153). Onde foi analisado, basicamente, o conflito entre direito ao esquecimento e o direito de informar. O interessante é que num caso o STJ considerou o direito ao esquecimento com base na ausência do interesse público e no outro o negou por considerar que a informação que se desejava esquecer tinha interesse público, porém, o STJ praticamente não estabeleceu parâmetros do que seria interesse público⁸, portanto, a definição deve ser feita caso a caso.

Tal opinião é confirmada por diversos doutrinadores⁹¹⁰¹¹. Portanto, atualmente, a doutrina e a jurisprudência brasileira se utilizam de um único parâmetro para definir se o direito ao esquecimento deve ser garantido: a ausência de interesse público. Nesse sentido cabem algumas perguntas: o que é interesse público? Existe algum parâmetro para considerar uma informação como de interesse público?

Inicialmente é fundamental buscar definir o que seria interesse público. Para Hume (2000, p. 531) é “o bem comum e aquilo que é transparente ao público”. Para Mello (2003, p. 60): “é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”, no mesmo sentido segue Gasparini (2012, p. 15): “o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro”.

Normalmente quando se fala em interesse público se pensa imediatamente no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, partindo do princípio que os interesses públicos e privados são colidentes, é certo que a possibilidade de choque entre esses interesses é real, mas em muitos casos se complementam. Vale ressaltar a proposição apontada por Hume (2000, p. 532), que afirmou que o “interesse público não é contraposto ao interesse privado, mas se opõe aos interesses sem limites”. Como se percebe das definições

8 O único parâmetro estabelecido pelo STJ foi em relação ao crime, para o STJ o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, que acontece com a extinção da pena ou com a absolvição.

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 histórico, viola a dignidade humana. Não pode, pois, a justiça, tratá-la como expedientes que renovem a lesão ou inaugurem novos prejuízos (materiais ou ‘psicológicos’)” (IENNAO, 2012, p. 178).

11 “Disto se extraem os requisitos para sustentar o direito ao esquecimento: 1) que o fato tenha ocorrido em tempo remoto; 2) e, portanto, sem utilidade pública ou social; 3) desde que não pretenda alterar a verdade dos fatos; 4) não se aplica às instituições de cunho jornalístico, literário e científico” (MARTINEZ, 2014).

acima, o interesse público é um termo genérico, aberto, abstrato e indeterminado, é utilizado sem a menor determinação de sua abrangência. Assim, pode se referir a conceitos diferentes e apresentar conteúdos variados. Nesse contexto, Sarmiento (2010, p. 24) afirma que o conceito de interesse público está em profunda crise.

Além disso, existe o fenômeno da constitucionalização do direito, segundo Barroso (2005, p. 50) existe uma “diluição do rigor da dualidade público/privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa”. Dentro dessa visão, não pode o interesse privado ser visto como desvinculado de qualquer função social, restrito apenas à satisfação individual. Hoje, de acordo com Negreiros (2004, p. 125): “há a garantia da autonomia privada sim, mas essa liberdade de agir é limitada pelo impacto que ela acarretará na sociedade”.

Nesse contexto, Sarmiento (2010, p. 42) afirma: “que se vive sob a égide da concepção personalista, na qual há uma ponderação equilibrada, pautada na proporcionalidade entre os interesses públicos e privados. Ambos os interesses se controlam”. Na mesma linha de raciocínio segue Moraes (1991, p. 39): “aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado”.

Dada a complexidade em si diferenciar interesses públicos e privados, Estorninho (1999) buscou definir critérios para demarcar os campos pertinentes ao interesse público: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo. Porém, os três critérios podem ser contestados com uma série de razões que fogem ao escopo desse trabalho, o que fica claro é que a fronteira entre público e privado está cada vez mais nebulosa. Portanto, não se consegue responder com segurança as indagações feitas anteriormente: o que é interesse público? Existe algum parâmetro para considerar uma informação como de interesse público?

Se não é possível definir com segurança o que é interesse público, como se vai definir o direito ao esquecimento na internet com base no mesmo? Nesse sentido, propomos que o presente direito não deve ser garantido na ausência do interesse público e sim numa noção diferente: direito à identidade pessoal. Defende-se que a noção de interesses públicos e privados para o direito ao esquecimento surgiu em virtude do mesmo ser entendido como uma dimensão do direito à privacidade, que traz implícita a noção de espaços públicos e privados, existe uma violação da privacidade, quando existe uma transposição arbitrária do espaço privado para o espaço público.

Tal transposição é muito mais complexa na Internet, uma vez que não existe a arbitrariedade, é o próprio indivíduo que abre mão da sua privacidade, publicando livremente suas informações pessoais. A Internet surge como um novo espaço misto, que tem duas características aparentemente contraditórias: é, ao mesmo tempo, onipresente e pessoal, ou seja, ao mesmo tempo público e privado. A onipresença se confunde com o espaço público, um espaço de visibilidade (ver e ser visto), de discussão política (falar e ser ouvido), de negociação, de participação e de exercício da cidadania. Por sua vez, o lado pessoal se confunde com o espaço privado, mas não no sentido de ficar escondido dos outros, e sim no sentido de ter uma representação dos seus atributos de personalidade, de ter um espaço para livremente expressar a sua opinião sem a interferência de terceiros.

Além disso, na internet existe um “cuidado por vezes excessivo com a imagem e a popularidade de alguns é tão grande que é possível perceber uma emergência de estratégias de construção da reputação pessoal” (SOLOVE, 2007, p. 49). A proliferação de dados pessoais na internet tem efeitos significativos para a reputação das pessoas. Como Christensen (2012, p. 1) define: “reputação é a percepção compartilhada ou coletiva sobre uma pessoa, é ela que nos permite confiar em estranhos”.

Nesse sentido, aumenta a percepção que cada ação na internet deixa um rastro digital. De tal forma que as pessoas serão julgadas pelo conteúdo disponível na internet, afetando a construção da identidade pessoal, trata-se, de uma propriedade pessoal¹². Nesse contexto surge o direito à identidade pessoal, definido como o direito a ter atributos da personalidade que são característicos de uma única pessoa, sendo reconhecidos e respeitados por outros (tais como aparência, nome, história de vida, etc.), também conhecido, como direito a ser você mesmo ou direito de ser único (ANDRADE, 2012, p. 2).

A jurisprudência italiana adiciona uma dimensão mais substantiva a tal direito (KORENHOF, 2013, p. 4): “o direito de ter aparência e ser representado na vida social (especialmente nas mídias de massa), de maneira que, sua identidade pessoal não seja falsificada ou distorcida”. Tal direito consiste na imagem correta que você deseja projetar na sociedade, de acordo com tal conceito, a identidade pessoal é infringida se qualquer informação é utilizada sem autorização de maneira que não possa ser reconciliada com a sua identidade (reputação).

12 “Nossa reputação é esquecida quando pessoas fazem julgamentos baseados no mosaico de informações disponíveis sobre nós. (...) Nossa reputação é um componente essencial para nossa liberdade, sem uma boa opinião de nossa comunidade, nossa liberdade torna-se vazia. (...) Uma razão para proteger reputação é preservar anos de esforço para o nosso desenvolvimento, outra teoria de reputação é que nós a protegemos em nome da dignidade humana” (SOLOVE, 2007, p. 61).

A identidade pessoal é diferente da privacidade, a primeira diz respeito à exposição correta da personalidade aos olhos do público, enquanto que a na última, o interesse da pessoa é em não ser exposto. Na internet tal diferença é fundamental, muitas vezes, a exposição é feita pelo usuário buscando criar ou manter sua identidade virtual, especialmente nas redes sociais, portanto não se pode falar apenas em privacidade.

Assim, o indivíduo não quer ficar isolado em seu espaço, ele quer visibilidade, mas não qualquer tipo visibilidade, ele tem a representação de uma imagem de si, e projeta tal representação na sociedade e deseja que os outros o enxerguem da mesma maneira que ele projetou. Nesse sentido, o indivíduo deve ter o direito de controlar suas informações, não para ficar isolado em seu espaço, mas para aparecer corretamente aos olhos da sociedade.

Portanto, apenas informações desatualizadas podem ser esquecidas, considerando como desatualizadas aquelas que no passado representavam corretamente os atributos de personalidade, porém, com o passar do tempo, com a mudança da identidade, as mesmas não mais representam de maneira adequada os atributos atuais da personalidade. É o reconhecimento de que todo indivíduo pode mudar, acreditando que o mesmo não deve ser reduzido ao seu passado, e que se existir alguma situação passada que limite sua liberdade no presente ou restrinja a buscar dos seus projetos de vida, a mesma deve ser esquecida.

O que o direito ao esquecimento visa evitar é que as informações veiculadas na internet sejam eternizadas sem nenhuma regulamentação ou limitação, podendo se tornar grave ameaça ao direito à identidade da pessoal. Atualmente, por mais insignificante que seja um fato, sob o ponto de vista social ou jornalístico, ele pode ser recuperado rapidamente através dos sítios de busca na internet. Em alguns casos, fatos praticados no passado, e até já esquecidos, podem ser resgatados, causando danos atuais.

3 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E AS TEORIAS DA JUSTIÇA

Como tratado anteriormente: “o esquecimento não é apenas um comportamento individual, mas também um comportamento de toda uma sociedade” (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 15). Em julgados do STJ (Recurso especial n. 1.334.097- RJ e Recurso especial n. 1.335.153- RJ), relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, o mesmo afirma:

O reconhecimento do direito ao esquecimento..., além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que,

entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Portanto, a sociedade aceita que os indivíduos evoluam com o tempo, aprendendo com as experiências passadas e ajustando seus novos comportamentos. Assim, cabe à sociedade promover o esquecimento, através das suas instituições e procedimentos políticos, daí surge a importância de se analisar o que pode ou não ser esquecido com base nas teorias da justiça.

Como tratado na seção anterior, o direito à identidade pessoal é deve ser utilizado como fundamento para a verificação do que pode ou não pode ser esquecido, já que o mesmo se adapta a noção de espaços públicos e privados na Internet. Além disso, o conceito de reputação se adapta a concepção liberal de liberdade, tendo como pressuposto que as próprias pessoas escolham seus fins, além da existência de um espaço para o tipo de vida que desejam viver.

Assim, o objetivo da presente seção é analisar se a identidade pessoal, como escolhas de vida, pode ser utilizada como fundamento para o direito ao esquecimento, e, além disso, analisar se existem parâmetros para tal verificação. Para isso, a identidade pessoa será analisada tendo como base as seguintes teorias da justiça: Utilitarismo; Libertarismo; Igualdade Liberal; Igualdade de Capacidade de Amartya Sen; e Comunitarismo.

3.1 - Utilitarismo

O utilitarismo pressupõe que um ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade (KYMLICKA, 2006. p. 11), ou seja, “a melhor solução para cada problema político social é sempre aquela apta a promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade” (SARMENTO, 2010, p. 58). Isto porque, a justiça, para as teorias utilitaristas, equivalerá à procura dos interesses dos indivíduos que integram a sociedade política, buscando promovê-los de forma racional, reconhecendo a igualdade intrínseca entre todas as pessoas, e rejeitando qualquer suporte religioso ou metafísico como fundamento para escolhas públicas.

Os utilitaristas partem da premissa de que os indivíduos têm às vezes interesses conflitantes, e que, nestes casos, deve-se atribuir um peso igual aos interesses de cada um, na busca da solução mais justa. Assim, justifica-se o sacrifício dos interesses de um membro da

sociedade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos.

Para Sarmento (2010, p. 58): “é uma teoria que salvaguarda a supremacia do interesse público”. Dentro desta perspectiva, ele seria encarado como o somatório dos interesses individuais dos membros da comunidade política, de forma a maximizar os interesses da sociedade, individualmente considerados. A principal crítica ao utilitarismo é que o interesse público não se confunde com o interesse da maioria. Para Hume (2000, p. 531): “se assim o for, o interesse se torna faccioso e violento”. Além disso, não se pode buscar o interesse da maioria desrespeitando o direito das minorias.

Portanto, para os utilitaristas, o que justifica o direito ao esquecimento é a sua potencial contribuição à maximização da felicidade e do bem-estar geral, caso o interesse da maioria em ter a informação disponível seja conflitante com o direito ao esquecimento, deve prevalecer o direito a informação, não importa se a dignidade do indivíduo esteja sendo violada. Nesse ponto, cabe a principal crítica ao utilitarismo, onde os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral, portanto não coaduna com a ordem constitucional brasileira, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, tal teoria não justifica adequadamente o direito ao esquecimento.

3.2 - Libertarismo

Nozick (2011, p. 8) defende um individualismo exacerbado, para o autor há situações que: “ninguém pode fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos). Tão fortes e de tão alto alcance são esses direitos que colocam a questão do que o Estado e seus servidores podem, se é que podem, fazer”. A teoria libertária defende seu compromisso com o mercado recorrendo a uma noção mais ampla de liberdade pessoal: o direito de cada indivíduo decidir livremente como empregar seus poderes e posses da maneira que achar melhor. Expõe Kymlicka (2006) a respeito do libertarismo:

Quanto maior a capacidade dos governos de controlar a vida econômica, maior a sua capacidade (e disposição) de controlar todos os aspectos da nossa vida. (...) As pessoas têm direito de dispor dos seus bens e serviços livremente e têm este direito, seja ele ou não a melhor maneira de assegurar a produtividade. (...) A interferência governamental é equivalente ao trabalho forçado – uma violação, não da eficiência, mas de seus direitos morais básicos. (KYMICKA, 2006, p. 120-121).

O libertarismo defende a posse de si mesmo, tratando indivíduos como fins, que pode ser interpretado como a ideia de igualdade, dando uma superioridade incondicional aos direitos individuais. Essa é a visão preferida da maioria dos autores que tratam do direito ao esquecimento, a ideia de controle total das suas informações. Por exemplo, a definição de direito ao esquecimento proposta por Pereira (2004, p. 140): “o poder das pessoas de controlar suas informações pessoais, as quais, ainda que não formem parte da vida privada das mesmas, possam revelar aspectos de sua personalidade”.

Ou ainda para Jabur (2000, p. 254): “atributo da privacidade, a faculdade de se excluir do conhecimento de terceiros as informações que o titular quer preservar para si próprio”. De forma semelhante dispõe Vieira (2007, p. 26): “direito subjetivo de toda pessoa, não apenas de constranger os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal, sejam estas sensíveis ou não”. Para Rodotà (2008, p. 102): “um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado deseja manter um controle exclusivo”.

Portanto, para a visão libertária o direito ao esquecimento seria pleno, qualquer pedido de esquecimento deveria ser concedido, já que não cabe ao Estado ou a qualquer outro particular interferir na liberdade que um indivíduo tem em dispor de todas as suas informações pessoais. Nesse sentido, tal teoria não configura uma teoria adequada para justificar o direito à identidade pessoal, uma vez que a mesma defende que qualquer tipo de informação deva ser esquecido, independentemente se a mesma tenha relação com a identidade pessoal ou não, além de não levar em consideração o direito à informação da sociedade como um todo.

3.3 - Igualdade Liberal

A igualdade liberal tem como ponto de partida que a pessoa é um fim em si mesmo e deve ser a última unidade de preocupação moral, defendendo a plena liberdade e a competência moral e racional dos indivíduos para conformação das suas concepções de mundo e projetos de vida. A justiça de Rawls (2008) considera que as pessoas possuem interesses próprios de acordo com a concepção de bem que formulam para as suas vidas, mas que, ao mesmo tempo, dispõem de um sentido de justiça, e ponderam entre si sobre quais os termos justos de cooperação que devem nortear o convívio social e a distribuição dos benefícios sociais. Para isso, foram desenvolvidos princípios de justiça aplicados à estrutura

básica da sociedade que sejam aceitos por todos de maneira equitativa, desenvolvendo uma alegoria do contrato social a fim de alcançar este objetivo.

Para tanto, todas as pessoas devem ser reunidas na posição original, cobertas pelo véu de ignorância, sem saber a distribuição dos dotes pessoais e a sua respectiva posição social. Dessa forma, as pessoas chegam a um acordo sobre os princípios de justiça que serão escolhidos, chamados de justiça como equidade (RAWLS, 2008, p. 33). Assim, uma sociedade justa é aquela em que as instituições sociais, econômicas e políticas tratam os cidadãos como membros moralmente iguais e oferecem a cada um os direitos, liberdades e oportunidades para que possam perseguir os seus fins e convicções morais.

Para a igualdade de recursos de Dworkin (2005), a distribuição das riquezas sociais deve projetar as escolhas dos indivíduos que devem agir com responsabilidade sobre o destino de suas próprias vidas, sendo considerados como agentes na medida em que apresentam significado individual e social na comunidade em que vivem. As escolhas serão justas em condições de igualdade e tratamento, porém, seus resultados serão naturalmente diferentes e desiguais, o que é legítimo de qualquer maneira.

A igualdade de recursos [...] oferece uma definição de igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenados no qual as pessoas que assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam como parte dessa responsabilidade que pertencem a uma comunidade de iguais considerações. (DWORKIN, 2005, p. 160).

Portanto, para a igualdade liberal, o indivíduo tem o direito de controlar sua identidade pessoal, já que a mesma admite a conformação das suas concepções de mundo e projetos de vida, mas não apresenta parâmetros de como deve ser esse controle. Nesse sentido, é necessário buscar se alguma teoria define parâmetros para o direito à identidade pessoal, tal teoria é a de igualdade de capacidades de Amartya Sen.

3.4 - Igualdade de Capacidade de Amartya Sen

Sen (2012, p. 69) defende que: “a posição de uma pessoa num ordenamento social pode ser julgada por duas perspectivas diferentes: (1) a realização de fato conseguida, e (2) a liberdade para realizar”. Ainda segundo o autor: “a realização liga-se ao que conseguimos fazer ou alcançar, e a liberdade, à oportunidade real que temos para fazer ou alcançar aquilo

que valorizamos”. Nesse sentido, a desigualdade pode ser vista em termos de realizações e liberdades. Na busca por justiça social, as capacidades é que devem ser igualadas. Capacidades são poderes para fazer ou deixar de fazer, sem os quais não há escolha genuína, expressando uma ideia de igualdade de oportunidades, valorizando a liberdade dos indivíduos para levarem a vida do jeito que quiserem e de lutarem pelo alcance dos seus objetivos.

As oportunidades envolvem não apenas as disponibilidades em recursos, mas também o acesso das pessoas a esses recursos, o que depende das habilidades e talentos para usá-los. A ausência de habilidades e talentos é limitativa da liberdade de ter e fazer escolhas, uma vez que uma escolha genuína pressupõe capacidades para fazer ou para não fazer, para escolher e lutar pelos objetivos. Outro aspecto da proposta de Sem, consiste na sua defesa da liberdade como instrumento para o indivíduo buscar o bem-estar. A liberdade de escolha pode ter importância direta para a qualidade de vida e bem-estar.

Portanto, o conceito chave para essa teoria, que pode ser aplicado ao direito à identidade pessoal, é a ideia de vida boa com escolhas genuínas. Portanto, sempre que um fato impedir que um indivíduo leve a vida do jeito que quiser e de lutar pelo alcance dos seus objetivos, o mesmo deve ser considerado como de sua reputação, portanto deve ser esquecido.

Nesse sentido, o fato de não esquecer não pode diminuir a liberdade de buscar suas ações, de fazer escolhas genuínas, ou seja, o indivíduo pode começar uma nova vida sem ter que suportar o peso de seus erros passados. Com isso, a análise do bem-estar de uma pessoa deve levar em conta a liberdade que ela tem de buscar suas ações. Quando não se esquece, o indivíduo perde uma capacidade fundamental de viver no presente.

Por exemplo, no caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097)¹³, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento ao autor do recurso, “a posterior veiculação do episódio contra sua vontade reacendeu, na comunidade em que vivia, a desconfiança de todos, tanto que o autor alega ter tido que se mudar da comunidade onde morava, porque sofreu ameaças, ódio social contra si e seus familiares”. Percebe-se, nitidamente, que o não esquecimento limitou as suas escolhas, tendo inclusive que se mudar da comunidade em que vivia, esse fato deve ser considerado como limitante das escolhas individuais e, portanto, deve ser esquecido.

13 O STJ reconheceu o direito ao esquecimento para um homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária e posteriormente retratado pelo programa Linha Direta, da TV Globo, anos depois de absolvido de todas as acusações, condenando a emissora ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A tese do autor é a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. Para os ministros, a história poderia ter sido contada sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional, até porque, ele não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

Um segundo exemplo dessa situação é o que ainda ocorre com Guilherme de Pádua, mesmo cumprida a sua pena, continua tendo seu nome vinculado ao crime cometido no passado¹⁴. Como não houve esquecimento, o mesmo não tem direito à sua representação como indivíduo que pagou sua dívida com a sociedade, pelo contrário, fica eternamente estigmatizado como um criminoso, dificultando sua reintegração à sociedade, pois o preconceito contra egressos é grande, impedindo o indivíduo de proceder na sua busca por uma vida normal.

Em contrapartida, o caso Aida Curi (REsp 1.335.153)¹⁵, o STJ não reconheceu o direito ao esquecimento aos autores, e com base na igualdade de capacidades não cabia o reconhecimento mesmo, já que os autores pediam uma indenização por conta da reabertura de antigas feridas, sem estabelecer que tal fato impediria de lutar pelo alcance dos seus objetivos. Para o STJ: “o acolhimento do direito ao esquecimento consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança”. Ou seja, o esquecimento era devido a um “desconforto gerado pela lembrança” que não tem relação com a sua reputação, não impedindo a busca de seus objetivos pessoais.

Nesse sentido, tal teoria configura uma teoria adequada para lidar com o direito à identidade pessoal, uma vez que existe estabelece um parâmetro para se definir o que esquecer, ou seja, sempre que uma informação limitar as escolhas de um indivíduo para a busca do seu bem-estar, a mesma deve ser esquecida.

3.5 - Comunitarismo

A teoria comunitarista da justiça surgiu em meados da década de 1980, em oposição ao individualismo liberal, sobretudo, o pressuposto segundo o qual as pessoas escolhem seus fins, o tipo de vida que desejam conduzir, para os liberais “negar às pessoas esta autodeterminação é deixar de tratá-las como iguais.” (KYMLICKA, 2006, p. 253).

Esse pressuposto, segundo Gargarella (2008. p. 140) é falso e “compreende uma visão descritivamente pobre do ser humano. Implica deixar de lado uma visão mais adequada da

14 Na Wikipédia a primeira frase sobre o ator fala logo do seu crime: “Guilherme de Pádua Thomaz (Belo Horizonte, 2 de novembro de 1969) é um ex-ator brasileiro conhecido por ter assassinado Daniella Perez, atriz com quem trabalhava na novela De Corpo e Alma.”

15 Os irmãos vivos de Aida Curi ajuizaram ação objetivando reparação de danos materiais e morais decorrentes de ato praticado pela TV Globo Ltda. Aida Curi foi vítima de homicídio ocorrido em 1958, que ficou nacionalmente conhecido, os autores buscaram a indenização pelo ilícito que apontavam haver sido cometido pela transmissora, configurado na reabertura de antigas feridas pela veiculação do programa Linha Direta-Justiça, o qual tratou novamente da vida, morte e do pós-morte de sua irmã.

pessoa, que reconhece a importância que tem, para cada um, o conhecimento dos valores próprios de sua comunidade”. O comunitarismo tem como principal vertente a crença nas comunidades como base de sustentação para um mundo melhor, uma das principais teses é aquela em que os seres humanos não são indivíduos isolados, sem atributos próprios, independentes de relações e influências sociais.

Tal teoria prevê que a comunidade política deve ser aquela em que os indivíduos devem estar integrados eticamente e culturalmente e, possuindo os mesmos valores e as mesmas virtudes, agindo tendo como orientação o bem comum. Portanto, o plano de vida e os valores de cada indivíduo são comunitários, ou seja, a comunidade delimita nossas escolhas, assim, os planos de vida não estão à disposição das pessoas, que não são meros “consumidores num mercado de ideias”, mas seres engajados em contextos culturais específicos, que partilham valores, objetivos, interesses e afetos com seus concidadãos.

Nesse sentido, para alcançar o bem comum é necessário um pressuposto político, ou seja, a ética e cultura que devem ser compartilhadas/integradas por toda comunidade. É nesse cenário que surge a importância das instituições sociais como influenciadoras da formação dos indivíduos. Segundo Kymlicka:

Em uma sociedade comunitária, o bem comum é concebido como uma concepção substantiva da boa vida que define o “modo de vida” da comunidade. Este bem comum, em vez de ajustar-se ao padrão das preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual estas preferências são avaliadas. O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepções do bem e o peso dado às preferências de um indivíduo depende do quanto ele se conforma com o bem comum ou em que medida contribuiu para este.

A busca pública dos objetivos compartilhados que definem o modo de vida da comunidade não é, portanto, limitada pela exigência de neutralidade. Ela tem precedência sobre o direito dos indivíduos aos recursos e liberdades necessários para que busquem suas próprias concepções de bem. Um Estado comunitário pode e deve encorajar as pessoas a adotar concepções de bem que se ajustem ao modo de vida da comunidade, ao mesmo tempo em que desencoraja concepções do bem que entrem em conflito com aquelas. (KYMICKA, 2006, p. 264-265)

Portanto, para os comunitaristas não se pode falar em direito ao esquecimento com base no direito à identidade pessoal, uma vez que não existem diferenças entre os espaços públicos e privados, portanto não existe a ideia de que as pessoas escolhem seus fins, o tipo de vida que desejam conduzir, ou seja, “os valores que as pessoas não escolhem, mas descobrem, reconhecem olhando ‘para trás’, para as práticas próprias dos grupos aos quais pertencem” (GARGARELLA, 2008, p. 141).

Em relação ao direito à identidade pessoal também não existe o conceito de espaço privado, já que “deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado ‘espontâneo’

dos livres acordos realizados pelos particulares” (GARGARELLA, 2008, p. 140). Portanto, percebe-se claramente que tal teoria é incapaz de dar suporte ao direito à identidade pessoal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente. Normalmente, está fundamentado na ideia de esquecer atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Porém, o conceito de interesse público não é útil para resolução de conflitos de interesse para o direito ao esquecimento, pela imprecisão e indeterminação intrínseca ao respectivo conceito, especialmente na internet, onde os espaços públicos e privados se confundem na internet

Nesse sentido, o presente trabalho buscou definir como parâmetro para a fundamentação do direito ao esquecimento a identidade pessoal, que consiste na imagem correta que se deseja projetar na sociedade, de acordo com tal conceito, deve haver o esquecimento sempre que qualquer informação for utilizada de maneira que não possa ser reconciliada com a sua identidade atual.

Como o esquecimento é um comportamento de toda uma sociedade, cabe à mesma promovê-lo, através das suas instituições e procedimentos políticos, da análise do direito à identidade pessoal com base nas teorias da justiça, chega-se a conclusão que a Igualdade de Capacidade de Amartya Sen é a mais adequada, uma vez que estabelece um parâmetro para se definir o que esquecer, ou seja, sempre que uma informação limitar as escolhas de um indivíduo para a busca do seu bem-estar, a mesma deve ser esquecida.

Portanto, o que o direito ao esquecimento visa evitar é que as informações veiculadas na internet sejam eternizadas sem nenhuma regulamentação ou limitação, podendo se tornar grave ameaça ao direito à identidade da pessoal. Atualmente, por mais insignificante que seja um fato, sob o ponto de vista social ou jornalístico, ele pode ser recuperado rapidamente através dos sites de busca na internet. Em alguns casos, fatos praticados no passado, e até já esquecidos, podem ser resgatados, causando danos atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Oblivion: The Right to Be Different from Oneself - Reproposing the Right to Be Forgotten**. 2012. “VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet”, IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. No. 13, pp. 122-137. UOC
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2005. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 28/05/2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br /SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo= 1334097>>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- _____. **Recurso Especial nº 1.335.153/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 28/05/2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br /SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo= 1335153>>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2017.
- CASTRO, Catarina Sarmento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 151.
- CHRISTENSEN, Mads. **One in Five Technology Firms Has Rejected a Job Applicant Because of Social Media Profile**, Eurocom Worldwide Annual Survey. Publicado em 15/03/2012. Disponível em < <http://www.eurocompr.com/prfitem.asp?id=14921> >. Acesso em: 1 mai. 2017.
- DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 140-162.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 17 ed. 2012.

HUME, David. 2000. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP/Imprensa Oficial.

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.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000.

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 abr. 2017.

KORENHOF, Paulan. **Forgetting Bits and Pieces: An Exploration of the 'Right to Be Forgotten' as Implementation of 'Forgetting' in Online Memory Processes**. 2013. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper No. 014/2013; TILT Law & Technology Working Paper No. 4/2013.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. Princeton University Press. 2009, p.15.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2.ed. – Brasília : UNESCO, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 374.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

NEGREIROS, Teresa. **A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios**. in TORRES, Ricardo Lobo (org), Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução Fernando Santos. Martins Fontes: São Paulo. 2011.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PGR. **Parecer da PGR nº 156.104/2016 PGR-RJMB no Recurso extraordinário com agravo 833.248/RJ**. Publicado em: 11/07/2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

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

RALLO, Artemi. **No existe un derecho global a enlazar, se acepta por sus beneficios implícitos**. 17 de Janeiro de 2011. Disponível em <<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/17/navegante/1295284933.html>>. Acesso em 12 maio 2015.

RAWLS. John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad.Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RONZANI, Telmo Mota. **Reduzindo o estigma entre usuários de drogas: guia para profissionais e gestores**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. p. 23-118. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 3 ed. Record: Rio de Janeiro. 2012.

SOLOVE, Daniel. **The future of reputation: gossip, rumor, and privacy**. New Haven/Londres: Yale University Press, 2007.

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.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Uni. 2007. p. 26.