

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JUAREZ SANFELICE DIAS

MEMÓRIA E ESQUECIMENTO PARA ALÉM DO DIREITO ESTATAL

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2017

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JUAREZ SANFELICE DIAS

MEMÓRIA E ESQUECIMENTO PARA ALÉM DO DIREITO ESTATAL

DOUTORADO EM DIREITO

**Tese apresentada à banca examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, como exigência parcial para
a obtenção do título de Doutor em
Filosofia do Direito, sob a orientação do
Professor Doutor ÁLVARO LUIZ
TRAVASSOS DE AZEVEDO GONZAGA**

São Paulo

2017

BANCA EXAMINADORA:

Dedico o presente trabalho a meus pais Luiz Nelson e Leontina, uma pequena gratidão por toda a educação e amor que me transmitiram.

À minha querida esposa Mariana, que gerou nossas pérolas Maria Isadora, Rafael, Eduardo, Gabriela e Ana Claudia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Professor Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga, meu orientador, pessoa muito sábia e humilde, acessível e solícito, que muito contribuiu para o presente trabalho.

Ao querido Amigo Prof. Anselmo Prieto Alvarez e ao Professor André Luiz Freire, pelas valiosas contribuições por ocasião do exame de qualificação.

Aos meus colegas docentes da Pontifícia Universidade Católica de Campinas e aos alunos que sempre me estimularam à finalização desta tese.

À Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que custeou, por intermédio do Centro de Estudos, integralmente meu doutorado.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estudar o conflito existente entre a memória e o esquecimento, com o intuito de buscar o fundamento para a existência de um direito ao esquecimento.

Para tanto, será feito um estudo multidisciplinar, a partir da psicanálise, religião, filosofia e história, bem como será analisado o conflito a partir de uma acepção ampla de direito, que não abandona o direito estatal como protagonista, mas enxerga os demais espaços estruturais das sociedades capitalistas.

Partiremos da abordagem e resposta dada pelo direito estatal aos conflitos ocorridos para, ao final, buscar uma interação com as demais formas de direito existentes, especialmente o direito sistêmico, o direito da comunidade e o direito doméstico, objetivando um equilíbrio entre memória e esquecimento que apresente efetividade com emancipação.

Palavras chaves: memória, direito ao esquecimento, efetividade, legitimidade, direito estatal.

ABSTRACT

The objective of this work is to study the existing conflict between memory and oblivion, with the aim of seeking the foundation for the existence of a right to be forgotten.

Therefore, a multidisciplinary study will be done, starting from psychoanalysis, religion, philosophy and history, as well as the conflict will be analyzed from a broad meaning of law, which does not abandon the State law as the protagonist, but sees the other structural spaces of capitalist societies.

We will depart from the approach and response by the State law to the conflicts to, at the end, seek an interaction with other existent right forms, especially the systemic right, the community's right and domestic's right, aiming a balance between memory and oblivion that presents effectiveness with emancipation.

Keywords: Memory, right to be forgotten, effectiveness, legitimacy, State law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO	15
1.1. Definição e surgimento	15
1.2. Doutrina nacional e estrangeira	16
1.3. A ligação entre o esquecimento e a memória	20
1.3.1. Platão e Aristóteles	23
1.3.2. O Cristianismo e Agostinho	27
1.3.3. Nietzsche	29
1.3.4. A psicanálise	31
1.3.5. Memória e esquecimento em Ricœur	35
1.3.6. Memória e esquecimento na história	37
1.3.7. O esquecimento na neurofisiologia e na psicologia.....	39
1.4. O esquecimento como direito natural	46
1.5. A influência teológica no direito ao esquecimento	47
1.6. O direito ao esquecimento e institutos afins: a prescrição, o perdão, a anistia, a graça ou indulto	49
2. O ESQUECIMENTO NO DIREITO ESTATAL	53
2.1. Casos isolados: Darley, Dietrich, Irniger.....	53
2.2. O direito ao esquecimento na condenação penal e a ressocialização: o caso Lebach 1	54
2.3. Caso Lebach 2	55
2.4. O direito ao esquecimento na absolvição penal: a Chacina da Candelária	58
2.5. O direito ao esquecimento sob o enfoque da vítima	62
2.6. O direito ao esquecimento e as biografias não autorizadas	66
2.7. O direito ao esquecimento e a rede mundial de computadores: os casos envolvendo a empresa Google	68
2.8. Âmbito de aplicação do direito ao esquecimento – a tutela da pessoa jurídica	73
3. A MEMÓRIA NO DIREITO ESTATAL	77
3.1. Definição	77
3.2. Memória, ditadura e anistia	81

3.3. Anistia e a Comissão Nacional da Verdade	90
3.4. Considerações acerca da atuação da Comissão Nacional da Verdade.....	93
3.5. Providências do Ministério Público Federal brasileiro	100
4. O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E PROPOSTA DE SOLUÇÃO	103
4.1. Normas jurídicas: regras e princípios	103
4.2. A intimidade/vida privada	106
4.3. A dignidade da pessoa humana	108
4.4. A liberdade de expressão	112
4.5. Fundamentos para um direito ao esquecimento.....	115
4.6. Proposta de solução do conflito na temática da memória e esquecimento no Direito Estatal	120
4.6.1. Relevância ou historicidade dos fatos envolvidos	122
4.6.2. Veracidade ou falsidade dos fatos	122
4.6.3. Atualidade ou antiguidade dos fatos	124
4.6.4. Notoriedade ou anonimato da pessoa envolvida	125
4.6.5. Identificação ou não identificação da pessoa	127
4.6.6. Cumprimento da pena/mudança de comportamento da pessoa ou ausência de atualidade da imagem/informação	128
4.7. Ponderação é a solução?	128
5. MEMÓRIA E ESQUECIMENTO NOS OUTROS “DIREITOS”	135
5.1. O Direito Estatal e os outros “Direitos” em Boaventura de Souza Santos	135
5.1.1. O espaço e o direito domésticos	136
5.1.2. O espaço da produção	138
5.1.3. O espaço do mercado	139
5.1.4. O espaço da comunidade	139
5.1.5. O espaço da cidadania	140
5.1.6. O espaço mundial	140
5.2. Memória e esquecimento no direito doméstico	141
5.3. Memória e esquecimento no direito da produção	144
5.4. Memória e esquecimento no direito da comunidade	145
5.5. Memória e esquecimento no direito sistêmico	146
5.6. Um sétimo espaço: o virtual	146
5.6.1. Características	148

5.6.2. A internet e o direito estatal: os direitos da personalidade	150
5.6.3. O “diálogo” do espaço virtual com os demais espaços	155
5.6.4. Memória e esquecimento do falecido e a internet	158
6. MEMÓRIA E ESQUECIMENTO – PERSPECTIVA EMANCIPADORA	161
6.1. Os direitos humanos como processo	161
6.2. Condições e deveres para um pensamento crítico	162
6.3. Concepção integral dos direitos humanos	163
6.4. Perspectiva crítica e emancipadora na temática da memória e esquecimento	164
6.5. A memória deve ser exaltada, mas aberta a uma possível revisão	167
6.6. Não há uma resposta unívoca no conflito entre memória e esquecimento	168
6.7. O reconhecimento através do esquecimento	169
6.8. Efetividade do direito estatal na tutela da memória e do esquecimento....	171
6.9. Perspectivas no Brasil, hoje.....	172
7. PROJETOS DE LEI SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	175
CONCLUSÕES	183
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189

ABREVIATURAS e SIGLAS UTILIZADAS

A.D.C.T.: Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

A.D.P.F.: Arguição de Descumprimento de Preceito Federal

A.D.I.: Ação Direta de Inconstitucionalidade

A.L.N.: Aliança Libertadora Nacional

A.RE.NA: Aliança Renovadora Nacional

AREsp: Agravo em Recurso Especial

Art.: artigo.

C.C.: Código Civil

C.I.D.H.: Corte Interamericana de Direitos Humanos

C.J.F./S.T.J.: Conselho da Justiça Federal/ Superior Tribunal de Justiça

C.N.V.: Comissão Nacional da Verdade

CONADEP: Comissão Nacional sobre os Desaparecidos

DF: Distrito Federal

D.J.: Diário da Justiça

H.I.V.: Human Immunodeficiency Virus, que em português significa Vírus da Imunodeficiência Humana

Ltda.: Limitada.

M.D.B.: Movimento Democrático Brasileiro

MG: Minas Gerais

O.A.B.: Ordem dos Advogados do Brasil

O.N.U.: Organização das Nações Unidas

PA: Pará

REsp: Recurso Especial

RJ: Rio de Janeiro

RS: Rio Grande do Sul

SP: São Paulo

S/A: Sociedade Anônima

S.T.J.: Superior Tribunal de Justiça

S.T.F.: Supremo Tribunal Federal

T.V.: Televisão

Z.D.F.: Zweites Deutsches Fernsehkanal

U.R.L.: Uniform Resource Locator, ou em português: Localizador Padrão de Recursos

INTRODUÇÃO

Constitui objetivo da presente tese o estudo do direito ao esquecimento e sua relação com a memória individual e a memória coletiva.

Trata-se de conflito dos mais antigos, que existe desde tempos longínquos e que o homem trava internamente.

Tanto a memória como o esquecimento são inerentes à existência humana. Procuraremos demonstrar esta assertiva a partir de lições da psicanálise, da filosofia, da neurofisiologia e da história.

O direito ao esquecimento é a proteção, conferida à pessoa, com o intuito de impedir a divulgação de fatos negativos ocorridos no passado, quando não remanescer correspondência com a situação atualmente verificada.

Em sua gênese, esteve ligado à reabilitação no âmbito penal, impedindo a rememoração do crime, na hipótese de um lapso temporal razoável, aliado a uma modificação de comportamento, como o cumprimento da pena.

O tema ganhou envergadura maior, sendo invocado por vítimas, familiares de vítimas ou mesmo pessoas injustamente acusadas da prática de ilícitos, na imprensa escrita e televisiva, ou até na rede mundial de computadores.

Questão normalmente enfrentada é se há fundamento para um direito ao esquecimento no direito estatal, autonomamente, ou a partir de uma limitação à memória.

Serão analisados os critérios ou valores importantes para resolver o conflito entre a memória e o esquecimento.

Partiremos de uma concepção ampla de direito, não apenas restrito ao estatal, mas abarcando outras formas de direito, como o doméstico, o da comunidade, o sistêmico e o da produção. Isto propiciará luzes para conduzir a uma interação entre os espaços estruturais e inclusive nortear, não apenas a produção legislativa no direito estatal, mas também suas decisões.

Para tanto, no primeiro capítulo versaremos sobre a evolução histórica da temática da memória e do esquecimento, a partir de Platão e Aristóteles, buscando ainda um enfoque multidisciplinar, especialmente na história e na psicanálise, estudando na primeira a manipulação acerca dos grandes acontecimentos históricos, os tabus da história e, na psicanálise, indagando se há um fundamento para o esquecimento à luz dessa ciência, principalmente a partir de Freud, Lacan e Jung. Mostraremos que o esquecimento é precedente e condição para a existência da memória. A psicologia e a neurofisiologia darão o aporte final à conclusão do capítulo, no sentido de ser o direito ao esquecimento um direito natural.

No capítulo seguinte, desenvolveremos o tema do esquecimento voltado para os casos práticos em que tem sido invocado no direito estatal, traçando as características e requisitos principais. Faremos o mesmo com a memória, individual e coletiva, entrando na discussão acerca dos regimes ditatoriais e toda a questão da anistia e descobrimento da verdade relacionada aos desaparecidos e torturados.

Objetivaremos uma análise jurídica do direito ao esquecimento e o equilíbrio que deve existir entre esquecimento e memória, entre esquecimento e direito à informação, ou liberdade de imprensa, numa sociedade que pretende ser democrática, a partir da interpretação dos valores presentes na Carta Constitucional de 1988.

A seguir, explanaremos a teoria de Boaventura de Sousa Santos acerca dos espaços estruturais no capitalismo, as formas de direito existentes ao lado do direito estatal hegemônico, com o objetivo de desenvolver o tema da memória e do esquecimento na relação entre estas diversas formas de direito, especialmente no relacionamento entre o direito estatal e o direito sistêmico, o direito da comunidade e o direito doméstico, bem como discutindo o surgimento de um novo espaço à luz da ferramenta da rede mundial de computadores. Mostraremos, neste capítulo, que o conflito ocorre não apenas no direito estatal, mas também nos outros espaços estruturais.

Será feita uma abordagem do cenário atual do conflito na sociedade globalizada e informatizada, com o intuito de buscar subsídios para uma atitude emancipadora nos diversos espaços estruturais existentes. Ao cabo, analisaremos os

projetos de lei apresentados versando sobre o direito ao esquecimento, formulando uma proposta acerca do tema.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

1.1. Definição e surgimento

Não há, no direito brasileiro, definição acerca do conteúdo do direito ao esquecimento. Trata-se, pois, de construção doutrinária e jurisprudencial. Não decorre, ele, de menção expressa de qualquer inciso do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, ou mesmo de disposição infraconstitucional.

Pode o direito ao esquecimento ser definido como uma proteção contra a divulgação de fatos desabonadores, relacionados com a vida de uma pessoa, especialmente na hipótese em que houve uma mudança de comportamento, ou simplesmente quando a situação retratada não condiz com o contexto atual. Em sua origem, esteve ligado à reabilitação penal e ao direito de ser deixado em paz, de começar vida nova.

Posteriormente, ganhou conotações novas, sendo reclamado por vítimas ou mesmo por familiares de vítimas, de modo a vedar nova divulgação dos fatos delituosos, impedindo assim a rememoração dos fatos traumáticos.

O direito ao esquecimento está, ainda, indissociavelmente ligado ao tema das biografias não autorizadas, uma vez que pessoas famosas reclamam o direito à intimidade, à vida privada, o direito de serem deixadas em paz.

Na atualidade, com as novas ferramentas tecnológicas, o direito ao esquecimento está na ordem do dia, vez que estes instrumentos, aliados ao comportamento do homem, abalaram o conteúdo da intimidade e quebraram barreiras espaciais, reclamando do direito uma nova resposta, de modo a proteger a vida privada devassada.

Hoje já temos alguns países com legislação acerca do direito ao esquecimento, mas ele teve origem numa construção jurisprudencial.

O debate acerca do tema ocorre há anos na Europa e nos Estados Unidos. François Ost menciona interessante decisão de 1983, do Tribunal francês, que reconheceu este direito:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; que a recordação desses acontecimentos e do papel que ela desempenhou nisso é ilegítima se não se fundar nas necessidades da história ou se puder ser de natureza a ferir sua sensibilidade; tendo em conta que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e nela tentam reinserir-se. (OST, 1999, p. 171)

Há, ainda, outros casos que remontam ao início de 1900, que versam sobre o direito ao esquecimento, muito embora sem esta denominação específica.

1.2. Doutrina nacional e estrangeira

Precursor, entre nós, do estudo do direito ao esquecimento, DOTTI (1980, p. 90) leciona ser ele uma forma de proteção da vida pretérita, impedindo-se a divulgação do nome, da imagem ou outras formas de rememoração do passado, condicionada, esta proteção, à ausência de um interesse público legítimo. Coloca o direito ao esquecimento como decorrente do direito à privacidade, ao lado de outros atributos, como a honra, a imagem, o nome, a vida profissional. (DOTTI, 1980, pp. 77/91)

SCHREIBER (2014, p. 172) destaca que o direito ao esquecimento surge no campo das condenações criminais, mas ganha novas conotações diante dos avanços tecnológicos. A internet não esquece, ao contrário dos papéis das revistas e jornais, que ficavam velhos e inacessíveis.

O direito ao esquecimento, afirma, não significa que uma pessoa possa apagar os fatos de sua existência, mas lhe assegura que não venha a ser indefinidamente perseguida por acontecimentos pretéritos.

Ou seja, permite, na visão deste autor, que a pessoa possa “discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. (SCHREIBER, 2014, p. 172)

SAMPAIO (2013, p. 283) situa o direito ao esquecimento como integrando o direito à privacidade, condicionado à mudança de comportamento da pessoa, passando a cultivar o mundo do recato e do recolhimento.

Já FERRIANI (2016, p. 58), em recente tese de doutoramento, define o direito ao esquecimento como a “faculdade, de que dispõe o titular de um fato pessoal, de obter a remoção dos dados a ele relacionados, em razão do decurso de tempo, uma vez que a divulgação daqueles dados venha a atingir os seus direitos da personalidade”.

LIMA (2017) esclarece ser o esquecimento um “direito autônomo de personalidade por meio do qual o indivíduo pode excluir ou fazer com que essas informações não sejam acionadas de maneira trivial”.

BUCAR (2013, p.16) relaciona o direito ao esquecimento à necessidade de um controle contextual, espacial e temporal dos dados pessoais, implicando, desta forma, uma nova perspectiva do direito ao esquecimento, não apenas ligado à intimidade, não consistindo apenas no direito de ser deixado a sós.

ARAÚJO (2013, pp. 33/34) inclui o direito ao esquecimento dentro do rol de direitos e valores relacionados à vida privada, ao lado da identidade, da intimidade, dos lazeres, da vida profissional, da imagem, do segredo dos negócios.

SARLET (2015), de outra banda, destaca a ausência de novidade no direito ao esquecimento, que antes seria resultado de nova interpretação sobre os limites da liberdade de informação, considerando-se a proteção à personalidade, especialmente diante da evolução tecnológica.

Assim define o direito ao esquecimento:

A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social. (SARLET, 2015)

Cuida, na sua visão, de direito fundamental implícito, que pode ser deduzido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção à honra, privacidade, imagem, nome, dentre outros. (SARLET, 2015)

PEREIRA (2014) entende que o direito ao esquecimento tem por objetivo impedir a divulgação de fatos pretéritos da pessoa, a menos que estejam de acordo com seu atual comportamento, ou quando o interesse público o justificar.

O direito ao esquecimento, continua, não tem por objetivo reescrever a história. Merece transcrição seu posicionamento:

Dessa maneira, a defesa do direito ao esquecimento não implica na possibilidade de se alterar fatos que verdadeiramente ocorreram, tampouco mudar ou reescrever a história dos sujeitos neles envolvidos. O propósito a que se aspira é a possibilidade de não serem trazidos a público novamente caso estejam fora do contexto original ou não tenham por finalidade algo que justifique sua rememoração. Nessa hipótese, tais fatos não mais corresponderiam ao perfil adotado pelo indivíduo na atualidade e, se viessem a ser expostos, poderiam, inclusive, causar prejuízo à forma como ele é hodiernamente enxergado pela sociedade. (PEREIRA, 2014, p. 80)

SILVA e SILVA, (2015, p. 118) doutrinam que o direito ao esquecimento, como “direito que toda pessoa tem de ter fatos passados secretos ou públicos resguardados é uma questão de dignidade, ou seja, dá a cada um o direito de deixar recolhidos fatos pretéritos e que não sejam de seu interesse revivê-los”. Entendem, ainda, que a proteção não se restringe a fatos que se encontravam em sigilo, nem mesmo a fatos privados. Fatos públicos também podem ser objeto da proteção através do direito ao esquecimento. (SILVA e SILVA, 2015, pp. 118/119)

MORATO e DE CICCIO (2015, p. 92) definem o direito ao esquecimento como “o direito de uma pessoa a não ver publicadas notícias, já legitimamente veiculadas, concernentes a vicissitudes que lhe dizem respeito, quando, entre o fato e a republicação, tenha transcorrido um longo tempo”. Trata-se de um direito que deve ser objeto de balanceamento com o direito à informação. Não há direitos absolutos, devendo ser encontrada a justa medida diante do caso concreto.

No conflito entre valores, muito embora não haja uma prevalência abstrata, deve haver uma predileção pelo esquecimento, pois este diz respeito à pessoa, enquanto o direito à informação diz respeito ao fato.

Destacam que merecem tutela através do direito ao esquecimento, não apenas a pessoa envolvida, mas também vítimas, familiares do envolvido, como filhos que não pretendem estar ligados a fatos cometidos por seus pais.

No âmbito das novas tecnologias, ressaltam a importância do esquecimento como forma dinâmica de afirmação da personalidade, como um direito da pessoa de ter controle sobre o conteúdo do que é transmitido a seu respeito na rede da internet (MORATO e DE CICCIO, 2015, p. 92).

Digno de menção, ainda, excelente trabalho de BRANCO (2017), em láurea de Pós-Doutoramento. Em sua visão, o direito ao esquecimento há que ter uma aplicação excepcional, quando presentes os seguintes requisitos:

[...] violação à privacidade por meio de publicação de dado verídico, após lapso temporal, capaz de causar dano a seu titular, sem que haja interesse público, preservando-se em todo caso a liberdade de expressão e desde que não se trate de fato histórico, cuja demanda é direcionada, em última instância, ao Poder Judiciário, que deverá, se entender cabível, ordenar a sua remoção ao meio de comunicação onde a informação se encontra (e nunca ao motor de busca). (BRANCO, 2017, p. 180)

Na doutrina estrangeira, merece destaque OST. Segundo este autor, o esquecimento é necessário na vida do homem. O direito também necessita do esquecimento, de pausas jurídicas.

Acontece o esquecimento, no direito, em diversas situações. No direito privado, dá exemplo do direito de a mãe dar à luz sem indicar o seu nome (OST, 1999, p. 169), previsto no artigo 341-1 do Código Civil Belga, com o intuito de frustrar as ações de indagação de maternidade, bem assim a previsão de omissão da identificação do casal dador ou receptor, na fertilização assistida (artigo L 152-5, alínea 3, do Código de Saúde Pública). Menciona interessante artigo que impõe o esquecimento e, ao mesmo tempo, reabre o prazo para eventual ação de investigação de paternidade após a maioridade, fazendo curiosa comparação entre memória e esquecimento, consciente e inconsciente na psicanálise, para afirmar que “em direito, assim como no inconsciente, nunca nada é completamente esquecido”. (OST, 1999, p. 170)

Em outras hipóteses, frisa que o direito ao esquecimento está ligado à proteção à vida privada. Vê nele muita utilidade, mas alerta também para seus perigos, especialmente no que denomina “esquecimento-falsificação” e “esquecimento-recalcamento”, ou seja, as falsidades da história e os fenômenos de amnésia coletiva que afetam os vencedores contra as classes massacradas e oprimidas. (OST, 1999, p. 172)

DE TERWANGNE (2012, p. 54) define o direito ao esquecimento como o direito das pessoas físicas no sentido de que se apague a informação sobre elas depois de um período de tempo determinado.

A autora estuda as consequências do desenvolvimento tecnológico, especialmente a internet, sobre a proteção à intimidade e vida privada. Neste passo, liga o direito de manutenção das informações nas redes ao princípio da finalidade. Somente se justificaria a manutenção de informações sobre uma pessoa se presente uma finalidade relevante. Inexistente esta última, sustenta a necessidade de um apagamento automático das informações disponibilizadas na rede, independentemente da veracidade ou não dos conteúdos.

Já CASTELLANO (2012) define o direito ao esquecimento como sendo:

[...] a posibilidad de exigir la supresión, ocultación o cancelación de determinada información o la constancia de hechos (no solo datos personales, sino también noticias pasadas que puedan afectar al futuro de las personas) que han sido publicados – prensa, boletines y diarios oficiales, resoluciones judiciales, etc. – en un determinado momento del pasado.

Este autor destaca que o direito ao esquecimento é muito mais amplo do que o direito à personalidade, vez que se estende a quaisquer direitos da pessoa, sejam ou não de nível constitucional e ainda que não relacionados à honra, à ideologia, à intimidade pessoal ou familiar. (CASTELLANO, 2012)

1.3. A ligação entre o esquecimento e a memória

Os temas da memória e do esquecimento sempre ocuparam de forma primordial as reflexões de filósofos, historiadores, juristas, psicanalistas, ou seja, é um tema multidisciplinar, que diz respeito às indagações fundamentais do ser humano.

FUSTEL DE COULANGES narra a religião doméstica existente, com o culto aos antepassados, ao fogo sagrado, com os túmulos onde os mortos vinham repousar, uns após os outros:

Esse túmulo ficava normalmente próximo à casa, não longe da porta, para, diz um antigo, que os filhos, ao entrarem em casa ou saírem, encontrassem a cada vez os pais, e a cada vez lhe dirigissem uma invocação. (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 45)

Segundo VERNANT (1990) a memória está ligada à conquista do homem no tocante a seu passado individual. Está atrelada a grandes temas filosóficos, como a questão do tempo, ou mesmo às teorias ontológicas.

Tamanha é a importância da memória, que ela chegou a ser sacralizada na antiguidade.

Ensina LE GOFF (2013, p. 400) que “os gregos da época arcaica fizeram da memória uma deusa, Mnemosine, mãe das nove musas, engendradas no decurso de nove noites passadas com Zeus”. Ela possuía, como função, lembrar aos homens a recordação de seus heróis e de seus grandes feitos, além de presidir a poesia. (LE GOFF, 2013, p. 400)

E continua:

Mnemosine, revelando ao poeta os segredos do passado, o introduz nos mistérios do Além. A memória aparece então como um dom para iniciados e a anamnesis, a reminiscência, como uma técnica ascética e mística. Também a memória joga um papel de primeiro plano nas doutrinas órficas e pitagóricas. Ela é o antídoto do esquecimento. No inferno órfico, o morto deve evitar a fonte do esquecimento, não deve beber no Letes, mas, ao contrário, nutrir-se da fonte da memória, que é uma fonte de imortalidade. (LE GOFF, 2013, pp. 400/401)

Mnemosyne é uma deusa titã, irmã de Cronos e Oceanos. Curiosamente, está sempre ao lado de Lethe, descendentes de Nyx (noite) e Éris (Discórdia). Lethe, ensina ALMEIDA (2016, p. 9), estava ligada a uma fonte subterrânea onde as almas compareciam com o intuito de esquecerem as angústias e males passados na vida, de modo a se purificarem. Era impossível de se pensar uma sem a outra. Entre elas reinava um conflito primordial, uma imbricação mútua.

Mnemosyne deu à luz nove musas, que encantavam os ouvidos de Zeus e dos poetas. Estes, cegos pela luz, podiam acessar a revelação dos deuses: uma mensagem divina, o “belo canto” com a qual elas mesmas encantavam os ouvidos de Zeus. Por intermédio desta rememoração, os poetas seriam capazes de acessar a origem da existência do mundo.

Era necessário, àquelas almas que desciam à região infernal do Hades, que bebessem da fonte do Lethes, de modo a esquecer as circunstâncias que lhe haviam causado dor. No entanto, ao retornar daquela região, imperioso se fazia beber da fonte da memória, de modo a recordar tudo que fora aprendido naquela região.

Esclarecedora é a lição de SILVA (2014, p. 73):

Ninguém que se aventure a penetrar no reino das sombras e da morte pode fazê-lo sem ter ‘perdido’ a lembrança e a consciência, mas aquele que retorna do mundo demoníaco, retorna com um saber privilegiado, não mais afeito somente à vida que se encaminha, permanentemente, para a morte, e sim capaz de vislumbrar aquilo que aos simples mortais escapa. Desta feita, a Memória aparece como uma fonte de imortalidade, e aquele que bebe de sua fonte é capaz de perceber que a morte não é um fim, pois forma com a vida um todo.

Memória e esquecimento, desde os gregos, desde a mitologia, são consideradas deusas, sempre unidas.

VERNANT (1990, p. 145) destaca que “Mnemosýne tem a função de revelar o que foi e o que será [...] e, associada a Léthe, ela se reveste do aspecto de uma força infernal, agindo no limiar do além-túmulo”.

Ensina, no entanto, que as deusas da memória e do esquecimento passam a ser ligadas a um outro significado, a uma doutrina de reencarnação das almas. Não têm mais a função de revelar o passado, o segredo das origens, mas sim o modo de “atingir o fim do tempo, de colocar um termo no ciclo das gerações”. (VERNANT, 1990, p. 146)

A vida terrestre passa a ser concebida, assim, como uma passagem, um lugar de provação e de sofrimento. A água do esquecimento passa a ser ligada não mais à morte, mas à vida, pois, através dela, a alma esquece as vidas passadas e começa uma vida nova. (VERNANT, 1990, p. 147)

1.3.1. Platão e Aristóteles

Em Platão e em Aristóteles, a memória é uma componente da alma. Não se manifesta, contudo, ao nível de sua parte intelectual, mas unicamente de sua parte sensível. (LE GOFF, 2013, p. 402)

No Teeteto (ponto nº 191 c,d,f) de Platão, Sócrates fala do bloco de cera que existe na nossa alma e que é uma dádiva da Mnemosine, ‘mãe das Musas’, no qual nos permite guardar as impressões nele feitas como um estilete:

Digamos, então, que isso é uma dádiva de Mnemosine, a mãe das Musas, e que toda vez que desejamos nos lembrar de qualquer coisa que vemos, ouvimos ou concebemos em nossas próprias inteligências colocamos essa cera sob as percepções e pensamentos e os imprimimos nela, tal como produzimos impressões de anéis de sinete, e, seja o que for impresso, nós o lembramos e o conhecemos enquanto durar sua imagem, ao passo que tudo o que for apagado ou que não for possível imprimir esquecemos e não conhecemos. (PLATÃO, 2014b, p. 123)

No Filebo, Sócrates diferencia alguns estados emocionais, que são extintos no interior do corpo, antes de atingirem a alma, enquanto outros penetram no corpo e na alma e provocam um abalo (*seismon*). (PLATÃO, 2015, p. 214)

Separa, a partir daí, a percepção, que é causada por este abalo, de sua falta. Define a memória como a preservação da percepção. (PLATÃO, 2015, p. 214)

Somente é possível falar em esquecimento na hipótese de a alma ter sido “afetada”. Eis o diálogo:

Sócrates: Mas de modo algum interprete que ao falar em esquecimento entendo que o esquecimento é gerado nesse caso, já que o esquecimento é a perda da memória, e no caso em pauta a memória não veio a ser ainda, e seria um despropósito referir-se à perda daquilo que não existe e ainda não veio a ser, não é?

Protarco: Decididamente.

Sócrates: Então, basta que mudes os nomes.

Protarco: Como?

Sócrates: Em lugar de dizer que a alma esquece quando não afetada pelos abalos do corpo, emprega a expressão falta de percepção ao que chamas agora de esquecimento. (PLATÃO, 2015, p. 214)

Este trecho de Platão se nos afigura fundamental, pois coloca o esquecimento como prévio e condição para a memória. A afetação da alma é condição para a

memória e o esquecimento, e somente pode-se falar em memória quando ocorre este contato, aliado ao esquecimento posterior.

Platão também separa os conceitos de recordação e memória. Na recordação, a alma sozinha e por si só o recupera, independentemente do corpo. (PLATÃO, 2015, p. 215)

ALMEIDA nos auxilia na interpretação platônica:

O verbo *lanthánein* de que se serve Platão aqui – e que reenvia ao radical *léthe* – é tanto mais oportunamente escolhido quanto ele pode significar, na voz ativa, estar oculto, escapar ao alcance de alguém, e, na voz média: ser ignorado de, passar inadvertido, passar em silêncio, omitir e, enfim, esquecer. Note-se que a palavra *alétheia* – à qual se ajuntara um prefixo de exclusão – quer dizer ‘verdade’, que, para os gregos, consistia justamente no desvelamento ou na descoberta daquilo que se achava oculto, ou dissimulado. Esta é a razão pela qual as afecções que não são percebidas pela alma permanecem indiferentes, desconhecidas ou ignoradas, o que nos permite deduzir que o que realmente ressalta na teoria epistemológica de Platão é, precisamente, o liame, o vínculo ou (na minha terminologia preferida) o entre-dois que liga a alma e o corpo, o inteligível e o sensível, o psíquico e o somático. (ALMEIDA, 2016, p. 13)

Em Platão, memória e esquecimento são conceitos diretamente relacionados à escatologia. Através da ida e vinda da região infernal do Hades, as almas se purificam. Esta purificação dá-se, na vida terrena, através do comportamento reto, praticando justiça acompanhada de sabedoria. É o desenvolvimento feito no Livro Décimo da República, que narra esta travessia no Rio do Esquecimento. (PLATÃO, 2014a, p. 432)

VERNANT, no entanto, discrepa deste entendimento, ao afirmar que o esforço de rememoração passa a estar ligado à pesquisa do verdadeiro, concluindo que “[...] saber não é outra coisa senão lembrar-se, isto é, escapar ao tempo da vida presente, fugir para longe da terra, voltar à pátria divina da nossa alma, reunir-se a um mundo das ideias”. (VERNANT, 1990, p. 161)

Antes de revelar o passado, a memória pretende, em Platão, fazer a ponte, o liame entre a alma e o divino. (VERNANT, 1990, p. 162)

A memória, em Platão, não está ligada ao tempo ou ao passado, mas pretende antes escapar ao tempo e unir-se à divindade.

Já Aristóteles diferencia a memória propriamente dita (*mnemê*), mera faculdade de conservar o passado, da reminiscência, ou *anamnesis*, faculdade de evocar voluntariamente esse passado (LE GOFF, 2013, p. 402). Em Aristóteles, a memória é laicizada, é uma verdadeira arte, dando origem à mnemotécnica.

É sempre mencionada a passagem em que Simônides saiu de uma casa que teve seu teto afundado sobre Scopa e diversos convidados. Simônides, lembrando a ordem em que estavam sentados, identificou todos os cadáveres desfigurados, apenas através desta lembrança. Simônides estabelecia, no caso, dois princípios aplicáveis à memória, a ideia de uma lembrança de imagens, ligada à uma organização. (LE GOFF, 2013, p. 403)

Aristóteles separa a memória (*mnemes*) da recordação (*mnemoneyein*). Principia definindo os objetos da memória, afirmando que não é possível recordar o futuro, o qual somente é objeto de conjectura e expectativa. Já o presente é passível de percepção sensorial.

Temos assim, segundo Aristóteles, no presente, a percepção sensorial, no futuro, a conjectura, expectativa e, no passado, a recordação.

Pontifica, assim, em sua obra *'Parva Naturalia'*:

Memória, portanto, não é nem percepção sensorial nem pensamento, sendo sim um estado ou afecção de uma ou outro no decorrer do tempo [...] conseqüentemente, pode-se dizer que somente os seres vivos que têm percepção do tempo se recordam e que o fazem com a parte de si que dele tem percepção. (ARISTÓTELES, 2014, p. 76)

Isso evidencia, portanto, que a memória pertence à parte da alma à que também pertence a imaginação. Todas as coisas passíveis de serem imaginadas são essencialmente objetos da memória, ao passo que aquelas que envolvem imaginação são apenas incidentalmente objetos da memória. (ARISTÓTELES, 2014, p. 78)

Aristóteles destaca que a principal questão a ser respondida é como alguém pode se recordar de algo que não se acha presente. E responde, afirmando que é

somente a afecção, e não o fato em si, que se encontra presente em nós. (ALMEIDA, 2016, p. 10)

Define, então, memória como um estado duradouro produzido pela percepção sensorial na alma, uma espécie de imagem, comparando-o à impressão com um sinete. (ARISTÓTELES, 2014, p. 78)

Faz o comparativo com um quadro, onde o objeto pintado é ao mesmo tempo uma figura e um retrato (*eikon*), ou seja, uma representação no sentido de uma reprodução por similitude, semelhança (ARISTÓTELES, 2014, p. 79). No caso da representação, o retrato é um auxílio à memória. Neste passo, a lição de ALMEIDA (2016, p. 11):

Aquela pintura ou aquele quadro que está na nossa mente (phántasma) pode ser considerado como um objeto de contemplação (theórema) em si mesmo e, simultaneamente, como um quadro mental que remete a outra coisa semelhante ou análoga a ele.

Para Aristóteles, portanto, a memória e a imaginação são produzidas ou acontecem na mesma parte da alma.

Importante destacar que, tanto em Platão, como em Aristóteles, as impressões deixadas pelas afecções e que participam deste processo de rememoração não se caracterizam como um sistema autômato, mecânico. Pelo contrário, traduzem um processo “longo, sinuoso, acidentado, antes de aflorarem à consciência”. (ALMEIDA, 2016, p. 12)

Diferentemente de Platão, ensina VERNANT que, em Aristóteles, não vemos mais a Mnemosýne mítica, ou mesmo os exercícios de rememoração, objetivando a imortalidade.

Pelo contrário, a memória em Aristóteles não tem mais a função de revelar a verdade, sendo concreta e incluída no tempo:

A memória aparece agora incluída no tempo, mas em um tempo que permanece, ainda para Aristóteles, rebelde à inteligibilidade [...] sendo agora função do tempo, não pode revelar a verdade, mas antes a marca de nossa imperfeição [...] reflete as insuficiências da condição mortal, a nossa incapacidade em ser inteligência pura. (VERNANT, 1990, p. 166)

1.3.2. O Cristianismo e Agostinho

O cristianismo trabalha constantemente com o tema da memória. A religião é centrada no tema da rememoração, seja nas orações, seja nas celebrações:

Pode-se descrever o judaísmo e o cristianismo, religiões radicadas histórica e teologicamente na história, como religiões da recordação porque atos divinos de salvação situados no passado formam o conteúdo da fé e o objeto do culto, mas também porque o livro sagrado, por um lado, a tradição histórica, por outro, insistem, em alguns aspectos essenciais, na necessidade da lembrança como tarefa religiosa fundamental. (LE GOFF, 2013, p. 405)

No antigo testamento há diversas passagens que tratam do tema da memória, especialmente no Deuteronômio:

Mas antes te lembres do Senhor teu Deus, que ele mesmo te deu as forças, para assim cumprir seu pacto que jurou a teus pais. Se, esquecendo-se, porém, do Senhor teu Deus, seguirees deuses estranhos, e os servires e adorares: Eu desde agora te denuncio que perecerás de todo. (Deuteronômio, 8, 18-19, BÍBLIA, p. 151)

Diversos outros trechos podem ser citados, como no Novo Testamento, Lucas, 22:19, trecho este que é lembrado em todas as missas. Ao consagrar o pão e o vinho, o sacerdote relembra a passagem da última ceia, o sacrifício incruento que é renovado a cada celebração, determinando que se faça isto 'em memória de mim'.

Da mesma forma, poderiam ser citadas diversas passagens, como João, 14: 26, Paulo, Coríntios, I, 11:26, e os Atos dos Apóstolos 20:35.

As religiões trabalham com o tema da rememoração, objetivando impedir, desta forma, o esquecimento, e ficando seus cânones essenciais aos fiéis que não viveram e não foram contemporâneos aos fatos que marcaram seu surgimento.

De se destacar, ainda, a prática de enterrar os defuntos, com nomes nos túmulos, ou os *libri memoriales*, também denominados necrólogos ou obituários, onde eram inscritos os nomes dos benfeitores da comunidade, as pessoas que deveriam ser lembradas. Também nas celebrações atuais há orações específicas para lembrar dos falecidos em mais de um momento:

A comemoração dos santos tinha, em geral, lugar no dia conhecido, ou suposto, do seu martírio ou de sua morte. A associação entre a morte e a memória adquire, com efeito, rapidamente, uma enorme difusão no cristianismo, que a desenvolveu na base do culto pagão dos antepassados e dos mortos. (LE GOFF, 2013, pp. 408/409)

Nas religiões, especialmente na católica, também ocorre o esquecimento. A excomunhão era a verdadeira *damnatio memoriae*, lembra o mesmo historiador (LE GOFF, 2013, p. 409). O Sínodo de Reisbach em 798 estabelece, como pena neste caso, que depois de sua morte nada seja escrito em memória do falecido.

Já em Agostinho, o tema da memória está no centro de sua ontologia. Através da memória, pode o homem chegar até o criador, até Deus.

Nas palavras de LE GOFF, “com Agostinho a memória penetra profundamente no homem interior, no seio da dialética cristã do interior e do exterior, de onde saíram o exame de consciência, a introspecção e também a psicanálise”. (2013, p. 407)

E continua LE GOFF, ensinando:

Agostinho lega também ao cristianismo medieval uma versão cristã da trilogia antiga dos três poderes da alma: memória, intelligentia, providentia (cf. Cícero, De inventione II, 53, 160). No seu tratado *De Trinitate*, a tríade torna-se *memoria, intellectus, voluntas*, que são, no homem, as imagens da Trindade. (LE GOFF, 2013, p. 408)

Coloca a memória como o ventre da alma, sendo a alegria e a tristeza seu alimento, doce ou amargo. (AGOSTINHO, 2014, p. 245)

Desejo, alegria, medo e tristeza são as quatro perturbações da alma, que da mesma maneira que a comida, graças às rumações, saem do estômago, também elas saem da memória, graças à lembrança. (AGOSTINHO, 2014, p. 246)

Define o esquecimento como a privação da memória. Mas a memória retém o esquecimento, ou seja, ela teve um contato com a coisa esquecida. Caso contrário, não poderíamos falar em esquecimento daquilo com o que nunca tivemos contato:

Se nós retemos na memória aquilo de que nos lembramos, e se nos é impossível, ao ouvir a palavra esquecimento, compreender o que ela significa, a não ser que dele nos lembremos, conclui-se que a memória retém o esquecimento. (AGOSTINHO, 2014, p.248)

Esta característica do esquecimento está diretamente imbricada com a ontologia em Agostinho. Ele faz a analogia da memória e esquecimento com a possibilidade de conhecimento de Deus (AGOSTINHO, 2014, p. 249). Neste sentido é o ensinamento de BASTOS (2010):

Lembrar do que é a negação do lembrar, significa, então, que o não lembrar é uma possibilidade do lembrar, ou que o esquecimento já dá-se em uma tensão com a memória. Nesse exato ponto vemos um modo de nos inserirmo-nos numa ontologia agostiniana, pois do mesmo modo que o esquecimento (que não é uma imagem definida da memória que se apresenta), Deus (que também não é imagem) é possível de ser lembrado. Assim, em uma analogia com o raciocínio central da prova noológica, através do imperfeito atingimos o perfeito; através do relativo, o absoluto; através do humano, o transcendente e exatamente por aqui se comprova Deus.

Nota-se, destarte, que a memória é fundamental nas religiões, em destaque no cristianismo. O mesmo pode ser afirmado com relação ao esquecimento, peça chave na doutrina de Agostinho, um dos Doutores da Igreja, fundamental para a compreensão e demonstração da existência divina.

1.3.3. Nietzsche

FRIEDRICH NIETZSCHE principia a segunda dissertação da 'Genealogia da Moral', indagando se o verdadeiro problema, que a natureza se impôs com relação ao homem, não teria sido o fato de ter criado um animal que pode fazer promessas.

NIETZSCHE define o esquecimento como uma força ativa:

[...] não como uma simples *vis inertiae* (força inercial), como creem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não penetra mais em nossa consciência, no estado de digestão (ao qual poderíamos chamar assimilação psíquica), do que todo o multiforme processo da nossa nutrição corporal ou assimilação física. (NIETZSCHE, 2015, p. 43)

O mesmo autor continua afirmando que “não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, presente, sem o esquecimento”, destacando que o homem precisa de “um pouco de sossego, um pouco de ‘tabula rasa’ da consciência, para que novamente haja lugar para o novo, sobretudo para as funções e os

funcionários mais nobres, para o reger, prever, predeterminar [...]” (NIETZSCHE, 2015, p. 43).

Ele compara a atividade do esquecimento à absorção dos alimentos, na medida em que ambos os processos ocorrem automaticamente, sem termos consciência. Curiosamente, é a mesma metáfora utilizada por Agostinho, no ponto 14 do Livro X das “*Confissões*”. (AGOSTINHO, 2014, p. 246)

Já a memória é a força contrária, através da qual o homem pode recordar, calcular, prometer, tornar suas condutas futuras possíveis e previsíveis, e desta forma se obrigar.

Neste passo, muito bem conclui ALMEIDA (2016, p.88):

É lícito deduzir que a fundamental descoberta de Nietzsche com relação a este universo de simbolização e significação consiste justamente em ter intuído - com uma inigualável e insuperável acuidade - a luta subterrânea que, no nosso organismo, travam entre si as pulsões na sua perene tentativa de se sobrepujarem ou, de, literalmente, dominarem umas às outras.

Em NIETZSCHE, memória e esquecimento estão diretamente relacionadas com a obrigação e o conceito de justiça.

Na obra “Humano, demasiado humano”, NIETZSCHE expõe no ponto 92 a origem da justiça. Segundo sua concepção, a justiça tem origem entre homens relativamente iguais, onde eventual confronto resultaria em prejuízo a ambos os lados. Para evitar este prejuízo, ocorre uma troca. A justiça, destaca, “é retribuição e intercâmbio sob o pressuposto de um poderio mais ou menos igual: originalmente a vingança pertence ao domínio da justiça”. Ela está baseada na ideia de uma autoconservação, ou seja, no questionamento: “por que deveria eu prejudicar-me inutilmente e talvez não alcançar a minha meta?”. (NIETZSCHE, 2014, p. 65)

Esta é sua posição quanto à gênese da justiça. No entanto, esta origem, que inicialmente é interessada, caiu no esquecimento a partir do hábito, com o ensinamento das novas gerações no sentido de que a justiça, no surgimento, seria altruísta e não egoísta. E conclui o ponto para exclamar:

Quão pouco moral pareceria o mundo sem o esquecimento! Um poeta poderia dizer que Deus instalou o esquecimento como guardião na soleira do templo da dignidade humana. (NIETZSCHE, 2014, pp. 65-66)

Esta sua concepção não afasta a existência de direitos entre o mais forte e o mais fraco, entre desiguais. Pelo contrário, NIETZSCHE sublinha que aqui também há direitos, na medida exata em que um parece, ao outro, valioso, essencial, indispensável, etc... (NIETZSCHE, 2014, p. 66).

Explica, portanto, que as origens do sentimento de culpa, da consciência e do dever estão na posição entre credor e devedor, “cada coisa tem seu preço; tudo pode ser pago [...] nesse primeiro estágio, justiça é a boa vontade, entre homens de poder aproximadamente igual, de acomodar-se entre si, de entender-se mediante um compromisso [...]” (NIETZSCHE, 2014, p. 55).

Memória e esquecimento, em Nietzsche, estão situadas na base de sua teoria, não apenas da justiça, da obrigação, dos direitos, mas englobam um conceito maior de felicidade.

O homem feliz, conclui, é aquele que é capaz de dominar seu interior de modo a poder controlar o conflito entre a memória e o esquecimento. Forte é o homem que consegue esquecer, pois, sem esquecimento, não pode haver felicidade.

1.3.4. A Psicanálise

A psicanálise trouxe grande contribuição ao tema da memória e do esquecimento.

Autores como FREUD e JUNG demonstraram o papel primordial que o inconsciente exerce na vida do homem.

À parte da psique que governa as ações humanas denomina-se “consciente”. Já o “inconsciente” é o lado oculto da psique, que contempla os conteúdos reprimidos, os traumas e experiências indesejadas.

Na lição de JUNG, o inconsciente é visto, pelo lado consciente, como algo secreto, como uma atmosfera proibida onde existem animais ferozes. Seria, assim,

um lado oculto, perigoso, enigmático, cujo acesso revelaria segredos íntimos do ser humano. (JUNG, 2014, p. 28)

A psicanálise trabalha na interpretação deste lado oculto, do inconsciente. Inicialmente enfrentando as situações patológicas e fazendo uso de técnicas com hipnoses, passou, posteriormente, a se debruçar sobre situações normais e com a análise dos sonhos, estudo este que permite adentrar no inconsciente.

Ela nos revela que o inconsciente é o verdadeiro saber que não se sabe, que governa todas as ações humanas. É o inconsciente, e não o consciente, que possui uma primazia na vida do homem.

Neste sentido, JORGE (2005, p. 11), fazendo menção à obra freudiana ‘A psicopatologia da vida cotidiana’, leciona:

Não há nada no psíquico que seja produto de um livre arbítrio, que não obedeça a um determinismo, e, assim, até mesmo a escolha aparentemente casual de um número acaba se revelando como sobredeterminada inconscientemente.

Além de demonstrar esta primazia, FREUD destacou a importância do estudo do inconsciente, não apenas em situações patológicas, mas em situações corriqueiras da vida.

Conceito fundamental para a psicanálise é o de ‘pulsão’. Estabelece FREUD que a sexualidade humana é pulsional, diferentemente da animal, que é instintual, querendo com isso dizer que a sexualidade humana é naturalmente traumática. Nas palavras de FREUD (2013):

[...] nos aparece a pulsão como um conceito fronteiro entre o anímico e o somático, como representante psíquico dos estímulos oriundos do interior do corpo que alcançam a alma, como uma medida de exigência de trabalho que é imposta ao anímico em decorrência de sua ligação com o corporal.

Diretamente relacionado à pulsão, há o mecanismo do recalque, que pode ser entendido como “a operação pela qual o indivíduo procura repelir ou manter no inconsciente representações (pensamentos, imagens, recordações) ligadas a uma pulsão”. (LAPLANCHE e PONTALIS, 2016, p. 430) Na visão dos mesmos autores, o recalque “pode ser considerado um processo psíquico universal, na medida em que

estaria na origem da constituição do inconsciente como campo separado do resto do psiquismo”. (LAPLANCHE e PONTALIS, 2016, p. 430)

O recalque, ensina JORGE (2005, p.23), pode ser decomposto em três fases distintas: a fixação, o recalque propriamente dito, e o retorno do recalcado.

A fixação é a fase que antecede e condiciona o recalque. Derivada de uma pulsão imobilizada num estádio infantil, ela funciona como um “resto passivo que ficou para trás”, nas palavras do mesmo psicanalista. (JORGE, 2005, p. 23)

Já o retorno do recalcado “consiste no fracasso do recalque e na irrupção do recalcado à superfície” (JORGE, 2005, p.24). No mesmo sentido, LAPLANCHE e PONTALIS (2016, p. 463) definem o retorno do recalcado como o “processo pelo qual os elementos recalcados, nunca aniquilados pelo recalque, tendem a reaparecer e conseguem fazê-lo de maneira deformada sob a forma de compromisso”.

Este mecanismo da pulsão e do recalque, sua fixação e retorno do recalcado, trabalham num duelo constante, num processo contínuo. São elementos de nossa psique, constantemente se digladiando pela primazia.

É uma verdadeira batalha que trava o homem constantemente.

Outro ponto de destaque em FREUD e LACAN é o fato de o inconsciente estar estruturado em linguagem, e de consistir em um saber. Sim, o inconsciente é um saber que não se sabe. E o inconsciente é um saber que vem a preencher a falta do instinto no ser humano. (JORGE, 2005, p.67)

Outro autor, numa linha diversa da psicanálise, que trouxe contribuição importante para o tema, foi CARL JUNG.

JUNG trabalha com o tema dos arquétipos, ou inconsciente coletivo.

Eis suas palavras:

Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e, no entanto, desapareceram da consciência, por terem sido esquecidos ou reprimidos, os conteúdos do inconsciente coletivo nunca estiveram na consciência e, portanto,

não foram adquiridos individualmente, mas devem sua existência apenas à hereditariedade. (JUNG, 2014, p. 50)

Os arquétipos constituem como que um comportamento instintivo, algo inerente à natureza humana desde tempos imemoriais. A existência de arquétipos pode ser demonstrada empiricamente, a partir da análise dos sonhos, da imaginação ativa, e dos delírios dos doentes mentais. JUNG (2014, pp. 57/58) dá exemplos práticos de alguns arquétipos corriqueiros, como a ‘sombra’, a ‘anima’, e o ‘velho sábio’.

Com a teoria dos arquétipos, JUNG quer mostrar que “nossa fantasia, percepção e pensamento são do mesmo modo influenciados por elementos formais inatos e universalmente presentes”. (JUNG, 2014, p. 53)

E conclui:

Nunca nos libertaremos legitimamente do fundamento arquetípico, a não ser que estejamos dispostos a pagar o preço de uma neurose, da mesma forma que não nos livraremos de nosso corpo e de seus órgãos sem cometer suicídio. (JUNG, 2014, pp. 158/159)

Ao aludir a outro arquétipo denominado ‘motivo da criança’, JUNG destaca que não é algo retrospectivo, mas sim uma antecipação de desenvolvimentos futuros (2014, p. 166), sublinhando que os arquétipos não representam “apenas algo que existiu no passado longínquo, mas também algo presente; não é somente um vestígio, mas um sistema que funciona ainda, destinado a compensar ou corrigir as unilateralidades ou extravagâncias inevitáveis da consciência”. (JUNG, 2014, p. 164)

Além de JUNG, FREUD também demonstra a existência de figuras que sempre existiram nas civilizações, que são o ‘totem’ e o ‘tabu’, e que possuem relação direta com o tema da proibição e do esquecimento.

O totem é geralmente um animal ou uma planta ou ainda algo da natureza, que possui relação especial com o clã. Os membros do clã acham-se na obrigação de não destruir ou matar o totem, de não comer sua carne. Não podem, ademais, os membros do mesmo clã casarem-se entre si. (FREUD, 2015, pp. 08/10)

Já o tabu está ligado a algo reservado, exprime-se em proibições e restrições. Trata-se do mais antigo código de leis não escritas da humanidade. FREUD faz um

estudo ligando as figuras do totem e do tabu ao comportamento dos neuróticos, no sentido de que as proibições de ambos são igualmente desprovidas de fundamento, e enigmáticas em sua origem. (FREUD, 2015, p. 21)

Da breve digressão acerca de alguns pontos da psicanálise, podemos concluir que a trama entre a memória e o esquecimento sempre fizeram e farão parte da existência humana.

A própria palavra "pessoa", de *persona*, significa a máscara que os atores colocam no rosto e que encobre a verdade. No mito, de 'myeîn', grego antigo, significando 'iniciar', mascara-se a verdade, na colocação precisa de GUERRA FILHO (2016, p.34). Aliás, o que é a verdade? Há verdade? O mesmo autor, ancorado na lição de LACAN, frisa que o real é definido, por este último, como aquilo que se nos escapa, e que o "mito é uma fantasia estruturante do sujeito, uma verdade, que, como toda verdade, tem uma estrutura de ficção e só pode ser concebida se enunciada em um semi-dizer". (GUERRA FILHO, 2016, p. 34)

1.3.5. Memória, esquecimento e perdão em Ricœur

A memória em RICŒUR deve ser tratada em conjunto com o tema do esquecimento e do perdão.

O autor principia sua obra "*A memória, a história, o esquecimento*" fixando a diferença entre a imaginação, que é voltada para o fantástico, o irreal, o utópico e, de outro lado, a memória, ligada à realidade anterior. Faz, assim, uma verdadeira 'fenomenologia da memória'.

RICŒUR (2007, p. 435) destaca que o esquecimento, paradoxalmente, "pode estar tão estreitamente confundido com a memória, que pode ser considerado como uma de suas condições".

Já no início da obra, assevera que é impossível falar de esquecimento senão sob o signo de sua lembrança. Somente com o retorno e o reconhecimento da coisa esquecida podemos saber que esquecemos.

O esquecimento, registra RICŒUR (2007, p. 450), não está originariamente ligado à memória, mas é, antes disto, constitutivo do ser, é constitutivo da condição inautêntica, “é o escondimento no sentido grego do *lanthanein*, ao qual HEIDEGGER opõe o não escondimento da *aletheia* que traduzimos por verdade”.

É o esquecimento que torna possível a memória, leciona RICŒUR (2007, p. 448) com base em HEIDEGGER. O passado não foi destruído, não deixou de ser, mas ele ainda é. HEIDEGGER utiliza a expressão ‘tendo-sido’ para se referir ao passado, o que dá uma conotação positiva, na medida em que o ‘tendo-sido’ prevalece sobre o ‘não-ser-mais’ na significação vinculada à ideia de passado. Pode-se, então, falar de um ‘esquecimento atento’, de um ‘poder do esquecimento’. O esquecimento significa uma temporalidade sem expectativa, irresoluta, segundo o modo de um “presentificar in atento esquecediço”. (RICŒUR, 2007, p. 450)

Neste sentido, RICŒUR cita HEIDEGGER, para esclarecer que o esquecimento não é a falta de lembrança, mas um ‘modo de ser’ chave, positivo:

Assim como a expectativa só é possível na base de um esperar por, também a lembrança apenas é possível na base de um esquecer, e não o contrário; pois é no modo do esquecimento que o ser-sido abre primariamente o horizonte onde, ao nele se engajar, o Dasein perdido na exterioridade daquilo com que se preocupa pode se relembrar. (RICŒUR, 2007, p. 450)

Muito embora a problemática do esquecimento esteja ligada à fidelidade com a memória e com o passado, enquanto o perdão esteja atrelado à culpabilidade e à reconciliação, memória, esquecimento e perdão possuem um ponto de cruzamento, um horizonte comum. Neste ponto comum, neste horizonte, o que acontece com a memória, a história e o esquecimento quando tocados pelo perdão? É a indagação de RICŒUR.

Podemos dizer, ancorados em BUFF, que um dos pontos de destaque é a necessidade de um esquecimento que não apague os fatos, mas que quebre a dívida. (BUFF, 2009, p. 178)

Para chegar a tal conclusão, RICŒUR ressalta a necessidade de afastar um preconceito, no sentido de que o passado é determinado e fechado, enquanto o futuro seria aberto. (BUFF, 2009, p. 174)

Segundo BUFF, RICŒUR destaca que os acontecimentos do passado ficam abertos a novas interpretações; se produz um rebote de nossos projetos sobre nossas lembranças, ou seja, a carga moral ou o peso de dívida do passado podem ser mudados. (BUFF, 2009, p. 174)

RICŒUR abomina o que denomina “esquecimento de fuga” que é aquele esquecimento propositado, daquela pessoa que não quer rememorar o passado traumático. O perdão é exatamente o contrário do esquecimento de fuga, pois só se pode perdoar o que não foi esquecido. (BUFF, 2009, p. 176)

O perdão está ligado, assim, a um esquecimento ativo, um esquecimento ligado a um trabalho de luto e com um dom, uma generosidade. Inegável a dimensão teológica da teoria desenvolvida por RICŒUR.

Mas o perdão não possui apenas uma dimensão teológica, havendo ainda uma dimensão política, nos atos dos grandes chefes políticos que reconheceram as falhas do passado e pediram perdão às vítimas dos atos lesivos.

1.3.6. Memória e esquecimento na História

Memória e esquecimento são temas centrais da História. Isto porque constitui atividade inerente ao ofício de historiador a constante busca pela verdade dos fatos ocorridos.

BLOCH nos ensina que a história é a ciência dos homens no tempo, querendo com isso significar que há que ser analisado o contexto em que ocorreram os fatos estudados:

Isso é verdade para todas as etapas da evolução. Tanto daquela em que vivemos como das outras. O provérbio árabe disse antes de nós: os homens se parecem mais com sua época do que com seus pais. Por não ter meditado essa sabedoria oriental, o estudo do passado às vezes caiu em descrédito. (BLOCH, 2001, p. 60)

Não há, no estudo do passado, algo estanque. O passado já ocorreu. Já o conhecimento do passado é algo em constante evolução.

Vários fatores acabam influenciando esta reconstrução elaborada pela história.

Primeiramente a ausência de documentos, a existência de falsidades nos documentos existentes, os testemunhos e todas as falhas desta espécie de meio de prova.

A distância no tempo, com relação aos fatos ocorridos, coloca o historiador, quase sempre, na necessidade de buscar estes elementos, muitas vezes duvidosos, na tentativa da reconstrução do cenário histórico.

A própria existência da figura do historiador, como agente a realizar a interpretação dos fatos, já traz à atividade interpretativa toda uma carga ideológica que muitas vezes acaba comprometendo o resultado final. Isto porque não há ente cognoscente externo e imparcial à atividade interpretativa.

Conforme pontifica LE GOFF (2013, p. 11), o documento “não é um material bruto, objetivo e inocente, mas exprime o poder da sociedade do passado sobre a memória e o futuro”. Não podemos esquecer que muitas vezes os fatos históricos são objeto de manipulações, jogos de poder que acabam modificando a história oficial escrita.

FERRO (2003) nos traz diversos exemplos de verdadeiros tabus da história, podendo destacar o suposto assassinato da família imperial bolchevique em 1918, ou mesmo a questão envolvendo os judeus e o semitismo. Tabus são verdades entendidas como tais e que não são objeto de investigação mais acurada pelas partes envolvidas, tendo em vista as consequências desagradáveis, ou o interesse na manutenção do *statu quo* existente.

CARVALHO (2017) faz interessante pesquisa acerca da manipulação da memória coletiva pelos detentores do poder, que é feita através da construção da figura do mito e do imaginário popular. Em seu trabalho, mostra como são inseridos elementos falsos nos monumentos, nos quadros, deturpando as características das personagens. No estudo da República brasileira, diante da pequena “densidade histórica do 15 de novembro”, foi buscada a figura de Tiradentes, “mártir ideal e imaculado na brancura de sua túnica de condenado” (CARVALHO, 2017, p. 73), comparado a Cristo pois teve seu corpo esquartejado e espalhado pelas vias públicas.

Foi Tiradentes escolhido como figura para operar a unidade nacional. Nas palavras precisas do mesmo autor, Tiradentes “não antagonizava ninguém, não dividia as pessoas e as classes sociais, não dividia o país, não separava o presente do passado nem do futuro”. (CARVALHO, 2017, p. 73)

Mas para servir a este desiderato, Tiradentes não poderia ser radical, deveria ser um herói que unisse, especialmente com relação aos defensores da monarquia. Muito de encontro a esta necessidade veio o fato de não haver qualquer registro acerca da figura do mártir. Passaram então a retratá-lo numa imagem meiga, dócil, em tudo parecido a Cristo, como o fizeram Décio Villares, Aurélio de Figueiredo e Pedro Américo, este último reproduzindo Tiradentes esqueteado sobre um altar, com o crucifixo ao lado. (CARVALHO, 2017, p. 62 e seguintes, figuras II a IV).

A atitude crítica do historiador é fundamental para o sucesso de seu mister, devendo “buscar, por trás da impostura, o impostor; ou seja, conforme a própria divisa da história, o homem” (BLOCH, 2001, p. 98). E toda sua atividade tem, como objetivo, a busca pela verdade, fundada em documentos e testemunhos fidedignos, que passaram por um criterioso processo de crítica metodológica. É evidente que o historiador nunca obterá a verdade absoluta. A verdade não existe. Ela é algo inatingível. Não é por outro motivo que FREUD dirá que a verdade, o real *ex-siste*, ou seja, está fora do sujeito, como algo inatingível.

Memória e esquecimento refletem diretamente no mister do historiador, constituem verso e reverso da mesma realidade. A retificação dos fatos pretéritos para adequá-los à verdade ocorrida é medida salutar, cuja implementação reclama a interferência do direito.

Também o esquecimento é medida que se impõe muitas vezes, como medida de reconciliação, para um recomeço, visando o fim dos litígios, marcado pela ausência de vingança, na busca de um futuro possível, frutífero e esperançoso.

1.3.7. O esquecimento na neurofisiologia e na psicologia

Se, por um lado, o estudo da filosofia e da psicanálise apontam no sentido da coexistência natural entre a memória e o esquecimento, um olhar sob a óptica da psicologia ou da medicina, especialmente na neurofisiologia, reforçam esta tese.

Uma grande contribuição ao tema da memória e do esquecimento foi dada por MAURMO (2016) em sua tese de doutoramento, ocasião em que fez um estudo interdisciplinar com o auxílio da clínica médica.

Ancorada nos trabalhos de IZQUIERDO (2013), MAURMO (2016) descreve o processo neurológico relacionado à percepção e à atividade cognitiva.

Neste passo, divisa três modalidades de memória.

A primeira delas, chamada de memória trabalho, forma-se no córtex pré-frontal e é transitória, durando minutos ou segundos.

Este primeiro nível da memória tem por objetivo filtrar as informações novas captadas e confrontá-las com informações já armazenadas no cérebro, separando realmente aqueles dados novos que interessam. É também chamada de “gerente geral de informações” ou “sistema gerenciador do cérebro”. (IZQUIERDO, 2013, p. 54)

O exemplo clássico é a situação em que decoramos um número de telefone para discá-lo imediatamente. Após a ligação, alguns segundos a seguir, nos esquecemos, não havendo a fixação do número na memória.

Há dois outros níveis, chamados de memória de curta e de longa duração. A memória de curta duração tem interregno de uma a seis horas, forma-se na região do cérebro denominada ‘hipocampo’ e presta-se a captar conhecimentos que acabaram de ser adquiridos. Não demanda grandes processos bioquímicos e está sujeita a interferências ou distrações. (MAURMO, 2016, p. 148)

O hipocampo é a região do cérebro fundamental para o processo de memória. Situado dentro do córtex temporal, liga-se às demais estruturas cerebrais, especialmente às amígdalas cerebrais, outra região importantíssima dentro da função da memória.

Já a memória de longa duração demora entre duas e seis horas para ser formada, e reclama uma série de processos bioquímicos, com a gênese proteica e formação de sinapses, ou ligações neuronais no cérebro. A memória de longa duração é responsável pela formação de blocos cerebrais que encurtam o caminho da

memória trabalho, facilitando o desempenho cerebral. É o que ocorre, por exemplo, com o datilógrafo e com o motorista, que digitam e mudam de marcha automaticamente e instantaneamente, não tendo que pensar em cada passo isoladamente.

A memória de longa duração está ligada a processos bioquímicos, com ativação gênica e síntese proteica, modificações estas que se iniciam logo após a aquisição e se completam de três a seis horas mais tarde, fixando num estado duradouro.

A memória e a rememoração são desempenhadas com características especiais, diante de grande carga emocional. Sabe-se, pelas pesquisas científicas, que diante de grandes emoções é possível uma fixação especial dos acontecimentos, inclusive em detalhes. Por outro lado, a retomada do especial estado emocional vivido faz evocar aqueles fatos, o que não ocorreria diante da ausência de estímulo especial.

A partir do estudo do mecanismo da memória, em suas três dimensões, pode-se constatar que o esquecimento é fundamental. Na memória trabalho, a seleção do que realmente importa é imperiosa e representa característica básica para o bom funcionamento das decisões individuais. O esquecimento participa do filtro inicial da atividade intelectual.

Por outro lado, nas memórias de longa duração, os fatos decorrentes de traumas, emoções, vergonhas tendem a se fixar de forma definitiva, necessitando do esquecimento para que a vida possa seguir, para que seja suportável. O cérebro se utiliza de instrumentos denominados “repressão” e “extinção” com o intuito de apagar ou bloquear aquelas memórias indesejadas.

Tão importante é o esquecimento que IZQUIERDO (2013, p. 13) chega a afirmar categoricamente que “o conjunto das memórias que cada um de nós tem é o que nos caracteriza como indivíduos”, mas também “nos caracteriza como indivíduos aquilo que resolvemos ou desejamos esquecer”. Vê-se, assim, que o esquecimento é tão ou mais importante do que a memória.

Inegável o fato de que esquecemos muito mais do que nos lembramos. O esquecimento é fundamental num processo de seleção das mensagens visuais, táteis, olfativas e sensitivas de uma maneira geral.

IZQUIERDO menciona que um grande médico, amigo seu, costumava dizer que toda a medicina poderia ser condensada em dezesseis páginas. Questionado, com surpresa, se aquilo seria toda a medicina de que se lembrava, o médico respondeu que para ele o universo da medicina era a sua rememoração, ou seja, “somos aquilo que lembramos”. (IZQUIERDO, 2013, p.45)

Podemos divisar, com base nas lições do mesmo neurologista, o “esquecimento real”, a “extinção” e a “repressão”.

O “esquecimento real” “consiste na desgravação de memórias por perda neuronal ou perda de sinapses (pela idade avançada), ou pela diminuição profunda de sua função por falta de uso” (IZQUIERDO, 2013, p. 44). Ou seja, houve um contato com determinado objeto ou sensação, houve processos bioquímicos no cérebro, mas com o passar do tempo, pelo desuso ou pela velhice, referidas ligações, referidas sinapses, foram destruídas, não havendo mais a possibilidade de acesso às informações.

Mas as formas de esquecimento que mais corriqueiramente ocorrem são aquelas que não importam num esquecimento real. Há como que uma “máscara”, um encobrimento sobre determinados fatos, mas eles permanecem lá, acessíveis.

Dá-se o nome de “extinção” à repetição de estímulo que ocorre naturalmente mesmo sem a repetição do estímulo.

Quando damos comida a um cachorro, tocando sempre uma campainha, ele associa a campainha à comida, salivando. Se, nos dias seguintes, pararmos de dar alimento ao tocar a campainha, a salivação deixará de ocorrer.

No entanto, passado algum tempo, se tocarmos a campainha novamente, o cachorro voltará a salivar. Isto demonstra que a primeira experiência foi fixada. Operou-se tão somente uma extinção, que retornará espontaneamente uma vez recobrado o estímulo. (IZQUIERDO, 2013, p. 40)

Diferentemente ocorre com a “repressão”, que é definida por IZQUIERDO (2013, p. 41) como um “mecanismo também ativo que usamos para reduzir ou suprimir memórias que preferimos não lembrar, por exemplo, acontecimentos desagradáveis, como a dor, a vergonha e a humilhação”.

A repressão é efetivada, no cérebro, na região do córtex pré-frontal, agindo sobre o hipocampo, que é a principal região encarregada pela evocação de fatos passados, impedindo que o hipocampo rememore os fatos desagradáveis.

A repressão é fundamental para a existência do ser humano. Se constantemente a pessoa se lembrasse dos deslizes e frustrações ocorridos, não conseguiria sequer sair à rua. A mulher que passou pelas dores do parto, a partir da alegria da nova vida, acaba por reprimir e esquecer aquelas dores, abrindo caminho para novas concepções.

Mas simplesmente apagar definitivamente estas experiências seria prejudicial ao homem, uma vez que fazem parte de um aprendizado que orienta futuras decisões. Convém, assim, mantê-las ocultas, sem uma lembrança constante que seria prejudicial, mas sem deletá-las, pois importantes em futuros comportamentos.

IZQUIERDO, no entanto, alerta que a repressão possui também um lado ruim. O indivíduo, ao realizar o filtro com relação aquilo que será ou não objeto de esquecimento, de “repressão”, comete equívocos. É o que ocorre com o alcoólatra e com o fumante, que “esquecem” os males causados pela bebida e fumo. Esta repressão é maléfica à pessoa.

Outro mecanismo relacionado com o esquecimento é a falsificação de memórias. Esta consiste na criação de fatos e circunstâncias que a pessoa crê seriamente que ocorreram, mas na verdade são falsas, jamais tendo se passado.

A partir da junção de fatos verdadeiros com sugestões de outrem, a pessoa acredita na ocorrência de fatos falsos. Trata-se de um engano, um engodo induzido por terceiros e que acaba aceito pela pessoa.

Da contribuição da neurofisiologia, a partir de uma breve síntese dos trabalhos mencionados, solidificamos o entendimento no sentido de que o esquecimento

consiste em mecanismo inerente ao homem e fundamental para o funcionamento do cérebro, que é a máquina que nos comanda.

Seja na memória trabalho, que atua rapidamente, filtrando várias informações, selecionando apenas aquelas mais relevantes, seja nos níveis mais profundos, das memórias de curta e longa duração, o esquecimento se mostra como um mecanismo vital para a existência humana, inerente ao fato de um ser falível, que comete erros, mas que aceita e aprende com estes erros. A autoaceitação dos erros e a convivência harmônica com eles é natural ao homem.

Em suma, o esquecimento real, a extinção e a repressão compõem a estrutura vital.

O esquecimento, parece óbvio, está diretamente relacionado à passagem do tempo. Com o passar do tempo, as pessoas esquecem naturalmente. Ocorre algo semelhante ao que ocorre com um extrato bancário impresso que, aos poucos, vai ficando amarelo até se apagar completamente. Isto é denominado pela psicologia como “decadência de traço” (BADDELEY *et alii*, 2011, p. 214).

Neste ponto, os autores lecionam que “não podemos esquecer que somos seres biológicos”, ou seja, nossas memórias são fixadas a partir de sinapses e outras ligações que enfraquecem ou se modificam com o passar do tempo. (BADDELEY *et alii*, 2011, p. 215)

Mas estudos demonstram que não é somente o fator tempo o determinante com relação ao esquecimento. Com o passar do tempo, “o contexto incidental no qual operamos muda gradativamente, talvez desabilitando a evocação de memórias mais antigas”, ou pode ainda ocorrer de o homem armazenar “muitas novas experiências semelhantes que podem interferir na evocação de um traço específico” (BADDELEY *et alii*, 2011, p. 215). São, estes dois fatores, explicações alternativas para o esquecimento, além da degeneração celular ou simplesmente o envelhecimento.

As informações novas armazenadas afetam a facilidade com que podemos evocar os dados antigos armazenados, ocorrendo o que na psicologia é denominado “interferência”, especialmente perante memórias semelhantes. Nesta hipótese, ocorre como que uma “competição”, fazendo com que haja uma confusão, uma dúvida no

cérebro acerca de qual memória será evocada. Este é o motivo pelo qual uma situação inusitada é facilmente recordada, enquanto o corriqueiro é rapidamente apagado, não registrado.

Outra conclusão interessante dos estudos da psicologia é a de que o ato de lembrar causa o esquecimento, no sentido de que a evocação é sempre uma nova construção da situação retratada e nunca é idêntica. Se procedemos a várias evocações em momentos diversos, cada qual será diferente. Esta evocação poderá prejudicar a lembrança de fatos relacionados ao item evocado, fenômeno que é denominado “esquecimento induzido pela evocação”. (BADDELEY *et alii*, 2011, p. 223)

Este é o motivo pelo qual - sustentam os psicólogos mencionados - estudantes não devem realizar revisões seletivas, pois prejudicariam a evocação do material não revisado. Da mesma forma, a experiência mencionada justificaria o fato de as crianças terem a memória da infância moldada pelos fatos que são lembrados pelos pais, a partir de conversas.

O esquecimento, afirmam, é contagioso. Pesquisas demonstram que até mesmo um espectador silencioso, que assiste à descrição de determinados fatos comuns feita por outro interlocutor acaba como que “contaminado” com a seleção feita pelo narrador, esquecendo por indução os fatos não recobrados.

O esquecimento induzido é tema muito importante em se tratando da memória coletiva, podendo contribuir para uma seleção de fatos, para a manipulação do poder a partir da evocação apenas dos fatos que interessam aos detentores do poder, omitindo os demais.

A evocação é extremamente contraditória, pois ao mesmo tempo em que contribui para a afirmação da memória, quando é incompleta contribui para o esquecimento de outros fatos relacionados.

Controvérsia à parte, é certo que o esquecimento constitui ocorrência enigmática, mas inerente à natureza humana. Ele não é uma moléstia e o homem não é sua vítima passiva. É, pelo contrário, antes um resultado positivo, funcional, fruto

dos “próprios mecanismos que possibilitam o controle efetivo da cognição”. (BADDELEY *et alii*, 2011, p. 232)

No conto “Funes, o Memorioso”, BORGES (1999) retrata uma pessoa que, após acidente, tornou-se incapaz de esquecer. Lembrava de tudo, nos mínimos detalhes.

Antes do acidente era feliz, “havia vivido como quem sonha: olhava sem ver, ouvia sem ouvir, esquecia-se de tudo, de quase tudo” (BORGES, 1999, p. 55). Após, transformou-se em uma máquina. “Degludia” livros em latim em questão de horas, contava as estrelas do céu e o número de folhas das árvores. Funes era, no entanto, infeliz.

BORGES assim encerra seu conto:

Tinha aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, o latim. Suspeito, entretanto, que não era muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair. No abarrotado mundo de Funes não havia senão pormenores, quase imediatos. (BORGES, 1999, p. 57)

O cérebro humano não é uma máquina automática que vive armazenando informações. Ele faz seleções, faz generalizações, pensar é esquecer diferenças, é generalizar, finaliza com autoridade BORGES.

1.4. O esquecimento como direito natural

A abordagem multidisciplinar da filosofia, da psicanálise, da psicologia, da clínica médica e da história teve como objetivo demonstrar que a memória e o esquecimento caminham juntos. Fazem parte, a memória e esquecimento, de um constante jogo de forças que está na base da existência do homem enquanto tal. Estão, em sua síntese, umbilicalmente ligados.

Ao contrário do que pode parecer numa primeira aproximação, o esquecimento não é algo do passado, imóvel, passivo. Não é algo patológico, como uma deficiência, que surge apenas após a existência da memória.

O esquecimento é uma força tão ativa que é, inclusive, pré-requisito e vem antes da memória. Sem o esquecimento não existiria a memória. O reconhecimento, e o retorno da coisa esquecida, são pré-requisitos para a memória, e não o contrário.

Entendemos o esquecimento como algo natural ao ser humano, e o direito dele decorrente, como um direito natural, como um atributo do homem.

Os ordenamentos jurídicos atuais e a Constituição brasileira de 1988 não tutelam expressamente um direito ao esquecimento. Pelo contrário, pelo fato de exaltarem valores democráticos, privilegiam a liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento e a memória coletiva, não tecendo qualquer menção à existência do direito ao esquecimento.

Mesmo sem a previsão legal clara, o direito ao esquecimento há que ser reconhecido por decorrência da existência de um direito natural do homem. Só esta circunstância já é suficiente para sua afirmação. Um ordenamento jurídico, contrário a um direito natural, não se legitima, não subsiste.

Este direito natural, além do mais, está presente no ordenamento jurídico, especialmente a nível constitucional, a partir dos valores e princípios da dignidade da pessoa humana, da tutela da intimidade e da honra, da ideia de pacificação com justiça, da progressão da pena e vedação de penas desumanas e cruéis, dentre outros.

O direito ao esquecimento exsurge, ainda, implicitamente a partir da interpretação do ordenamento jurídico. Ou seja, é um valor naturalmente oposto à memória e necessariamente existente no ordenamento.

Assim como o inconsciente existe e é força ativa, muito embora não apareça, também o direito ao esquecimento existe ao lado da memória e seus valores, muito embora esteja ele literalmente “esquecido”.

1.5. A influência teológica no direito ao esquecimento

Muito embora seja o direito ao esquecimento natural ao ser humano, inegável se mostra a origem teológica atrelada ao cristianismo.

O esquecimento está ligado à ideia de perdão, de misericórdia, bases da doutrina teológica do cristianismo.

Assim doutrina o Catecismo da Igreja Católica (2000, p. 397, ponto nº 1443):

Durante sua vida pública, Jesus não só perdoou os pecados, mas também manifestou o efeito desse perdão: reintegrou os pecadores perdoados na comunidade do povo de Deus, da qual o pecado os havia afastado ou até excluído. Um sinal evidente disso é o fato de Jesus admitir os pecadores à sua mesa e, mais ainda, de Ele mesmo sentar-se à sua mesa, gesto que exprime de modo estupendo ao mesmo tempo o perdão de Deus e o retorno ao seio do Povo de Deus.

Jesus de Nazaré inverte a lógica do perdão, ao afirmar que se o homem, em seu íntimo perdoar, Deus fará o mesmo. “Por isso vos digo, todas as coisas que vós pedirdes orando, crede que as haveis de haver, e que assim vos sucederão” (Marcos 11:24, BIBLIA, p. 910).

ARENDT (2014, p. 296) destaca a inovação de Jesus de Nazaré:

É crucial para nosso contexto que Jesus sustente, contra os escribas e fariseus que, em primeiro lugar, não é verdade que somente Deus tenha o poder de perdoar; e, em segundo lugar, que esse poder não deriva de Deus - como se Deus, e não os homens através dos seres humanos-, mas, ao contrário deve ser mobilizado pelos homens entre si, antes que possam esperar serem perdoados também por Deus. A formulação de Jesus é ainda mais radical. No Evangelho não se supõe que o homem perdoe porque Deus perdoa, e Ele, portanto, tem de fazer “o mesmo”, e sim que, “se cada um, no íntimo do coração, perdoar”, Deus fará “o mesmo”.

Muito embora haja separação entre o direito e a teologia, sendo ciências ou disciplinas autônomas, há inegável contato, tendo o direito origem histórica umbilicalmente ligada à teologia católica em diversos institutos.

Permeiam, no ordenamento jurídico brasileiro, diversos valores ligados ao perdão e à reconciliação, à crença numa recuperação, e um valor de otimismo que norteia a própria atuação da justiça.

Na seara penal, todo o regime de penas no âmbito da execução penal está ligado à ideia de progressão de regimes, da individualização da pena, da recuperação do condenado, da reabilitação, que nada mais são do que cumprimento da previsão constitucional dos incisos do artigo 5º da Constituição de 1988.

O direito ao esquecimento, nos primeiros casos em que foi invocado, esteve ligado ao tema do cumprimento da pena e reabilitação do condenado. Nas demais situações invocadas, o esquecimento tem como teleologia a ideia de uma mudança de situação, uma impossibilidade de rememoração de fatos desabonadores, uma melhora do indivíduo, uma guinada comportamental.

Neste aspecto, sempre vem à mente a ideia teológica do perdão, da confissão e arrependimento, da mudança de atitude. A concepção do direito ao esquecimento guarda bastante similitude com as ideias desenvolvidas na teologia, muito embora separados os sistemas jurídico e religioso.

1.6. O direito ao esquecimento e institutos afins: a prescrição, o perdão, a anistia, a graça ou indulto.

Impossível não se comparar o direito ao esquecimento a institutos outros previstos no direito, como a prescrição/decadência, o perdão, a anistia e a graça ou o indulto.

O direito considera o tempo como fator de estabilização dos conflitos. A justiça não é perene, eterna.

A prescrição é definida como a perda da pretensão de exigir uma determinada prestação tendo em vista o não exercício durante um período determinado. O credor de um título de crédito, caso não exercite seu direito, recorrendo ao Poder Judiciário através do processo de execução, perde a possibilidade dessa via processual, perde esta pretensão (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1048). Mas as portas do Poder Judiciário não ficam fechadas, uma vez que possui ele um outro caminho, como ingressar como uma ação monitória ou mesmo um processo de conhecimento, objetivando fazer valer seu direito ainda não fulminado.

Já a decadência está ligada às ações constitutivas, sendo a perda do direito potestativo de criar situação jurídica nova. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1048) Pode ou não a decadência fulminar o direito respectivo, como na ação para anular o

casamento¹, ou não fulminar, como na decadência operada no mandado de segurança ou mesmo nos embargos à execução. (DONIZETTI, 2016, p.1275)

O direito processual também utiliza institutos que trabalham com o fator tempo, dentre eles podendo-se citar a preclusão, a estabilização e a coisa julgada.

No curso do processo, que é um caminhar adiante, um *pro-cedere*, as partes possuem uma série de ônus/faculdades processuais. Uma vez transcorrido o prazo para a prática de atos processuais, ou mesmo exercido o direito, perde a parte o direito de retornar à situação anterior. Ocorre a figura da preclusão, especialmente a temporal, cujo efeito está previsto no artigo 507 do vigente Código de Processo Civil brasileiro.²

A estabilização das tutelas de natureza antecipada e da decisão de saneamento também provocam uma segurança, uma imodificabilidade decorrente do transcurso do prazo previsto para recurso, conforme previsão dos artigos 304 e 357 do Estatuto Processual Civil pátrio.³

Numa escala de maior solidez, encontramos a figura da coisa julgada material, prevista no artigo 502 do mesmo Código, característica esta das sentenças que apreciaram o mérito e que já transitaram em julgado:

¹ Código Civil Brasileiro:

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550;

² Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

³ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

...

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

...

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

...

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

...

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Todas estas figuras, no direito processual, trabalham com a ideia de uma segurança jurídica, decorrente do transcurso do prazo.

A extinção do direito, em virtude do fluxo do tempo, não deixa de ser uma espécie de esquecimento. A prescrição extintiva consagra, no entendimento de OST, uma outra ideia de justiça que “quer que esqueçamos aquilo que durou demasiado sem conseguir realizar-se”. (OST, 1999, p. 167)

A graça, assim como o indulto, são benesses penais concedidas e positivadas no ordenamento e implicam a extinção da punibilidade, a concessão de um benefício diante do preenchimento de requisitos específicos. É habitualmente concedido o indulto natalino que autoriza os presos de bom comportamento a passarem as festividades em suas residências.

Já a anistia é uma figura controversa. Uns a enxergam como uma forma de esquecimento; outros a veem como um “perdão por excelência, o gesto de misericórdia da sociedade que, para cerrar as suas fileiras depois da prova, opta por voltar o olhar para o futuro”. (OST, 1999, p. 184)

Segundo OST, para responder se a anistia é esquecimento ou perdão, devemos necessariamente analisar o contexto onde foi aplicada (OST, 1999, p. 185).

Interessante a solução adotada por alguns países, na transição da ditadura para a democracia, de uma anistia sem amnésia, um perdão sem esquecimento: a verdade é revelada, a culpa é reconhecida, mas os responsáveis são perdoados sob certas condições.

O direito ao esquecimento, muito embora guarde características comuns com os institutos mencionados, especialmente com o perdão, com eles não se confunde. No direito ao esquecimento não há perda de direito, não há perda de ação, não há perdão. Simplesmente certos fatos ou imagens do passado, que não condizem com a situação ou contexto atuais, são apagados, ou dificultado o acesso, com o objetivo de implementar o exercício pleno dos direitos da pessoa.

2. O ESQUECIMENTO NO DIREITO ESTATAL

Muito embora entendamos o direito ao esquecimento como um direito natural, surgiu ele não a partir da positivação, mas de construção doutrinária e jurisprudencial. Passemos a descrever os principais julgados que debateram referido direito.

2.1. Casos isolados: Darley, Dietrich, Irniger.

René Ariel Dotti (1980) relata o caso de Gabrielle Darley, americana que teve um passado que queria esquecer, atuando como prostituta. Teria sido, ainda, acusada de homicídio no ano de 1918. Após inocentada, veio a convolar núpcias e construir vida nova e dissonante de seu passado, sendo certo que a sociedade onde vivia praticamente desconhecia a Gabrielle de antes.

Sem a sua permissão, o diretor Doroty Davenport Reid lançou um filme chamado “*The Red Kimono*” em 1925, retratando todo aquele passado sombrio, inclusive com a menção ao nome real de Darley, o que lhe teria causado enorme dano. O marido de Gabrielle, Bernard Melvin, ajuizou ação contra Reid, fundada no direito sobre a imagem.

O autor obteve ganho de causa perante a corte do Estado da Califórnia, reconhecendo o direito de buscar e de alcançar a felicidade após passado tanto tempo dos fatos narrados, não sendo lícito adentrar a intimidade após o transcurso de tantos anos. Na visão de DOTTI, o Tribunal de Apelação da Califórnia teria reconhecido o direito ao esquecimento, muito embora sem esta denominação específica.

Também merece citação o processo envolvendo a atriz Marlene Dietrich. Em 1939 o Tribunal de Paris afirmou o direito ao esquecimento. Na ocasião, a atriz, protagonista de inúmeros filmes, teve um *affaire* divulgado pela imprensa. Segundo DOTTI, a decisão desse caso representou um dos pilares na construção do direito à privacidade:

O tribunal de Paris reconheceu expressamente que ‘as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida’. O direito ao esquecimento como uma das importantes

manifestações da vida privada estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência. (DOTTI, 1980, p. 92)

Outro julgado importante, que pode ser trazido à colação, é o caso Irniger, criminoso suíço que foi o penúltimo homem a ser condenado à pena de morte na Confederação Helvética, em 1939, quando guilhotinado. Em 1983, uma tentativa de difusão de documentário a seu respeito foi proibida, a partir de ação movida por seu filho, sob o fundamento de danos à privacidade.

O Tribunal afastou a alegação do demandado no sentido da necessidade histórica e na importância do debate atual da pena de morte, para o fim de privilegiar a tutela da privacidade do familiar. O filho teve ganho de causa, mesmo diante do fato de já ter ocorrido a morte de seu pai, protegendo-se assim uma relação meramente espiritual, moral.⁴

2.2. O direito ao esquecimento na condenação penal e a ressocialização: o Caso Lebach 1

O debate acerca da existência de um direito ao esquecimento acabou ganhando envergadura maior após o caso Lebach, ocorrido na Alemanha, conhecido como 'Lebach 1', de 1973 (caso Lebach-Urteil).

Após crime bárbaro perpetrado na cidade de Lebach, pequeno distrito de Sarre, vitimando quatro soldados do Exército da República Federal da Alemanha, um dos condenados cumpriu a pena aplicada e estava prestes a retornar ao convívio social. O canal de televisão ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) pretendia exibir um documentário acerca dos fatos, revivendo aquela tragédia, tudo às vésperas da saída da prisão, com exibição de fotos dos condenados e insinuação de que seriam homossexuais.

Alegando a impossibilidade de ressocialização, com a rememoração do crime e dos envolvidos, o acusado recorreu ao Tribunal alemão, sustentando seu direito de ser esquecido, de não ter os fatos novamente lembrados.

⁴ Acórdão disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>, acesso em 02.02.2017

O Tribunal da Mogúncia e, em grau de recurso, o Tribunal de Koblez, julgaram improcedentes as pretensões do autor, conforme relata RODRIGUES JUNIOR (2013a), afirmando que o requerente era uma personagem envolvida em fatos históricos, não se justificando a proteção de sua imagem, destacando ainda as exceções dos parágrafos 22 e 23 da Lei Relativa aos Direitos Autorais sobre Belas Artes e Fotografias, que possibilita a divulgação, independentemente de autorização, na hipótese de prevalência de fatos históricos sobre a proteção da personalidade.

A Corte Constitucional Alemã cassou as decisões, entendendo que a liberdade de comunicação das empresas de radiodifusão era limitada, devendo ser ponderada com outros bens jurídicos em caso de colisão. Neste passo, se a informação de um crime for contemporânea com sua ocorrência, prevalecerá a liberdade de comunicação. Já no atinente à divulgação de fatos pretéritos, antigos, é possível a restrição da liberdade de imprensa, se esta vier a causar danos consideráveis e inovados à pessoa do envolvido no delito. Foi este justamente o caso, uma vez que o libertando estava prestes a tentar sua reinserção social.

O Tribunal Constitucional Alemão condicionou o exercício da liberdade de imprensa à atualidade da informação, vedando a rememoração de fatos caso provoquem danos novos ao condenado, especialmente no caso de reabilitação criminal.

2.3. Caso Lebach 2

Houve, no entanto, um caso Lebach que é pouco mencionado, e ficou conhecido como caso Lebach 2, de 1999.⁵

Um outro canal alemão (SAT-1) elaborou uma série de documentários acerca de crimes famosos ocorridos na Alemanha onde novamente era retratado o caso Lebach.

⁵Acórdão disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125_1bvr034898.html>, acesso em 02.02.2017

Diferentemente da outra rede televisiva, a SAT-1 mudou os nomes de algumas pessoas envolvidas e não divulgou as imagens. Houve, da mesma forma, contestação judicial dos envolvidos no crime ocorrido em Lebach.

Em sentido diametralmente oposto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu favoravelmente à liberdade de imprensa, à liberdade de expressão. Entendeu, nesse novo julgado, que o fato de o condenado ter cumprido a pena não lhe conferia, por si só, um salvo-conduto eterno, ou seja, um direito de ser deixado só, ou deixado em paz, um direito ao esquecimento.

A liberdade de comunicação, de expressão, é também um direito fundamental. Na nova situação *sub judice*, trinta anos já haviam se passado. Ao contrário da primeira reconstituição, onde o programa da rede de televisão ZDF conferia um caráter sensacionalista aos fatos, prejudicando a reinserção social, no novo documentário os riscos para a ressocialização já haviam sido bastante diminuídos (fatos ocorridos em 1969 – Acórdão de 1999).

Assim sintetiza RODRIGUES JUNIOR (2013b) o mérito da decisão do Tribunal Alemão:

O direito geral da personalidade é protetivo dos indivíduos em face de situações [...] que distorçam ou desfigurem sua imagem em público, de modo a impedir o livre desenvolvimento da personalidade, o que se revela de modo evidente quando há sério risco de estigmatização [...] ou quando essas representações ameaçam, de modo efetivo, a reintegração dos delinquentes à sociedade, desde que esses hajam cumprido suas penas.

Em 2009 foi julgado outro caso, desta feita envolvendo a divulgação de fato delituoso (estupro) envolvendo um ex-jogador de futebol, que acabou condenado a uma pena de três anos e seis meses de prisão.

O Tribunal Alemão, em sede de recurso, também mencionando o caso Lebach 1, rejeitou a pretensão do autor, fincando que “a cobertura jornalística de um fato verídico e criminoso, ainda que no âmbito das relações sexuais, mesmo que sem uma sentença definitiva, não pode ser obstada sob o fundamento da preservação da vida privada”. (RODRIGUES JUNIOR, 2013b)

Importante a menção a estes dois novos julgados, pois evidenciam dois fatores levados em consideração, que são a mudança de comportamento ou o cumprimento da pena, bem como a contemporaneidade da necessidade de proteção à intimidade com vistas à ressocialização, ou seja, o fator 'decorso do tempo' como óbice à aludida proteção.

No Brasil tivemos diversos julgados envolvendo o tema do cumprimento de pena e ressocialização, em conflito com a liberdade de imprensa.

Em 1976, R.F.A.S., conhecido como Doca Street, assassinou a *socialite* mineira Ângela Diniz, ficando preso até 1997.

No ano de 2005, a Rede Globo de Televisão, no programa "Linha Direta Justiça", retratou o crime, tendo Doca movido ação objetivando a reparação de danos.

O Magistrado de primeira instância reconheceu o direito do autor ao esquecimento, em sentença⁶ da qual destacamos um trecho importante:

[...] por evidente que não se aceitará o argumento de que sua condição de ex-criminoso deverá ser assacada ao sabor dos interesses comerciais de quem quer que seja, pois o sistema legal desta terra, ao prever a reabilitação, pretende a inserção ou reinserção do indivíduo na sociedade. A se aceitar a tese de defesa, seria então de se admitir que o acima enunciado se constitui letra morta. O ex-criminoso, que já cumpriu sua pena, que já se reintegrou na sociedade, ao entender da ré, permanecerá ad aeternum à disposição dos meios de comunicação, fornecendo material para programas que reviram e revivem o passado e que - aqui o ponto ao qual me prendo - não fornecendo quaisquer informações novas a respeito do tema. Tal postura, ainda que revestida do argumento do direito à livre informação me parece tendente a lançar estas pessoas quase que uma 'reserva de mercado', apta a fornecer material para o giro empresarial dos órgãos de imprensa [...]

O Tribunal de Justiça fluminense, em sede de recurso, reformou, por maioria, a sentença proferida, afastando a aplicação do direito ao esquecimento ao caso.⁷

⁶ Autos nº 0102079-50.2003.8.19.0001, sentença proferida pelo Juiz de Direito Pedro Raguene, disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=30&descMov=Senten%E7a>> acesso em 29.09.2017.

⁷ Relatora desembargadora Leila Mariano, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000348D32DE95A327401C0DD7AA5B53E260B60C8C3312147&USER=>>> acesso em 29.09.2017

2.4. O direito ao esquecimento na absolvição penal: a Chacina da Candelária

Outra situação, em que pode ser invocado o direito ao esquecimento, é aquela em que um acusado, absolvido, objetiva impedir a divulgação dos fatos que ensejaram a persecução penal.

O exemplo ocorrido refere-se ao caso que ficou conhecido como “Chacina da Candelária”, objeto do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ.

Em julho de 1993, diversas pessoas (mendigos e crianças de rua) foram alvo de ataques que redundaram em mortes. Um dos acusados, o serralheiro J.G.F.⁸, após restar encarcerado por cerca de três anos, acabou sendo absolvido por negativa de autoria.

Anos após o ocorrido, a Rede Globo veiculou, no programa ‘Linha Direta’, reportagem mencionando o nome do acusado e o resultado do julgamento. O acusado ingressou com ação, alegando que esta retratação lhe causara graves danos, obrigando-o a abandonar a comunidade onde vivia, de modo a preservar sua segurança e de seus familiares.

A exposição havia reacendido a discussão acerca dos fatos, tendo passado, de absolvido que fora, a novamente indiciado:

[...] reacendendo na comunidade em que reside, a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares”, devendo “abandonar a comunidade para não ser morto por justiceiros e traficantes.⁹

O direito ao esquecimento foi invocado, não para a finalidade de impedir a divulgação, que já havia ocorrido, mas para embasar um direito à indenização.

Após sentença de improcedência em primeira instância, o autor obteve vitória no Tribunal de Justiça Fluminense. Relevante frisar que o Acórdão realçou que o anonimato na divulgação do programa televisivo em nada prejudicaria o direito à

⁸ Resolvemos citar apenas as iniciais das pessoas que objetivaram a proteção através do direito ao esquecimento, justamente para não contribuir com um efeito reverso.

⁹ STJ, REsp n. 1.334.097/RJ, disponível em www.stj.jus.br, relatório, p. 13.

informação e asseguraria a proteção à intimidade, à vida privada. Deixou claro, ainda, que não se confunde o direito à imagem com o direito à honra. O primeiro é violado a partir da simples divulgação não consentida da imagem, em nada importando a veracidade ou não dos fatos expostos.¹⁰

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão deixou claro que a Constituição Federal de 1988 privilegiou o valor dignidade da pessoa humana, quando em conflito com a liberdade de imprensa ou com a liberdade de manifestação de pensamento. Segundo seu raciocínio, o primeiro valor é já destacado na ‘porta de entrada’ do artigo 5º da Constituição. Acresceu, ainda, o argumento de que, no próprio inciso, que tutela a intimidade e a vida privada, há menção expressa ao direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X do artigo 5º).

Entendeu, assim, no sentido de uma “inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, muito embora tenha destacado que a decisão definitiva há que ser tomada diante do caso concreto.¹¹

Achou relevante, o Ministro, para a história e a cultura do país, a lembrança dos casos criminais célebres, bem assim para o direito penal e criminologia, uma vez que é possível entender como a sociedade evolui ou regride com relação aos valores éticos e humanos. Mas ressaltou, o Relator, o perigo da informação jornalística no âmbito criminal, que não está assim tão preocupada com a evolução da sociedade, mas sim com a audiência e com o lucro financeiro daí decorrente.

Descreveu, em seu voto, pormenorizadamente, como a mídia abusiva pode influenciar a opinião pública e, inclusive, o Conselho de Sentença no caso de julgamentos perante o Tribunal do Júri. Vê o direito ao esquecimento como um freio à esta imprensa massacrante.

Retirou a conclusão, acerca da tutela de um direito ao esquecimento, a partir da principiologia decorrente dos direitos fundamentais da Carta de 1988 e também das normas infraconstitucionais. Neste passo, mencionou como suporte os artigos 43

¹⁰STJ, REsp nº 1.334.097-RJ, disponível no voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 28.05.2013, www.stj.jus.br.

¹¹ REsp. 1.334.097-RJ, voto, p. 25.

§ 1º do Código do Consumidor, 93 do Código Penal, 748 do Código de Processo Penal e 202 da Lei de Execuções Penais (nº 7.210/84).

A partir daí, concluiu que, se os condenados têm direito a um sigilo nas folhas de antecedentes, com muito maior razão os absolvidos têm direito ao esquecimento. Mas ressaltou que, se por um lado a não veracidade da notícia certamente é impeditivo à liberdade de divulgação, a recíproca não ocorre, ou seja, o fato de ser verdadeira a notícia não torna a liberdade de imprensa um direito absoluto.

A informação possui uma vida útil, após a qual deve ser apagada, salvo se estivermos diante de um interesse social que a justifique.

Tomadas as premissas, diante do caso concreto, o Ministro Salomão entendeu que a omissão do nome e da imagem do autor na retratação do crime em nada prejudicaria a liberdade de imprensa, sendo medida necessária à época e não cumprida pela suplicada.

Desta forma, afirmou a necessidade de tutela de um direito ao esquecimento, para o fim de condenar a rede televisiva a uma indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Um outro caso semelhante, compilado por NEVES (2015), diz respeito ao sequestro de um menor, supostamente praticado pelo próprio pai.

Novamente envolvendo o programa Linha Direta da Rede Globo, nos idos de 2007 a 2010, a matéria teria sido disponibilizada mesmo após a absolvição do pai (iniciais J.V.), ocorrida em 2008.

O feito também chegou ao Superior Tribunal de Justiça, sob a responsabilidade do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no AREsp nº 704.929 - DF (2015/0081446-9), com decisão afirmando o direito do autor com relação ao esquecimento:

Na verdade, como bem destacado no precedente em epígrafe, o interesse público pertinente aos eventos criminais tende a desaparecer na medida em que se esgota a resposta penal conferida ao fato. Dessa forma, tendo o agravado obtido a absolvição, por certo, foi alcançado o limite máximo da vida útil da informação.

[...] Assim, ainda que a veiculação da notícia em 2007 não configure ato ilícito, porque, como dito, apenas narra os fatos como apresentados e valorados pelas autoridades policiais e parentes da menor, o apelante-autor tem direito de que ela seja retirada do site da apelada-ré. Não se trata de fatos históricos, cuja veiculação ainda nos dias de hoje seria de interesse público. Em outras palavras, os fatos noticiados pela ré não são excepcionados pelo direito à memória ou à verdade histórica, devendo, portanto, ser retirados (fl. 286 e-STJ).

Um terceiro caso que trazemos à colação, envolvendo a mesma temática, de absolvição e esquecimento, discute a hipótese da veiculação de matéria, pela Rede Record do Rio de Janeiro, relativa ao assassinato da juíza Patrícia Accioly.

Um dos suspeitos pelo crime, H.T., absolvido pela justiça, reclamou o direito ao esquecimento, sustentando que a divulgação pela Rede Record lhe provocara danos morais, e implicara indevida intromissão na sua privacidade.

O autor não obteve sucesso, nem no Tribunal de Justiça fluminense, nem no Superior Tribunal de Justiça. Neste último, o caso foi julgado no AREsp. nº 522.182-RJ, com decisão monocrática do Ministro Sidnei Benetti.

Segundo decidiram, a reportagem exibia fotografia onde aparecia H.T., mas não havia o destaque deste último, não havia menção de seu nome ou outro elemento que pudesse identificá-lo de plano. Neste sentido, o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Não houve menção ao nome do autor ou a outro dado que pudesse identificá-lo imediatamente, havendo apenas a divulgação de imagem que constava de cartaz fornecido pela Polícia Civil.

Aliás, frise-se que a imagem do demandante só veio a ser divulgada em razão de figurar juntamente com a de outro suspeito no cartaz de “procurados” divulgado pela Polícia Civil, tendo as rés o cuidado de não noticiar dados que pudessem individualizá-lo, focando toda a reportagem no cidadão de alcunha “gordinho”.

[...] Tal fato demonstra que a publicação impugnada não foi baseada em informação puramente leviana, desprovida de qualquer respaldo fático ou com propósito sensacionalista. Ao contrário, a matéria, além de lastreada em dados repassados por fonte idônea, noticiou fato de extrema relevância para a coletividade, de forma que não se evidencia o ilícito alegado.¹²

¹² (Tribunal de Justiça/RJ, apelação cível nº 0379860-86.2011.8.19.0001, Relator Desembargador Wagner Cinelli de Paula Freitas)

Neste último julgado, diferentemente dos dois anteriores, os Tribunais (de Justiça fluminense e Superior Tribunal de Justiça) entenderam que, muito embora absolvido, não haveria a vedação à publicação de noticiário pela imprensa com divulgação da imagem do acusado inocentado, desde que não ocorresse a menção expressa do nome ou destaque especial que o identificasse.

2.5. O direito ao esquecimento sob o enfoque da vítima

O direito ao esquecimento também é invocado objetivando impedir a divulgação de crimes. Mas, desta feita, o objetivo é a proteção da imagem da vítima, em ação por ela movida, ou mesmo por seus familiares.

Está em andamento outro processo envolvendo a empresa Globo Comunicações e Participações. Nele, a família de A. J. C., morta em 1958 por um grupo de jovens, se insurgiu contra a rede televisiva, que elaborara um documentário no programa Linha Direta retratando o crime. Segundo os familiares de A.J.C., ao relembrar o caso recentemente, a TV Globo trazia à tona novamente angústia e revolta diante do crime.

A.J.C., em 1958, então com 18 anos, foi violentada sexualmente e jogada da cobertura de um prédio em Copacabana-RJ. Dois dos acusados acabaram absolvidos do crime de homicídio, apesar de condenados pelo crime sexual. Um menor foi considerado o responsável pelo homicídio, muito embora não alcançado pela extensão da pena, tendo em vista sua condição de inimputável.

Segundo as investigações, três teriam sido os responsáveis pelo caso: Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 anos, Cássio Murilo Ferreira da Silva, menor de idade que era filho do síndico do edifício, e Antonio João de Souza, porteiro do prédio. DOTTI (1998, pp. 146-147) assim descreve o crime:

A colegial A.J.C. teria sido atraída pela boa aparência e lábia do jovem estudante Ronaldo Guilherme de Souza Castro e conduzida até ao terraço do Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, 3.388. Junto com Ronaldo estariam o porteiro, Antonio João de Souza, e o menor Cássio Murilo Ferreira da Silva, filho do síndico. Recusando-se a manter relações sexuais com Ronaldo, a desditosa A.J.C. teria sido vítima de estupro e, em seguida, atirada do alto do edifício pelos três agressores, para simular suicídio e ocultar o crime anterior. A queda, do prédio de doze andares, provocou a morte da infeliz moça. Essa

versão, anunciada desde os primeiros lances da investigação policial, ganhou extraordinária repercussão, principalmente em face das peculiaridades do homicídio, três vezes qualificado. A sociedade carioca e a população brasileira foram sacudidas.¹³

Este crime chocou a sociedade brasileira na década de 1950, seja pela barbaridade, seja pelo fato de os réus não terem recebido a pena clamada pela sociedade brasileira, somando-se ainda a circunstância de um dos acusados ser de família abastada, o que inculcava uma dúvida acerca do rigor e imparcialidade da Justiça.

O julgamento, pelo Tribunal do Júri, teve vários revezes: primeiramente Ronaldo acabou impronunciado pelo Júri. Posteriormente, após longa campanha capitaneada pelo jornalista da revista 'O Cruzeiro', David Nasser, houve a mobilização da opinião pública contra a decisão e, em poucos dias, o Conselho de Justiça anulou o julgamento.

Após a anulação, houve nova decisão com pronúncia e, finalmente, houve o julgamento pelo Tribunal, condenando Ronaldo a 37 anos de reclusão, o porteiro João a 30 anos, e Cássio, considerado pelo juiz como o verdadeiro assassino, não pôde ser julgado por ser menor de idade.

O caso teve novos capítulos, com nova absolvição de Ronaldo após surgir outra testemunha. Finalmente, num terceiro julgamento, o acusado foi condenado por homicídio simples e tentativa de estupro e pegou uma pena de oito anos e nove meses. Depois, após ser solto, Ronaldo teria se tornado empresário em seu Estado, o Espírito Santo.

Os irmãos de A.J.C., Nelson, Roberto, Waldir e Maurício ingressaram com ação contra a Globo Comunicações e Participações S/A, pleiteando a reparação de danos materiais e morais em decorrência da rememoração do crime.

No Superior Tribunal de Justiça, foi relator do recurso novamente o Ministro Luís Felipe Salomão (Recurso Especial nº 1.335.153-RJ).

¹³ Substituímos o nome da vítima pelas iniciais.

Houve julgamento de improcedência dos pedidos em primeira instância, mantido pelo Tribunal de Justiça Fluminense.

Na visão dos julgadores, o direito à informação é privilegiado, somente cabendo indenização diante da veiculação de fatos com o intuito de denegrir a imagem, ou quando há objetivo de lucro, o que não teria sido verificado no caso. A ré, na hipótese, somente cumprira sua função de informar e reabrir o debate sobre importante caso.

Diferentemente do caso precedente, “Chacina da Candelária”, no presente julgado o Relator, muito embora tivesse afirmado a possibilidade de reclamar o direito ao esquecimento para tutelar a situação da divulgação de imagens da vítima, entendeu que muitas vezes esta omissão acarretaria uma inviabilidade na retratação fidedigna do crime.

Sob sua óptica, restaria prejudicada a tentativa de reconstituição do crime praticado contra A.J.C., sem a imagem dela.

Arrematou que não houve abuso, pois teriam sido contratados atores para a encenação do crime, e teria sido exibida apenas uma imagem da vítima.

Com relação aos danos morais pleiteados, entendeu, de forma paradoxal que, na medida em que o tempo vai passando e surge um direito ao esquecimento, da mesma forma este passar do tempo acarreta um menor abalo psicológico, diminuindo a dor.

Foi o que ocorreu no caso vertente, em que a reportagem foi ao ar depois de transcorridos 50 anos da morte da vítima.

O Ministro Raul Araújo, ao contrário, chegou ao ponto de fundamentar seu voto no sentido de que quem poderia invocar o direito ao esquecimento seriam os acusados, estes sim novamente penalizados com a rememoração do crime, e nunca os familiares da vítima.

No Superior Tribunal de Justiça, no entanto, houve votos divergentes, por parte dos Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, no sentido de que o delito em

questão envolvera pessoa comum e ocorrera há 50 anos, o que não justificaria a sua rememoração.

Nem mesmo a ampla divulgação, à época dos fatos, daria suporte à nova retratação do crime.

O dever de informar, pontificaram os Ministros divergentes, não autorizaria uma exploração econômica de um fato ocorrido há cinquenta anos, envolvendo uma pessoa comum, e não justificaria a exposição de fotografias ensanguentadas sem a concordância dos familiares da falecida. E mais, fotografias onde constavam a vítima ensanguentada e os autores da ação.

O feito atualmente encontra-se no Supremo Tribunal Federal, a partir do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, sendo Relator o Ministro Dias Toffoli.

Para debater o tema, o Relator designou audiência pública, realizada em 12 de junho de 2017, ocasião na qual foram ouvidos diversos estudiosos acerca do tema do direito ao esquecimento.

É nesta hipótese fática, da invocação do direito ao esquecimento para a tutela de um direito à imagem ou intimidade da vítima, ainda mais quando este direito é invocado por familiares, que o debate fica mais acalorado, surgindo dúvida fundada acerca de qual princípio constitucional deva prevalecer.

Aparecem, assim, diversas variáveis a serem levadas em consideração, como a importância dos fatos divulgados para a sociedade, o tempo desde a ocorrência do ilícito, o contexto da nova transmissão/apresentação, as circunstâncias que envolveram o crime, bem assim questões processuais acerca da tutela jurisdicional pretendida, se preventiva ou reparatória. Todos estes fatores hão que ser levados em consideração pelo órgão julgador para definir os contornos e decidir se deve ser afirmado o direito ao esquecimento.

Discordamos veementemente da solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso vertente. O crime ocorrido, muito embora faça parte da história do direito penal, envolvendo vários temas importantes para a sociedade, pode ser descrito sem a necessidade de menção ao nome ou à imagem da vítima. Era possível,

na situação concreta, a retratação do episódio com a proteção à imagem e à intimidade da vítima e familiares atingidos pela tragédia.

2.6. O direito ao esquecimento e as biografias não autorizadas

Tema também relacionado com o direito ao esquecimento é o atinente às biografias não autorizadas. Personalidades famosas, quase sempre, se sentem incomodadas e ingressam com ações judiciais objetivando impedir a divulgação de fatos desabonadores de sua vida, cuja publicação, evidentemente, não fora autorizada.

Um dos casos famosos que chegou ao Superior Tribunal de Justiça diz respeito ao ex-jogador Garrincha (REsp nº 521.697-RJ), julgado pela 4ª Turma, Relator Cesar Asfor Rocha, podendo-se mencionar ainda a biografia do cangaceiro Lampião, a proibição da exibição do documentário sobre o pintor Di Cavalcanti, o caso envolvendo Noel Rosa, dentre outros.

Diante das várias ações judiciais, e tendo em vista o Novo Código Civil, em 2012 a Associação Nacional dos Editores de Livros propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 4.815, tendo por objeto a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil¹⁴, sustentando que o texto tem inviabilizado as biografias, diante do não consentimento da pessoa a ser biografada ou de seus familiares, o que configuraria censura prévia.

Na petição inicial, argumentou-se que as pessoas públicas deveriam ter naturalmente sua privacidade e intimidade restringidas, prevalecendo o interesse histórico maior, configurando, os dispositivos do Código Civil, em indevida censura à liberdade de expressão dos profissionais que trabalham para garantir o direito à

¹⁴ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

informação dos cidadãos e, conseqüentemente, em violação das liberdades previstas nos incisos IV, IX e XIV do artigo 5º da Constituição.

Segundo disposição legal, a divulgação de escritos ofensivos à honra de uma pessoa dependeria de autorização do envolvido, salvo quando tais divulgações fossem necessárias à administração da justiça, ou à manutenção da ordem pública.

Nos termos da exordial, os dispositivos do Código Civil, se interpretados em sua literalidade, importariam em evidente censura prévia e grande comercialização na área, com a exigência de preços absurdos pelas licenças, transformando a informação em mercadoria.

O condicionamento à autorização prévia do biografado ou de familiares provocaria uma visão parcial da história, com efeitos deletérios para a memória coletiva, na medida em que passariam a ser divulgados apenas os fatos que interessassem à pessoa retratada, sendo circunstância silenciadora e distorciva da história nacional.

Após extenso voto, a Relatora, Ministra Carmen Lúcia, entendeu que o Código Civil não poderia ter cerceado direitos fundamentais constitucionais, sob o pretexto de “estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício das liberdades de forma diversa daquela constitucionalmente permitida”, o que reclamaria a busca por uma interpretação que compatibilizasse a regra civil com a carta magna¹⁵.

Na ação direta mencionada, destacamos um trecho do voto da relatora Ministra Carmen Lúcia que merece reprodução:

Sem ver a totalidade da vida da pessoa, não há como conhecer a vida da figura que tenha marcado época, como sua obra foi elaborada, suas influências pretéritas e as que tenha provocado. O dilema entre o que foi e o que poderia ter sido, a luta do querer e do que se fez para se atingir, o que foi dor transformada em força, o que foi vigor desperdiçado e tornado obra de desabafo, tudo compõe a pessoa. O mundo não é construção acabada, é permanente construir. Essa construção, especialmente a partir de figuras de referência, faz a

¹⁵ Adin nº 4.815, disponível em www.stf.jus.br

história. Sem o saber dessas figuras, como avançar? Sem a autorização, como prosseguir? ¹⁶

Em referido julgado, o Supremo Tribunal Federal privilegiou o valor liberdade de imprensa, em detrimento da intimidade e vida privada, dispensando a prévia autorização do interessado como condição para a publicação de biografias, remetendo eventual litígio à ação própria, onde se discutiria o abuso de informação.

Em seu voto, de modo a realçar a importância da liberdade de manifestação de pensamento e liberdade de imprensa, a Ministra Carmen Lúcia menciona diversas normas protetivas internacionais, como os artigos 11 e 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – O.N.U., de 1948.¹⁷

Concluindo, o S.T.F., por unanimidade, julgou procedente a ação dando interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente às obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Em nossa visão, agiu corretamente o Supremo Tribunal Federal ao afirmar a impossibilidade de uma censura prévia no tocante às biografias não autorizadas. A decisão do Supremo, no entanto, não afasta a possibilidade de tutela de direitos da personalidade do falecido por familiares seus, seja determinando eventuais retificações, retirada de obras do mercado, bem como pleiteando a pertinente reparação dos danos em virtude dos abusos porventura verificados.

2.7. O direito ao esquecimento e a rede mundial de computadores: os casos envolvendo a empresa Google

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, julgamento da Adin nº 4.815-DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>, p. 121.

¹⁷ Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A rede mundial de computadores trouxe complicadores outros ligados à responsabilidade e efetividade na tutela do direito ao esquecimento.

Isso porque um espanhol, iniciais M.C.G., moveu ação contra a Google e o jornal *La Vanguardia*, objetivando a ligação entre seu nome e anúncio publicado no periódico em 1998 pelo Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais espanhol (sobre um leilão de imóveis para o pagamento de dívidas à Seguridade Social em que M.C.G. era um dos devedores). O leilão teria ocorrido há anos e a dívida já teria sido saldada. Tratava-se, assim, de digitalização do acervo do periódico, o que teria trazido à tona, novamente, a notícia já esquecida relacionada à dívida.

Em 2009, M.C.G. encaminhou requerimento dirigido ao periódico. Diante da negativa, no ano seguinte dirigiu pleito à empresa Google espanhola, tendo esta redirecionado à matriz americana. Todos os reclamos foram indeferidos pelas empresas.

Na sequência, o Autor recorreu à Agência Espanhola de Proteção de Dados. A Agência, afastando a responsabilização do *La Vanguardia*, impôs obrigação às empresas Google, espanhola e americana, que apelaram à Suprema Corte Espanhola (Audiência Nacional). A Audiência Nacional suspendeu a Instância, submetendo o julgado ao Tribunal da Comunidade Europeia.

O Tribunal da União Europeia, baseado na Diretiva 95/46/CE, deu ganho de causa a M.C.G., privilegiando o direito ao esquecimento nos seguintes termos (parte final) (grifos nossos):

Os artigos 12º, alínea b), e 14º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7º e 8º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor

de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa.¹⁸

No Brasil, o mesmo tema foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1.316.921-RJ e nº 1.593.873-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, ambos envolvendo a empresa 'Google Brasil Internet Ltda.'.

No primeiro recurso especial, pretendia a autora (iniciais M.G.X.M.) que a ré se abstinhasse de propiciar acesso, em seus domínios, de qualquer pesquisa contendo seu nome relacionado com os termos 'pedófila', 'pedofilia' ou semelhantes.

A apresentadora teve, no passado, divulgado filme em que aparecia despida em cena com jovem, então com doze anos de idade. Na cena repudiada, a autora, integrante de prostíbulo, seduzia jovem, filho da dona do bordel. Era a época das pornochanchadas, década de 1970. No contexto, várias pretensas atrizes buscavam projeção no cinema por intermédio dos filmes pornográficos, objetivando galgar fama com vistas a uma carreira futura na televisão, ainda comportada no tocante a cenas eróticas.

Pretendia, com a ação, evitar a divulgação das cenas relacionadas à nudez. Objetivava, assim, um verdadeiro controle sobre o passado da atriz, que discrepava de sua posterior figura, ligada ao entretenimento e às crianças.

No recurso especial, a Relatora, em seu voto, fez a análise do serviço prestado por empresas ligadas à internet, para diferenciar os serviços existentes, como aqueles relacionados à estrutura dorsal capaz de processar grandes volumes de informação, os provedores de acesso, que adquirem as estruturas dos primeiros e, na ponta final, aqueles que disponibilizam informações acerca dos endereços disponíveis na rede mundial.

¹⁸ Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153853&doclang=PT>> Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014 (pedido de decisão prejudicial da Audiência Nacional - Espanha) – Google Spn SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD), M.C.G. Processo C-131/12 (grifos nossos)

Este seria o caso da Google, que não incluiria, hospedaria ou realizaria qualquer tratamento das páginas virtuais indicadas, limitando-se a indicar *links* onde poderiam ser encontradas as informações solicitadas pelos clientes.

Segundo o raciocínio desenvolvido, a empresa demandada não teria responsabilidade pelos conteúdos ofensivos dos endereços, por ela indicados, relacionados à autora. Não teria condições, ademais, de realizar o juízo valorativo acerca da ofensividade ou não dos conteúdos dos *links* resultantes das pesquisas entregues a seus usuários. Em suma, seria impraticável, na visão da Ministra, a responsabilização da suplicada.

Apontou, como norte para a fixação da responsabilização dos provedores de acesso, o Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Civil, que afirma que a responsabilidade objetiva ficaria configurada somente quando “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar, a pessoa determinada, um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”, o que não ocorreria *in casu*, pois, da atividade da ré, não se poderia extrair, como inerente, a existência de dano moral.

Afastou, a seguir, o raciocínio do Tribunal de Justiça fluminense no sentido de que os provedores de acesso poderiam ser objeto da ordem judicial cautelar, pois são ferramentas para pesquisas constantemente utilizadas pelos usuários, e eventual determinação poderia prejudicar a coletividade.

A Relatora assim decidiu com base no fato de o acesso às páginas ser livre e não decorrer de atividade da empresa Google. Ou seja, qualquer pessoa poderia diretamente ter acessado os conteúdos das páginas, sem precisar utilizar a ferramenta de busca.

A medida de restrição com relação a determinadas palavras, como pedófila, pedofilia, acabaria por afetar outras pesquisas não relacionadas com a autora e importantes para os usuários, como uma medida de conhecimento e esclarecimento do público, e não necessariamente ligadas a páginas ilegais. Por exemplo, alguém que quisesse ter acesso a informações sobre “pedofilia”, com intuito educativo e informativo, ficaria impedido diante do comando jurisdicional.

Além do mais, registrou a Relatora a ausência de efetividade da determinação judicial dirigida aos provedores de pesquisa, seja em virtude da inventividade dos usuários das redes, que facilmente buscariam outros caminhos, seja pela impossibilidade de alcançar empresas situadas em outros países. Em seu entendimento, eventual ordem judicial deveria ser direcionada aos titulares das páginas onde há conteúdos ilícitos, e não contra a empresa que somente facilita o acesso a esse ato. Julgou, assim, improcedente a pretensão da autora.

Já o segundo recurso especial mencionado, de nº 1.593.873-SP, foi oriundo de ação de obrigação de fazer, por meio da qual a suplicante objetivava o bloqueio definitivo, do sistema de buscas de pesquisas da ré, de endereços localizados a partir do nome da autora, pois poderiam levar a páginas que reproduziam imagens suas relacionadas à nudez. Após sentença de primeira instância, que extinguiu o feito sem análise do mérito, por considerar a ausência de interesse de agir da recorrida, o Acórdão deu provimento à apelação, nos termos seguintes:

OBRIGAÇÃO DE FAZER - Autora que busca impedir a veiculação de resultado de pesquisa, cujo conteúdo envolva suas imagens a partir do seu nome em site de busca - Possibilidade - Direito de esquecimento - Conteúdo sem interesse público, circunscrito apenas à vida privada da pessoa exposta - Afirmação do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana - Recurso Provido (e-STJ folha 121).¹⁹

Em sede de recurso especial, no entanto, o S.T.J. entendeu de forma diversa. Para fundamentar a decisão, a Relatora Ministra Nancy Andrighi, citando o precedente europeu acima mencionado, destacou a peculiaridade do caso brasileiro, onde temos legislação recente de regência, a saber, o marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014). No mérito, a decisão foi idêntica ao caso precedente, para afastar a responsabilização da empresa provedora de pesquisa.

Portanto, em ambos julgados, no Recurso Especial nº 1.316.921/RJ, e no Recurso Especial nº 1.593.873-SP, o Superior Tribunal de Justiça afastou qualquer responsabilização da empresa Google, não agasalhando a tese do esquecimento e privilegiando o direito à informação.

¹⁹ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553533&num.registro=201600796181&data=20161117&formato=PDF>, acesso 03.08.2017.

Pode-se constatar, a partir dos casos trazidos à colação, que o reconhecimento de um direito ao esquecimento, no âmbito do Poder Judiciário, se faz presente, mas em decisões isoladas e sem critérios claros em sua delimitação, havendo, assim, grandes controvérsias nos julgados.

2.8. Âmbito de aplicação do direito ao esquecimento – a tutela da pessoa jurídica

O direito ao esquecimento, no nascedouro, esteve ligado à tutela do condenado que cumpriu a reprimenda imposta e pretende a reinserção social, impedindo a divulgação dos fatos delituosos.

O direito ao esquecimento se presta, ademais, à tutela dos direitos da personalidade, sempre que não houver uma fidedignidade entre a situação retratada e a atual condição vivenciada pelo reclamante.

Também ganhou conotações outras, sendo reclamado por vítimas, ou mesmo familiares de vítimas com o escopo de vedar a menção de episódios trágicos com a rememoração dos nomes ou circunstâncias ocorridas.

Da mesma forma, perfeitamente plausível a invocação do direito por familiares de criminosos, que não são obrigados a viverem, eternamente, com a lembrança e ligação com o nome do delinquente. Afinal, não é porque uma família teve uma ovelha negra que todo o rebanho deve sofrer as consequências.

Não encontramos qualquer óbice à utilização do direito ao esquecimento como ferramenta de tutela da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica é uma criação do homem através do qual há uma congregação de esforços com vistas ao atingimento de um objetivo comum. É dotada de patrimônio próprio e personalidade jurídica específica, conforme disciplina dos artigos 45 e 46 do Código Civil brasileiro.²⁰

²⁰ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

O mesmo diploma, no artigo 52²¹, confere às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade, observadas suas características peculiares.

Neste passo, COSTA e DANELUZZI (2017. p. 443) lecionam, com espeque no mesmo artigo, que a pessoa jurídica é um centro de imputação de normas jurídicas a quem o Estado outorga proteção, possuindo direito à identificação, domicílio, nacionalidade, marca, liberdade, imagem, privacidade, segredo, honra objetiva ou boa reputação.

As autoras trazem à colação diversos julgados, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, que afirmaram a possibilidade de tutela do direito à personalidade da pessoa jurídica, como os Recursos Especiais n° 1.032.014/RS, envolvendo a empresa Souza Cruz S/A, n° 466.761/RJ, em favor da empresa Louis Vuitton e o de n° 129.428/RJ.

Neste último julgado, o Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar foi categórico ao afirmar a possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima de ataque à honra objetiva, com o abalo de crédito, a perda de chances de negócios e a diminuição de clientela.

Já no Recurso Especial n° 1.032.014/RS, cujo debate girava em torno da contrafação de cigarro com características semelhantes aos fabricados pela Autora, a Relatora Nancy Andrighi afirmou a possibilidade de tutela da personalidade, merecendo reprodução a seguinte passagem:

A identidade é deturpada quando o causador do dano consegue criar na mente dos consumidores confusão sobre quem são os diversos competidores do mercado, duplicando os fornecedores de um produto que deveria ser colocado em circulação apenas por aquele que é titular de sua marca. Nessa linha de raciocínio, a usurpação de marca alheia pode ser vista como a violação a esse essencial direito de personalidade, qual seja, o direito à identidade.

Art. 46. O registro declarará:

- I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
- II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;
- III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
- IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;
- V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;
- VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

²¹ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Pensamos ser plenamente aplicável, às pessoas jurídicas, a tutela do direito ao esquecimento, para o fim de evitar a constante rememoração de fatos desabonadores, ocorridos no passado, ainda que verídicos, tendo em vista a ausência de correspondência com o contexto atual.

Dão guarida a este entendimento os artigos mencionados do Código Civil, que afirmam a possibilidade de tutela da personalidade da pessoa jurídica, no que se mostrar aplicável, bem assim o objetivo do direito ao esquecimento, de proteção à divulgação de fatos não correspondentes com a atualidade.

Não há motivos para se afastar o direito ao esquecimento da esfera de proteção da pessoa jurídica. Não parece justo que ela também tenha o ônus de carregar uma mácula pretérita, especialmente quando cumprida eventual reprimenda, como a reparação de danos ou a recomposição do meio ambiente destruído.

3. A MEMÓRIA NO DIREITO ESTATAL

3.1. Definição

O avesso do esquecimento é a memória.

Memória, na lição de LEROI-GOURHAN (2002, p. 14), “não é uma propriedade da inteligência, mas antes, e seja ele qual for, do suporte no qual se inscrevem as cadeias de actos”.

Divisa ele três espécies de memória, uma específica, uma étnica e uma artificial. A memória específica definiria “a fixação dos comportamentos de espécies animais”, a memória étnica “assegura a reprodução dos comportamentos nas sociedades humanas” e a memória artificial “assegura, sem recurso ao instinto ou à reflexão, garantir a reprodução de actos mecânicos encadeados”. (LEROI-GOURHAN, 2002, p. 14)

LE GOFF ensina que a memória “como propriedade de conservar certas informações, remete-nos em primeiro lugar a um conjunto de funções psíquicas, graças às quais o homem pode atualizar impressões ou informações passadas, ou que ele representa como passadas”. (2013, p. 387)

Destaca, ainda, segundo concepção atual do desenvolvimento científico, citando CHANGEUX, que:

[...] o processo da memória no homem faz intervir não só a ordenação de vestígios, mas também a releitura desses vestígios e os processos de releitura podem fazer intervir centros nervosos muito complexos e uma grande parte do córtex, mas existe um certo número de centros cerebrais especializados na fixação do percurso mnésico. (CHANGEUX, 1972, p 356, apud LE GOFF, 2013, p. 388)

IZQUIERDO (2013, p. 15) define memória como “a aquisição, conservação e evocação de informações”. Como já destacado,²² há três espécies de memória, conforme o tempo de duração e funções relacionadas à captação e manutenção de

²² Item 1.3.7

dados, chamadas “memória trabalho”, “memória de curta duração” e “memória de longa duração”.

Podemos divisar, ainda, uma memória individual e uma memória coletiva.

Tanto a memória individual, como a coletiva, são objeto de manipulações, consciente ou inconscientemente, em função do interesse, da afetividade, do desejo, da inibição, da censura, ou mesmo em virtude da luta das forças sociais pelo poder.

Neste sentido, LE GOFF leciona:

Tornarem-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores desses mecanismos de manipulação da memória coletiva. (LE GOFF, 2013, p. 390)

O estudo da memória abarca diversos ramos do conhecimento, como a psicologia, a psicanálise, a biologia, a neurofisiologia.

Autores discutem a existência ou não de uma memória coletiva, ou mesmo a submissão da memória individual à memória coletiva. HALBWACHS destaca a importância da inserção do homem no meio social, lembrando que a memória individual é sempre evocada a partir da participação do homem em um grupo, que o faz lembrar e sentir as experiências pretéritas:

Depois que ultrapassa a etapa da vida puramente sensitiva, a partir do momento em que se interessa pelo significado das imagens e dos quadros que vê, pode-se dizer que a criança pensa em comum com as outras pessoas, e que seu pensamento se divide entre o fluxo de impressões inteiramente pessoais e as diversas correntes do pensamento coletivo. A criança já não está mais encerrada em si mesma, pois seu pensamento agora domina perspectivas inteiramente novas, e onde ela sabe muito bem que não está só a passear seus olhares [...] (HALBWACHS, 2003, p. 81)

O mesmo autor sublinha que é comum considerar-se a memória uma capacidade individual, uma força do homem de evocação a qualquer momento e independentemente dos outros conviventes. No entanto, adverte:

Como não é possível questionar o fato de que frequentemente reintegramos nossas lembranças em um espaço e em um tempo sobre cujas divisões nos entendemos com os outros, de que nos situamos

também entre datas que não têm sentido senão em relação aos grupos de que fazíamos parte, admitimos que seja assim mesmo. (HALBWACHS, 2003, p. 76)

Os temas da memória individual e coletiva interessam ao direito.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, dispõe acerca da memória coletiva, aludindo aos bens de natureza material e imaterial portadores de referência a uma identidade nacional, à referência aos grupos formadores do Estado brasileiro.²³

GODOY assim define patrimônio cultural:

É toda produção humana de ordem emocional, intelectual e material, independente de sua origem, época ou aspecto formal, bem como a natureza, que propiciem o conhecimento e a consciência do homem sobre si mesmo e sobre o mundo que o rodeia. (GODOY, 1985)

É papel fundamental do Estado Brasileiro, à luz dos ditames da Constituição, proteger a memória cultural representada pelo conjunto de crenças, línguas e costumes da sociedade. Com este desiderato, pode o Estado fazer uso de inventários, arrolamentos, desapropriações e tombamentos.

Com relação a este último instrumento, de se destacar, no Brasil a edição do Decreto nº 3551/2000, que estabeleceu o registro dos bens culturais de natureza imaterial componentes do patrimônio cultural brasileiro, criando quatro livros do tomo encarregados do registro, para a posteridade, dos saberes, das celebrações, das formas de expressão e dos lugares.

²³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

No mesmo sentido, DROPA (2003) define a memória como, “um horizonte de sentido, fonte de respostas e atitudes concretas frente a perguntas que inquietam o ser humano desde o fundo de sua alma: a dúvida das origens, das identidades e das histórias”.

Doutrina com precisão o mesmo autor:

O direito à memória transcende os limites da vida em termos biológicos e faz parte dos direitos que continua tendo o indivíduo depois de sua morte, pois a memória de alguém não se apaga com o fio da vida [...] o de *cujus* [...] detém direitos que permanecem até o momento posterior à morte: o direito de homenagear a pessoa no momento de seu sepultamento, de forma justa e digna, o direito de ser objeto e sujeito de memória, isto é, de recordar e de ser recordado. (DROPA, 2003)

MOLINARO e DANTAS deixam claro que o âmbito de proteção à cultura, aos bens materiais e imateriais que a caracterizam é muito mais amplo do que aquele descrito nos incisos do artigo 216 da Constituição brasileira de 1988. Pontificam que há proteção à cultura tanto a nível individual como coletivo, no sentido do reconhecimento do direito “a desfrutar e desenvolver sua vida cultural no interior do grupo social a que pertence” e, a nível coletivo, no sentido de garantir o direito à preservação das identidades dos grupos sociais e raciais, especialmente os marginalizados, como os quilombolas e os indígenas. (MOLINARO e DANTAS, 2013, p. 1983)

Neste passo, pode-se dizer que a memória coletiva é o conjunto de fatos que diz respeito à formação da cultura de um Estado, sendo elemento imprescindível para a sedimentação do conceito de ‘nação’.

Estão intimamente ligados, ao tema da memória, os valores ou princípios da liberdade de expressão, de comunicação e a liberdade de imprensa. A memória, para a sua devida retratação, para sua fidedignidade, reclama um Estado democrático, onde haja uma imprensa livre, sem controle governamental e também sem monopólios particulares.

A pluralidade de meios de comunicação, com diluição de controle, é fundamental para permitir o constante debate sobre a memória nacional, que deve estar sempre passível de uma revisão e rediscussão.

3.2. Memória, ditadura e anistia

Em se tratando da história brasileira, interessa-nos especificamente o tema da ditadura política, a anistia concedida e toda a questão da releitura dos fatos ocorridos e a correção das injustiças cometidas.

Como é de conhecimento, o Brasil, assim como a maioria dos países latino-americanos, vivenciou período de ditadura. Ocorreram diversos massacres com muitas vítimas desaparecidas.

Passado o momento de turbulência, seguiu-se um período de restauração da democracia, com a edição subsequente de leis tratando da anistia e dos desaparecidos.

No Brasil foi promulgada a lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979. Assim dispôs seu artigo 1º:

Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Referido diploma concedeu anistia ampla a ambos os lados em conflito, apenas excetuando os crimes acima mencionados, de terrorismo, sequestro e atentado pessoal.

O mesmo texto trouxe a possibilidade de provocar o poder judiciário, com o intuito de obter sentença declarando a ausência de pessoa envolvida em atividades

políticas, mas colocou todo o ônus probatório no cônjuge ou no parente autor da ação.²⁴

Disposição semelhante fez-se constar na Constituição Federal de 1988, no artigo 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.²⁵

A Constituição Federal previu a possibilidade de reparação econômica, contagem do tempo, conclusão de curso, dentre outros direitos, o que foi implementado pela lei nº 10.559/2002, tratando do Regime do Anistiado Político.²⁶

A lei em questão concedeu aos anistiados políticos os direitos relacionados aos cargos ocupados durante o período de afastamento, como se eles não tivessem sido afastados. Representou, assim, grande ganho àqueles que sofreram prejuízos em decorrência do regime de exceção, extensivo a seus familiares, conforme previsão do artigo 13 do mesmo diploma.

Foi editada, ainda, a lei nº 9.140 de 1995, que amenizou o procedimento previsto na lei de anistia nº 6.683/79, ao reconhecer como mortas as pessoas desaparecidas em razão da acusação de participação em atividades políticas, dispensando o processo judicial e autorizando a lavratura direta do assento de óbito junto ao oficial de registro civil (artigo 3º). Ao mesmo tempo, foi criada Comissão

²⁴ Art. 6º O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano.

²⁵ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

²⁶ Art. 1º- O Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos:

I - declaração da condição de anistiado político;

II- reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1º e 5º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III-contagem, para todos os efeitos, do tempo em que o anistiado político esteve compelido ao afastamento de suas atividades profissionais, em virtude de punição ou de fundada ameaça de punição, por motivo exclusivamente político, vedada a exigência de recolhimento de quaisquer contribuições previdenciárias.

Especial com o intuito de proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas e emitir parecer acerca de pedidos de indenização aos parentes dos falecidos.²⁷

Por fim, em 2011 foi criada a Comissão Nacional da Verdade pela lei nº 12.528, cujo objetivo principal foi estabelecido em seu artigo 1º: “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

Seu artigo 3º detalhou as finalidades da Comissão:

I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º;

II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de

²⁷ Art. 1º - São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

Art. 3º O cônjuge, o companheiro ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até quarto grau, das pessoas nominadas na lista referida no art. 1º, comprovando essa condição, poderão requerer a oficial de registro civil das pessoas naturais de seu domicílio a lavratura do assento de óbito, instruindo o pedido com original ou cópia da publicação desta Lei e de seus anexos.

Parágrafo único. Em caso de dúvida, será admitida justificação judicial.

Art. 4º Fica criada Comissão Especial que, face às circunstâncias descritas no art. 1º desta Lei, assim como diante da situação política nacional compreendida no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, tem as seguintes atribuições:

I - proceder ao reconhecimento de pessoas:

a) desaparecidas, não relacionadas no Anexo I desta Lei;

b) que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, tenham falecido por causas não-naturais, em dependências policiais ou assemelhadas;

c) que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; (Incluída pela Lei nº 10.875, de 2004)

d) que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público;

II - envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados;

III - emitir parecer sobre os requerimentos relativos a indenização que venham a ser formulados pelas pessoas mencionadas no art. 10 desta Lei.

corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995;

V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;

VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e

VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

Diversos autores apontam as diferenças, entre a postura tomada pelos governos brasileiro e argentino, com relação à ditadura e à maneira como os temas da anistia, memória e esquecimento foram tratados.

Enquanto na Argentina tivemos a criação da Comissão Nacional sobre os Desaparecidos (CONADEP), logo após o fim da ditadura, no Brasil tivemos a criação da Comissão Nacional da Verdade somente em 2011.

Outra diferença diz respeito à responsabilização dos agentes, pois na Argentina diversos julgamentos já foram realizados, ao passo que no Brasil as normas internas, que aplicaram uma anistia ampla a ambos os lados, são utilizadas para a finalidade de rechaçar qualquer responsabilização.

Na Argentina, ademais, houve a revogação das leis de anistia, *Leyes de Punto Final y Obediencia Debida*, proporcionando ao Judiciário uma efetiva investigação e punição dos acusados.

Sobre este ponto, esclarece MIRANDA (2016):

[...] a Suprema Corte Argentina, após uma nova análise, entendeu que a manutenção dessas leis violava frontalmente a Constituição, já que o país mantinha obrigações em relação aos bons costumes e acordos de preservação dos direitos humanos, o que obviamente não estava sendo respeitado.

Segundo destaca o mesmo autor, com o fim das leis da anistia, diversos processos tiveram seguimento com êxito, com mais de 80 julgamentos realizados,

alguns de grande importância, como o caso das 500 vítimas mortas na Escola de Mecânica Naval.

O judiciário argentino, a partir da interpretação dos artigos 18, 29, 75, inciso 22 e 118 da Constituição, chegou à conclusão no sentido da submissão da legislação interna às normas de direito internacional protetivas dos direitos humanos, ao “*ius cogens*”, inclusive aquelas decorrentes do direito internacional consuetudinário. Afastou, assim, a aplicação do artigo 18, que dispõe sobre o princípio da legalidade e irretroatividade, para o fim de determinar a aplicação do artigo 188 da mesma Carta.

Destacam-se, nas decisões da Corte Suprema Argentina, os votos dos juízes Highton de Nolasco, Zaffaroni, Pertracchi e Lorenzetti e Argibay. Conforme exposto por WOJCIECHOWSKI (2013, p. 93), os julgadores basearam seus votos na aplicação de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirmando o ilícito até então praticado pelo Estado Argentino e a imprescritibilidade de tais crimes.

Importante trazer à baila trecho do julgado de 13.07.2007 do caso ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros’, onde restou decidido que o “*ius cogens*” deve prevalecer mesmo diante da ausência de adesão expressa dos Estados, uma vez que o direito internacional representa imposição universal, na hipótese de crimes contra a humanidade:

[...] la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. (WOJCIECHOWSKI, 2013, p.94)

Diferentemente, em nosso país, a discussão acerca da possibilidade de se processar os agentes políticos opressores é recente, podendo-se citar a demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, contra o Brasil, caso nº 11.552 (julgado em 24.11.2010), conhecido como ‘Caso Guerrilha do Araguaia’. Em referido julgado a Corte estabeleceu:

Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

Já o Poder Judiciário brasileiro mostrou-se conservador ao analisar as ações objetivando questionar a anistia geral trazida pela lei n° 6.683/79. Proposta a A.D.P.F. n° 153, a Ordem dos Advogados do Brasil discutiu em referida ação a amplitude do § 1° do artigo 1° de referida lei, no tocante à definição dos crimes conexos atingidos pelo diploma:

Art. 1° ...

§ 1° - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu ter havido uma anistia ampla e irrestrita, abarcando todos os crimes conexos, independentemente de quais fossem, homicídios, torturas, praticados por particulares ou agentes políticos em nome do Estado ditatorial.

Importante destacar o voto da Ministra Carmen Lúcia, que cita inclusive que a lei da anistia foi fruto de debate, à época encabeçado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, mesma entidade autora da A.D.P.F.. Naquele momento, foi avalizado por Seabra Fagundes, então Presidente da O.A.B., parecer da lavra de Sepúlveda Pertence com o seguinte teor:

[...]não há objeção histórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o § 1° definiu como conexos aos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política [...] de outro lado, amplia-se ineditamente o conceito de crime comum conexo a crimes políticos, para beneficiar com a anistia, não apenas os delitos comuns de motivação política [...] mas também, com o sentido já mencionado, qualquer tipo de relação. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa

história poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.²⁸

Com base nos argumentos, concluiu não ser possível “interpretar a norma de 1979 como se nada ou ninguém estivesse ali se comprometido com as finalidades buscadas”. E arrematou, pontificando que “buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar à paz social, que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a vida se refaça”.²⁹

Na mesma linha do voto da Relatora, digno de menção o depoimento de Dalmo de Abreu Dallari, tirado do voto do Ministro Eros Grau na A.D.P.F. n° 153/DF:

Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência [...]

E concluiu o Ministro Eros Grau:

O que se deseja agora, em uma tentativa, mais do que reescrever, de reconstruir a História? Que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência? Todos desejavam que fosse sem violência, estávamos fartos de violência. (A.D.P.F. n° 153/DF)

Os argumentos da Ministra Carmen Lúcia, no entanto, não condizem com a realidade. WOJCIECHOWSKI (2013) relata que a lei da anistia foi aprovada diante de pressão forte dos militares, que inclusive ocuparam fisicamente o Congresso, à época composto por 41 senadores da ARENA, partido de direita, sendo destes 21 biônicos, ou seja, escolhidos pelo General-Presidente, e apenas 25 senadores do partido de oposição, M.D.B.. A lei da anistia foi arditosamente redigida pelos militares, ainda no poder, com o intuito evidente de afastá-los de qualquer responsabilização.

Na mesma A.D.P.F. n° 153, bem interessante é o voto divergente do Ministro Ayres Britto, ao fazer uma interpretação da lei da Anistia, da Emenda n° 26/85³⁰ e

²⁸ Voto da Ministra Carmen Lúcia na A.D.P.F. n° 153.

²⁹ Idem, ibidem.

³⁰ É a seguinte a redação do artigo 4° da Emenda n° 26/85:

Art. 4° É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

posteriormente do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

Referido ato não foi propriamente Emenda Constitucional, mas assim foi denominado: convocou a Assembleia Nacional Constituinte e dispôs sobre a anistia.

Segundo interpretação do Ministro Ayres Britto, tanto esta emenda, como o A.D.C.T. da Constituição de 1988, em seu artigo 8º, fizeram menção à anistia em decorrência de motivação política³¹, o que justificaria uma interpretação conforme da lei da anistia à Constituição de 1988 para afastar os crimes hediondos previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, ou seja, homicídio, tortura e equiparados.

Merece transcrição a reflexão do Ministro:

Após a interpretação dessa lei de anistia, não encontro clareza. E aqui, essa minha preocupação de clareza no propósito de anistiar é tanto mais necessária quanto se sabe que as pessoas que estamos a falar – os estupradores, os assassinos, os torturadores – cometeram excessos no próprio interior de um regime de exceção. Não foram pessoas que se contentaram com a própria dureza do regime de exceção; foram além dos rigores do regime de exceção para a ele acrescentar horrores por conta própria. Pessoas que exacerbam no cometimento de crimes no interior do próprio regime de exceção, por si mesmo autoritário, por si mesmo prepotente, por si mesmo duro, por si mesmo ignorante de direitos subjetivos.³²

No entendimento de Ayres Britto, com base na interpretação conforme da legislação à luz da Constituição de 1988, há que se estabelecer a diferença entre aqueles que cometeram abusos, mas dentro do regime de exceção, e aqueles que exorbitaram cometendo atrocidades em nome do regime autoritário.

Ou seja, o regime de exceção não consistiria num cheque em branco para os agentes torturarem e praticarem crimes bárbaros. Assim concluiu Ayres Britto sua argumentação:

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

³¹ Art. 8º [...] em decorrência de motivação exclusivamente política por atos de exceção.

³² Supremo Tribunal Federal, A.D.P.F. nº 153, voto do Ministro Ayres Britto.

[...] quem redigiu essa lei não teve coragem, digamos assim – de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos.³³

O Supremo Tribunal Federal não encampou o voto do Ministro Ayres, que restou vencido. Manteve, assim, a anistia ampla concedida pela lei nº 6.683/1979.

A posição do Supremo Tribunal pátrio, bem como a legislação reafirmada acabaram por comprometer a justiça de transição, que poderia ter sido pautada pelo esclarecimento da verdade, indenização dos atingidos pelo regime ditatorial e também das vítimas da luta armada contrária ao regime, bem como pela efetiva punição dos agentes que praticaram crimes hediondos, ou contra a humanidade, de ambos os lados.

De maneira oposta, a Suprema Corte argentina acabou por declarar a inconstitucionalidade das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, tendo processado e condenado mais de 200 militares e civis responsáveis por prisões, torturas e mortes, o que demonstra a diferença entre as soluções encontradas nos dois países vizinhos.

Qual deles teria adotado a postura mais acertada? Difícil a resposta. Pensamos que o posicionamento brasileiro, a partir do julgado de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, foi equivocado, afrontando diversos tratados de proteção de direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro. Fez, assim, “tábula rasa” de referidos pactos, colocando o Estado brasileiro como infrator na ordem internacional. Como já discorrido, o Supremo justificou equivocadamente a legitimidade da lei da anistia, supostamente fruto de um amplo debate da sociedade civil à época, o que efetivamente não ocorreu. Como sabemos, referido diploma foi imposto pelos militares, que à época dominavam o Congresso com senadores biônicos, verdadeiros fantoches do regime.

Ademais, importante destacar que o posicionamento tomado pelos Estados acaba impactando diretamente no sentimento de justiça assente na população como

³³ Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 153, voto do Ministro Ayres Britto.

um todo, no sentido de que ninguém, independentemente da classe social, está livre da submissão à justiça, mormente diante de crimes contra a humanidade.

Esta diferente postura entre os Estados implicou num maior ou menor arraigamento do autoritarismo. Neste sentido, WOJCIECHOWSKI (2013, p. 96) concluiu:

O rompimento com o passado autoritário, por meio da plena absorção dos ditames internacionais de proteção dos direitos humanos, possibilitou na Argentina a transição a um Estado democrático de direito que – longe de ser um modelo acabado – ao menos se encontra permeado, mais do que os vizinhos Brasil e Chile, por valores democráticos e pela preocupação nevrálgica na garantia mais ampla dos direitos fundamentais e humanos previstos no direito constitucional e internacional.

A dúvida que surge diz respeito à possibilidade, interesse e consequência de eventual revisão desta postura brasileira passados tantos anos. Parece certo que não haverá uma revisão deste posicionamento, pois para tal guinada seria necessário um impulso social neste sentido, o que certamente não ocorrerá. Ademais, passado tanto tempo, as situações já se estabilizaram e a vida já tomou seu curso normal, não se justificando qualquer reapreciação.

3.3. Anistia e a Comissão Nacional da Verdade

Como já exposto, a lei da anistia brasileira, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, implicou uma benesse ampla aos crimes políticos e conexos, impedindo assim a responsabilização no âmbito penal.

Diante deste posicionamento, seria importante o descobrimento da verdade acerca dos fatos ocorridos durante o período ditatorial no Brasil?

Pensamos que sim. Seguindo a linha de OST, possui a sociedade o direito ao conhecimento da verdade histórica, a partir da apuração dos fatos e amplo acesso aos documentos e arquivos estatais relativos a este período, tudo de modo a registrar, para as gerações futuras, as violações perpetradas aos direitos humanos, visando à construção de um futuro de paz, mas ao mesmo tempo de memória do passado, impedindo que estas barbáries voltem a ocorrer.

Neste ponto, OST diferencia o que chama de ‘anistia menor’, ou das penas e ‘anistia maior’, ou dos fatos (OST, 1999, p. 183). Na anistia menor, o processo ocorreu e as penas são perdoadas, apagadas. Na anistia maior, os fatos deixam de ser considerados delituosos. Esta última foi a solução encontrada pela lei brasileira de anistia de 1979.

O autor aponta o perigo de se “banalizar o crime ou ainda de neutralizar todos os valores, bons ou maus, pondo-os no mesmo plano numa medida comum de clemência, como quando se anistiam os antigos antagonistas para melhor anistiar os antigos opressores”. (OST, 1999, p. 184)

O tema é polêmico e, no Brasil, a discussão ocorreu em diversas ocasiões, inclusive judicialmente na A.D.P.F. citada. A favor da medida, Michel Rocard, citado por OST, sustenta:

[...] a anistia não é esquecimento [...] sendo um gesto de perdão para que a vida retome o seu curso e continue, para que a reconciliação possa prevalecer sobre a violência e o confronto, para que a paz tenha uma nova oportunidade”. (ROCARD, 1988, apud OST, 1999, p. 185)

A anistia, afirma OST, não pode importar em esquecimento. Trazendo a lição da África do Sul, na Comissão Verdade e Reconciliação, destaca a importância de “estabelecer os fatos e atos que tiveram lugar ao longo do período anterior, não para punir os culpados, mas pelo direito à verdade” (OST, 1999, p. 187).

E conclui:

[...] ninguém ignora aquilo que passou e quem tomou parte nisso; o passado não é manipulado e o silêncio não é imposto à história. Acontece apenas que, por razões superiores, o perdão é concedido aos responsáveis, pelo menos em certas condições. (OST, 1999, p. 187)

Nesta linha, não menos importante mostra-se a questão do amplo acesso da sociedade civil aos documentos estatais relacionados ao período ditatorial.

Sobre o assunto, importante mencionar as leis nº 8.159/91 e 11.111/2005 que dispuseram acerca do acesso aos documentos.

A lei nº 8.159/91, em seus artigos 22 a 24 tratou do acesso aos documentos públicos.

Referidos diplomas³⁴ acabaram questionados pela A.D.I. nº 4.077-DF perante o Supremo Tribunal Federal, mas esta ação foi extinta sem apreciação do mérito, por perda do objeto tendo em conta a revogação dos artigos questionados pela lei nº 12.527/2011.

O novo texto legal trouxe outra disciplina, ao estabelecer o sigilo de documentos imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, bem como àqueles que afetam à dignidade, à vida privada e à honra das pessoas. Merece destaque a previsão do § 4º do artigo 31, ao determinar que referida proteção não pode implicar o esquecimento de fatos históricos da sociedade.³⁵

Corretíssima a orientação do novo diploma, ao fincar a importância da proteção da verdade acerca dos fatos relevantes historicamente, auxiliando e

³⁴ Lei nº 8159/91:

Art. 22 – É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º - Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos;

§ 2º - O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

³⁵ Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

prestigiando uma memória nacional e a transparência que deve nortear a atividade administrativa.

3.4. Considerações acerca da atuação da Comissão Nacional da Verdade

A Comissão Nacional da Verdade foi, como o próprio nome sugere, um grupo designado pela Presidência da República, encarregado de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional (artigo 1º da lei nº 12.528, de 18.11.2011).

O colegiado nomeado restringiu seu foco na pesquisa acerca dos abusos perpetrados pelos agentes estatais, não tecendo quaisquer considerações com relação aos crimes e atrocidades praticados pela resistência ao regime.

Ao contrário de Comissões outras criadas no mundo e que efetivamente estiveram empenhadas no descobrimento real e amplo da verdade, a Comissão brasileira foi parcial e revelou meia-verdade.

Tão logo instituída, a Comissão Nacional da Verdade editou a Resolução nº 2, restringindo sua atuação a “esclarecer as graves violações de direitos humanos [...] por agentes públicos, pessoas a seu serviço, com apoio ou no interesse do Estado”.

Houve, assim, restrição pela Comissão sem amparo na própria lei que a criou. Sob argumentos no sentido da ocorrência de abusos apenas do lado governamental, ou sustentando que os particulares já haviam sido punidos, ou que outros países também não teriam investigado os dois lados, houve a edição da resolução.

O Brasil, por sua Comissão, ignorou Comissões outras como as da África do Sul, Chile, El Salvador, Guatemala e Peru, que investigaram abusos cometidos por ambos os lados em confronto.

Aqui, no entanto, a verdade buscada parece ter sido a verdade daqueles que se encontravam no poder, não havendo interesse na investigação de abusos por parte de grupos de resistência ao regime militar.

Conforme redação do relatório final, mostra-se clara a intenção de restabelecer uma justiça de transição, com a revisão da lei da anistia para o fim de punir os agentes estatais que agiram com abusos, sem ter sido conferido o mesmo tratamento aos opositores do regime militar.

O relatório enaltece, ainda, a resistência armada, sem dar qualquer importância à resistência pacífica ao regime militar, tão ou até mais importante do que aquela outra.

Como tem sido divulgado em diversos meios, houve várias violações aos direitos humanos também praticados por organizações particulares contrárias ao regime.

Podem ser citados sequestros, homicídios e inúmeros outros ilícitos. OLIVEIRA (2015, p. 146), com base no Grupo “Terrorismo Nunca Mais”, cita mais de 100 vítimas de grupos armados durante o período ditatorial, várias delas civis. A título de exemplo, menciona homicídio praticado contra pessoa, integrante de grupo armado, que se recusou a deixar o Brasil:

A exemplo de muitos jovens de sua geração, Carlos Eugênio Paz pegou em armas contra o regime militar nos anos 60 e 70 do século passado. Era estudante secundarista no Rio de Janeiro quando ingressou na Aliança Libertadora Nacional (ALN) sob o comando de Carlos Marighela. Participou de ações armadas, inclusive do assassinato do militante Marcio Leite de Toledo, que tinha o propósito de sair da ALN cujos dirigentes exigiram que ele deixasse o país, dado o perigo que acarretaria para a organização se fosse preso e torturado. Como se recusou a obedecer, a ALN condenou Márcio Toledo à morte sob a acusação de traição, o que ocorreu em março de 1971, transformando-o num arquivo morto. (OLIVEIRA, 2015, pp. 129/130)

São destacados mais de 100 (cem) crimes praticados por particulares opositores ao regime militar e sem conotação política, com violação aos direitos humanos.

O número é ínfimo, se compararmos com aqueles outros praticados pelo regime militar, mas entendemos que nenhum fato delituoso pode ser esquecido se objetivamos o pleno conhecimento da verdade.

Questionamos a pertinência de definição de uma “verdade oficial”. Segundo pensamos, a verdade há que estar sempre aberta a revisões.

Entendemos, ainda, que uma Comissão, acaso criada, deveria garantir aos suspeitos de prática de atos ilegais todos os direitos inerentes ao devido processo legal, com imputação clara e proporcionando amplo direito ao contraditório, bem como defesa técnica.

Não foi o que fez a Comissão brasileira, uma vez que nos termos do artigo 4º, § 4º da lei nº 12.528/2011, ela não teve caráter jurisdicional ou persecutório.

É o que se conclui, claramente, a partir da leitura do relatório final da Comissão, onde ela deixa claro este fato:

Mesmo não estando vinculada à observância de princípios e regras aplicáveis aos procedimentos contraditórios – cabíveis justamente nos planos jurisdicional ou persecutório –, a CNV empenhou-se, como é público, em colher o depoimento das pessoas identificadas, de modo a poder contar com suas versões sobre os eventos nos quais tiveram envolvimento.³⁶

Também podemos constatar a ausência de preocupação com o contraditório ou ampla defesa a partir de relatos dos chamados a depor na Comissão e da fala do próprio integrante desta, ao informar que a oitiva não seria julgamento, mas mero registro histórico:

Membros da comissão insistiram para que ele respondesse, e afirmaram que não se tratava de um processo judicial ou de um julgamento, mas sim de ouvir a versão dele para registro histórico. "Não estamos aqui por implicância ou por revolta com o ato por ele cometido", chegou a dizer José Carlos Dias. Roca discordou e disse que os depoentes da comissão passam, sim, pelo crivo do judiciário e que, se eles comparecem e apresentam justificativa, é por uma questão de respeito.³⁷

Pensamos que necessário seria o conhecimento e a divulgação ampla da verdade, com pesquisa e relato dos abusos cometidos por ambas as partes e com

³⁶Relatório final da Comissão Nacional da Verdade, disponível em <<http://cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2016.pdf>> acesso em 28.09.2017.

³⁷ Disponível em <<https://www.brasil247.com/pt/247/rio247/148619/Militar-n%c3%a3o-responde-%c3%a0-Comiss%c3%a3o-da-Verdade.htm>> acesso em 28.09.2017.

características claramente persecutórias, de forma semelhante ao que ocorre no âmbito do Poder Judiciário, no Processo Penal. Ou seja, deveriam ter deixado claro quem eram os supostos averiguados, com imputação objetiva e prévia, concedendo ampla defesa e as garantias do devido processo legal.

Da leitura dos depoimentos tomados pela Comissão Nacional de Verdade pode-se aferir rapidamente que não houve preocupação qualquer com imputação clara e antecipada de fatos, tratando-se de depoimentos colhidos de forma despreocupada³⁸. O contraditório amplo reclamaria o conhecimento prévio dos fatos que são imputados aos suspeitos, o que não foi feito pela Comissão brasileira.

Com efeito, as comissões de verdade, criadas na transição de regimes, ocupam uma posição intermediária entre o Poder Judiciário, este imparcial, mas com finalidade caracteristicamente punitiva, e o poder executivo, parcial.

São as comissões revestidas, inegavelmente, de poder, na medida em que são encarregadas de interrogar pessoas, com o intuito de descobrir e revelar a verdade, mas evidentemente não estão legitimadas pelas garantias do juiz natural e não obedeceu, no Brasil, efetivamente, ao devido processo legal e ao contraditório pleno.

As conclusões das comissões certamente implicarão a responsabilização daquelas pessoas apontadas como partícipes ou autores de violações aos direitos humanos.

No caso brasileiro, a Comissão Nacional da Verdade chegou a conclusões apontando mais de 300 (trezentas) pessoas responsáveis pela prática de crimes e violações a direitos humanos. Realmente o trabalho foi louvável, movimentou diversas pessoas e um aparato incrível. Ao final, o relatório sugeriu a responsabilização destas pessoas.

Inegável que estas pessoas apontadas no relatório foram, efetivamente, punidas, na medida em que tiveram e estão tendo seus nomes lançados nos

³⁸ O que pode ser facilmente constatado a partir da leitura de quaisquer depoimentos presentes no endereço da Comissão Nacional da Verdade, <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/todos-volume-1/650-agentes-p%C3%BAblicos.html>> acesso em 10.11.2017

documentos públicos e na rede mundial de computadores como criminosas, como responsáveis por infrações as mais diversas.

Parece cristalino que a Comissão afrontou o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e que aos litigantes será assegurado o contraditório e a ampla defesa.³⁹

Não foi o que ocorreu com a Comissão Nacional da Verdade. Trata-se de órgão criado com inúmeros poderes, instrutórios e conclusivos, que afetaram direitos das pessoas mencionadas, que somente não tiveram a imposição de penas privativas de liberdade.

No mais, a Comissão, sem se revestir dos atributos do Poder Judiciário, impingiu penas às pessoas objeto de investigação. Isto porque os citados estão com seus nomes eternamente ligados à violação dos direitos humanos, carregando para sempre e pecha de criminosos e responsáveis pelos ilícitos.

Sob o pretexto previsto no artigo 4º, § 4º, da lei nº 12.528/2011, de que a Comissão não se revestia de caráter jurisdicional ou persecutório, ao que parece, não foram assegurados aos investigados os atributos inerentes às garantias do devido processo legal.

Nem mesmo os condenados no processo criminal possuem uma pena com tamanha duração.

Desta forma, referida Comissão não se legitima, e a lei que a instituiu, para guardar consonância com a Constituição, deveria ter assegurado efetivamente ampla defesa e contraditório, deixando claro quem eram os averiguados e as acusações.

³⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

... LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Como implementada, em nosso sentir houve afronta ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Não estamos defendendo as barbaridades praticadas pelos agentes estatais, que abusaram do poder de autoridade de que estavam investidos. Também não duvidamos do trabalho instrutório realizado pela Comissão. Certamente a mera menção dos nomes nas conclusões finais acaba sendo pouco para muitos dos envolvidos nos ilícitos. Para muitos deles, a conclusão sequer será objeto de questionamento futuro.

Mas não podemos deixar de destacar a falibilidade do ser humano e a possibilidade de equívoco por parte da Comissão. Bastará um erro para comprometer o trabalho e conduzir a uma injustiça tremenda.

A Comissão em questão acabou desagradando ambas as partes envolvidas. Vítimas de pessoas perseguidas pela ditadura reclamaram da falta de poderes no sentido da punição dos agentes estatais.

De outro lado, parentes de militares apontados como responsáveis chegaram a ingressar com ação na Justiça Federal. É o que ocorreu com os filhos de Floriano Aguiar Chagas, que ingressaram com ação perante a Justiça Federal em Porto Alegre, questionando as conclusões da Comissão.⁴⁰

A ação mencionada teve julgamento de improcedência dos pedidos em primeira instância e aguarda julgamento de recurso perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A Juíza Federal sentenciante analisou os trabalhos da

⁴⁰ SÃO PAULO - Foi ajuizada nessa semana a primeira ação por danos morais contra a Comissão Nacional da Verdade, na Justiça Federal de Porto Alegre. Os cinco filhos de Floriano Aguiar Chagas, ex-adido do Exército na Embaixada do Brasil em Buenos Aires de 1973 a 1975, pedem que o nome do pai seja excluído da lista de responsáveis por violações aos direitos humanos publicada pela C.N.V. em dezembro passado, questionam a recomendação feita pelo órgão de revisão da Lei da Anistia e pedem reparação financeira a todos os filhos do General, já que Chagas morreu em 2012.

De acordo com a investigação da C.N.V., Chagas teria feito parte da Operação Condor, que interligou as forças repressivas das ditaduras militares do Cone Sul. Segundo o relatório, ele "mantinha contato frequente com agentes argentinos e chilenos da área de informações" e "teve participação no sequestro de Joaquim Pires Cerveira e João Batista Rita, ocorrido em Buenos Aires em 5 de dezembro de 1973".

No processo, a família argumenta que não há provas suficientes que desabonem a conduta profissional do pai. O processo menciona os 18 do Forte de Copacabana, a Intentona Comunista e a Revolução Constitucionalista de São Paulo para comparar o heroísmo de Chagas ao dos protagonistas dessas passagens históricas. Quanto à revisão da anistia, o advogado da família sentencia: "Não se Deve Mexer com Tigres Adormecidos". Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/comissao-nacional-da-verdade-enfrentara-primeira-acao-por-danos-morais-15173616>> Acesso em 28.09.2017.

Comissão e entendeu que a conclusão, acerca da responsabilidade do genitor dos autores, foi embasada nas provas apresentadas ao colegiado. Sustentou que a Comissão não se revestiu de características persecutórias e que os autores poderiam ter contribuído para as conclusões:

Os autores, poderiam, de sua parte, no curso dos trabalhos, ter solicitado ou prestado informações para subsidiar os trabalhos da Comissão, a teor do §6º do art. 4º da Lei nº 12.528/2011, não podendo se falar em responsabilização da União pelo trabalho da referida Comissão, cujo relatório final deveria, obrigatoriamente, mencionar "as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações", nos termos do art. 11 da citada lei.⁴¹

De outra banda, familiares de pessoas torturadas não se contentaram com o trabalho da Comissão e ingressaram com demanda perante o Judiciário unicamente para a declaração da verdade.

Foi o que fizeram cinco autores em ação movida contra Carlos Alberto Brilhante Ustra, onde pretendiam que fosse reconhecida a existência de relação jurídica entre os autores e o réu para o fim de declarar que ação do réu causou danos morais e materiais aos suplicantes. A ação teve julgamento de procedência no Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.434.498-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Em síntese, pensamos que a lei que instituiu a Comissão Nacional da Verdade carece de constitucionalidade. Ademais, entendemos que a Comissão exorbitou dos poderes conferidos pela lei que a criou e objetivou finalidades outras, violando a lei que instituiu a anistia no Brasil, não tencionando o descobrimento da verdade com a pacificação, mas sim a vingança e a revogação da lei da anistia unicamente para o fim de penalizar os agentes do estado, sem a mesma providência para os opositores do regime.

Melhor teria sido a adoção de modelo diverso, logo na transição, na via extrajudicial e com pedido de perdão somado à confissão acerca dos fatos. O confessor, com a medida, seria beneficiado com a ausência de imputação penal, mas

⁴¹ Sentença proferida pela Juíza Federal INGRID SCHRODER SLIWKA nos autos nº 5004038-36.2015.4.04.7100/RS da 5ª Vara Federal de Porto Alegre-RS, disponível em <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711481363930418821294984053390&evento=711481363930418821294984189135&key=1a81db7e71f5591b0687322eea070f45776b815d674f9db33bc03e58bd0afefd> acesso em 28.09.2017.

poderia se sujeitar a medidas outras de reparação civil ou mesmo perda de cargo público. Ocorreria algo semelhante a uma delação premiada.

Na ausência de confissão, aí sim a apuração e persecução penal seria transferida ao Poder Judiciário, com todas as garantias que lhe são inerentes e sem quaisquer benesses.

3.5. Providências do Ministério Público Federal brasileiro

Em consonância com os objetivos de revisão da lei da anistia e punição dos responsáveis, especialmente de agentes públicos que agiram em nome da ditadura, diversas medidas cíveis e criminais foram tomadas pelo Ministério Público Federal.

Com relação às providências criminais, a atuação foi baseada, em grande parte, em parecer disponibilizado no site do Ministério Público Federal⁴² sustentando dez teses principais, dentre elas a imprescritibilidade dos crimes, a competência da Justiça Federal, a inaplicabilidade da anistia aos crimes praticados pelos agentes estatais, tendo em vista que não eram crimes políticos nem mesmo conexos a estes, além da obrigação do Estado Brasileiro perante a comunidade internacional.

As teses ventiladas, no entanto, não encontraram ressonância perante o Judiciário pátrio, seja perante o Supremo Tribunal Federal, como já exposto, seja perante a Justiça Federal de primeira instância.

A título de exemplo, o Ministério Público Federal chegou a oferecer denúncia em face de Sebastião Curió Rodrigues de Moura, conhecido como Dr. Luchini, acusado de ter comandado operações na região do Araguaia, no episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia, tendo dirigido a Operação Marajoara e acusado de ter cometido crimes contra vários perseguidos políticos.

Objetivando escapar à aplicação da lei da anistia, o Ministério Público Federal sustentou a ocorrência do crime de sequestro, que seria um crime permanente até o presente momento, vez que os corpos dos desaparecidos não teriam sido localizados.

⁴² Disponível em <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/documentos/decisoes-e-atos-administrativos-internos/ditaduraf_textobase_representacao.pdf/view> acesso em 14.07.2017.

Sendo um crime permanente, aplicar-se-ia a legislação penal e a atual Constituição, devendo ser afastada a lei da anistia de 1979.

A tese, no entanto, não ganhou acolhida, tendo a denúncia sido rejeitada. Isto porque seria ilógica a conclusão da tipificação do artigo 148 do Código Penal, uma vez que, terminado o regime, natural que os sequestrados reaparecessem ou a outra conclusão não se poderia chegar, senão com relação ao desaparecimento ou morte.

Neste sentido, concluiu o Magistrado João Cesar Otoni de Matos, da 2ª Vara de Marabá-PA ao decidir que “pelo contrário, os trabalhos circunscrevem-se à busca e localização de corpos, pois já se sabe com razoável segurança que essas pessoas foram mortas”.⁴³

A decisão proferida na ação penal mencionada foi objeto de recurso em sentido estrito, com nova decisão de recebimento da denúncia por outra juíza. No entanto, houve decisão concessiva de “*habeas corpus*” trancando a ação penal. Referido trancamento, evidentemente, foi objeto de recurso e aguarda apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Intentou também, o Ministério Público Federal, ações civis públicas, muitas delas objetivando a condenação (de agentes acusados de praticar atos de tortura, homicídio e de compactuarem com o regime ditatorial) à perda de funções públicas, aposentadorias, bem como o ressarcimento do erário público (União Federal), que suportou a indenização aos familiares dos mortos e desaparecidos, vítimas do regime de exceção.

Na consulta realizada, seja no *site* do próprio Ministério Público Federal, seja da Justiça Federal, constata-se que as ações não tiveram respaldo perante o Poder Judiciário, ou estão em andamento, algumas já com sentenças de improcedência em primeira instância, mas todas com trâmite moroso, considerando-se a data dos fatos ocorridos, o que comprometerá certamente a efetividade de eventual sentença favorável ao Parquet.

⁴³ Subseção Judiciária de Marabá-PA, 2ª Vara, autos nº 1162-79.2012.4.01.3901.

4. O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Conforme procuramos demonstrar, o direito ao esquecimento consiste num direito natural do ser humano, sendo inerente à condição humana e independente de expressa previsão legal ou constitucional.

Mas sendo ele umbilicalmente ligado à memória, pode o seu conteúdo ser retirado a partir de diversos valores que limitam o direito à memória.

Na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, temos valores que amparam uma tutela à memória, como a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação do pensamento. De outro lado, há princípios ou valores que apontam no sentido da tutela do esquecimento, como a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a vida privada, a pacificação com justiça, a reabilitação criminal, dentre outros.

4.1. Normas jurídicas: regras e princípios

Em todas as hipóteses, relacionadas à temática do esquecimento, sempre ocorre um conflito entre valores presentes no ordenamento. Via de regra, entre a liberdade de imprensa ou liberdade de manifestação do pensamento, de um lado, e, de outro, a intimidade ou a vida privada, ou mesmo o direito à imagem.

Devemos, de início, pontificar que as normas jurídicas são divididas em duas modalidades: as regras e os princípios.

Numa primeira aproximação do tema, regras são espécies de normas que obedecem a uma lógica de hipótese e conclusão. Há a previsão, nas regras, do acontecimento de algum fato como necessário ao desencadeamento de uma conclusão. Possuem, assim, um caráter hipotético-condicional. Some-se a isso o fato de obedecerem, elas, a uma lógica do “tudo ou nada”. Ou ocorre a situação fática, prevista hipoteticamente na regra, e elas têm aplicação, ou não acontece, e a situação nela não se encaixa.

Já os princípios não são formulados, ao menos na sua redação, através de um preceito hipotético-condicional. Os princípios são espécies de normas jurídicas

que carregam grandes valores, que normalmente servem de orientação na construção das normas jurídicas. São, assim, normas com grande conteúdo axiológico, valorativo. É possível que os princípios coexistam, ou sejam ambos aplicados diante de uma situação conflituosa. Podem estes ser imbricados, harmonizados conjuntamente.

O mesmo não se passa com as regras. Se ocorre o conflito, uma delas há que ser afastada.

ALEXY (2012, p. 90) destaca sobre esta questão:

[...] princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já as regras, na visão do mesmo autor, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas [...] regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. (ALEXY, 2012, p. 91)

Entre nós, BARROSO se debruçou sobre o tema, para diferenciar regras de princípios. Merece transcrição seu ensinamento:

Quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados.

Quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;

Quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação. (BARROSO, 2010, p. 318)

Estabelecida esta diferença, está claro que, no direito pátrio, não há uma regra e nem mesmo um princípio a amparar diretamente um direito ao esquecimento.

Poderia o direito ao esquecimento ser entendido como um direito da personalidade, como uma interpretação a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à intimidade, ou da vida privada. Mas, sem dúvida alguma,

resulta de uma atividade intelectual, de uma construção a partir de regras e outros princípios expressos ou implícitos.

De outro modo, a memória e a liberdade de imprensa, ou manifestação de pensamento, estão afirmadas em regras e princípios constitucionais e conflitam, em diversas hipóteses, com o direito ao esquecimento.

Acerca do conflito entre a liberdade de imprensa e a intimidade/vida privada, que fundamentam o direito ao esquecimento, leciona SAMPAIO (2013, p. 283) que “não há como se antecipar, de modo absoluto e cadente, uma prevalência abstrata de um ou outro direito fundamental”.

E continua:

Tudo depende da situação de conflito, a considerarem-se, por exemplo, o tipo de informação captada e publicada, o lugar da captação, o comportamento do titular do direito, o interesse público e a objetividade da divulgação da notícia. (SAMPAIO, 2013, p. 283)

Há um princípio ou valor constitucional a fundamentar o direito ao esquecimento? O que seria o direito ao esquecimento?

O direito ao esquecimento é a limitação do princípio da liberdade de imprensa ou liberdade de manifestação de pensamento para o fim de tutelar um outro direito/princípio, por exemplo a intimidade ou a dignidade da pessoa humana, tendo como embasamento o decurso de um lapso temporal e uma mudança de comportamento do indivíduo, ou uma ausência de correspondência entre a situação fática anteriormente ocorrida e a atualidade da personalidade retratada.

Pode este conflito ser representado esquematicamente da seguinte forma:

Liberdade de imprensa/manifestação de pensamento

X

intimidade/vida privada/dignidade da pessoa humana/ressocialização do
condenado

+ decurso de tempo e mudança de comportamento.

Há quem não encontre qualquer princípio constitucional a embasar um direito ao esquecimento. Neste sentido MARTINS NETO e PINHEIRO (2014) afastam qualquer embasamento constitucional a um direito ao esquecimento, focalizando a prevalência única da liberdade de expressão, enxergando apenas a possibilidade de limitação desta última nos casos de justificativas não consequencialistas. Analisam, estes Autores, toda a casuística envolvendo o tema do direito ao esquecimento a partir da necessidade ou não de proteção à liberdade de expressão. Admitem, assim, no máximo um direito ao isolamento, nunca ao esquecimento.

Na mesma linha, BINENBOJM (2017) assim se posicionou acerca do direito ao esquecimento na audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal:

[...] um direito que é conceitualmente incerto [...] uma espécie de direito à amnésia coletiva, à queima dos arquivos da sociedade [...] inservível, a meu ver, a se elevar à condição de um contravalor justificável para limitar direitos preferenciais, como são os direitos à liberdade de expressão e de informação.⁴⁴ (2017)

Realmente a disputa é inglória. A liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento estão expressas em textos constitucionais.

O direito ao esquecimento não está expresso em qualquer artigo ou princípio com esta denominação específica. Segundo pensamos, trata-se de um direito natural do homem, que possui ligação direta com a dignidade da pessoa humana e os princípios da proteção à intimidade e à vida privada.

Vejamos, pois, os conteúdos de referidos princípios para, a seguir, buscar uma luz na solução do conflito.

4.2. A intimidade/vida privada

O princípio que fundamenta a proteção à intimidade ou vida privada está situado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dentro do rol de direitos e garantias individuais.

⁴⁴ Audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 12.06.2017 no Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, RELATOR MINISTRO DIAS TOFFOLI, disponível em www.stj.jus.br

Sobre o princípio da proteção à intimidade, SAMPAIO leciona:

O direito à intimidade se apresenta como direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas [...] O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção do direito à intimidade, como o faz em relação do direito geral à vida privada, a partir de suas múltiplas ligações com princípios e regras constitucionais [...] (2013, p. 281/282)

O autor liga o direito à intimidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil. Situa, ademais, o direito ao esquecimento como faceta de proteção ao direito à intimidade:

Integra a intimidade o direito ao esquecimento, desde, evidentemente, que o 'contratante' tenha mudado de comportamento, passando a valorizar o mundo do recato e o recolhimento aos olhos do público [...] (SAMPAIO, 2013, p. 283)

O direito à intimidade teve largo desenvolvimento doutrinário em outros países, podendo ser realçado o direito norte americano. *The right of privacy*, ensina LIMBERGER (2007, p. 55), surgiu a partir de criação de Samuel Warren e Louis D. Brandeis, este último posteriormente nomeado Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. O desenvolvimento teórico partiu do direito de propriedade, que se estende não apenas a bens materiais, mas também a bens imateriais. Outra premissa para o desenvolvimento parte do direito à liberdade, que asseguraria direitos civis.

Com base nestas duas premissas, do direito à liberdade e da extensão do direito de propriedade, os autores mencionados desenvolveram a doutrina da *privacy*. Na argumentação, mostraram que referido direito existia na *common law* há mais de cento e cinquenta anos.

LIMBERGER (2007, p. 56) destaca as seguintes características da *privacy*:

- a) O direito à intimidade não impede a publicação daquilo que é de interesse público e geral [...]
- b) O direito à intimidade não proíbe a informação sobre um tema, inclusive sendo este de natureza privada, caso a publicação seja feita em circunstância em que, conforme a lei, seria qualificada de informação privilegiada [...]

- c) O direito à intimidade não é afetado caso a publicação se faça de forma oral e sem causar danos especiais;
- d) O direito à intimidade não é violado com a publicação dos fatos pelo indivíduo, ou com seu consentimento;
- e) A veracidade do que se publica não supõe uma defesa [...]
- f) A ausência de má-fé não pode ser oposta.

A mesma autora menciona o reflexo da proteção da *privacy* na jurisprudência norte-americana, em trabalho desenvolvido por Willian Prosser. Segundo este doutrinador, haveria quatro situações distintas de tutela da *privacy*, ou seja, (1) a intromissão na solidão da vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados, (2) a divulgação de fatos embaraçosos que afetam o cidadão, (3) a publicidade que poderia desprestigiar o indivíduo ante a opinião pública e (4) a apropriação do nome ou do aspecto físico do litigante. (PROSSER, 1960, p. 389, apud LIMBERGER, 2007, p. 57)

Para COSTA JR., o direito à intimidade decorre da liberdade e abarca um rol extenso de manifestações, como o direito à imagem, à defesa do nome, da obra intelectual, o direito ao segredo (doméstico, epistolar, documental, profissional), inclusive o direito à voz. (COSTA JR., 1970, pp. 48-49)

O direito à intimidade integra, na visão desse Autor, a categoria dos direitos da personalidade, ou seja, constitui um atributo da personalidade, por ser inato, inerente ao ser humano. (COSTA JR., 1970, p. 47)

4.3. A dignidade da pessoa humana

Para traçar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, socorremo-nos da lição de BARZOTTO, que parte da tese de Carl Schmitt no sentido de que “todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”, sendo a dignidade “o resultado da secularização da crença judaico-cristã do homem como imagem de Deus, que tornou acessível à razão um conceito originalmente teológico”. (BARZOTTO, 2010, p. 19)

A dignidade da pessoa humana pressupõe, inicialmente, o conceito de pessoa, que também é um conceito teológico. Para tanto, BARZOTTO ancora-se na lição de VAZ:

Sabemos que o conceito de pessoa na cultura ocidental surgiu, como de sua fonte mais profunda, da presença do Fato do Cristo como

matriz de uma nova ideia do homem que acabou sendo formulado no campo da racionalidade analógica aberto pela revelação da Pessoa divina feito homem. (VAZ, 2000, p. 232, apud BARZOTTO, 2010, pp. 19-20)

E conclui no sentido de que “estendido analogicamente ou comparativamente o conceito de pessoa, nos seus elementos de existência, alteridade e subjetividade, da divindade ao ser humano, tem-se o conceito de pessoa humana”. (BARZOTTO, 2010, p. 20) O conceito de dignidade – continua - aponta para um reconhecimento da pessoa, que seria uma adequada atitude em relação a ela. Pessoa humana e reconhecimento são os dois pontos constitutivos deste princípio da dignidade da pessoa humana e desenvolvidos na obra mencionada.

Referido jurista ensina que foi Santo Agostinho quem retoma, com base em Tertuliano (155-220 d.C.), a utilização do termo pessoa (persona) para designar os membros da Trindade, indicativo de um ser concreto e não uma espécie à qual ele pertence. (BARZOTTO, 2010, p.21)

Com efeito, os termos filosóficos substância (entendida como o universal), natureza (enquanto princípio de ação) e essência (enquanto modalidade distintiva do ser) são inadequados para a diferenciação entre Pai, Filho e Espírito Santo, pois os três possuem uma mesma substância, natureza e essência.

Nas palavras do Bispo de Hipona:

[...] quando nos referimos à pessoa do Pai, não queremos dizer outra coisa senão a substância do Pai. Por isso, como a substância do Pai é o próprio Pai, não enquanto Pai, mas como ser, assim a pessoa do Pai é simplesmente o próprio Pai. Recebe a denominação de ‘pessoa’ não em relação ao Filho ou ao Espírito Santo, mas em referência a si mesmo. (SANTO AGOSTINHO, 1995, p. 252)

E conclui BARZOTTO afirmando que “a pessoa humana não é a natureza humana, mas o ato de existir de uma natureza humana” e arrematando que ela “abrange suas determinações concretas, não só na sua essência (racionalidade, sociabilidade), mas também nos acidentes que acompanham necessariamente a concretização dessa essência [...]” (BARZOTTO, 2010, p. 23).

O segundo elemento da pessoa, ensina BARZOTTO, é a alteridade ou o caráter relacional do ser humano. Pessoa, assim, é termo relativo a outrem:

[...] pessoa, porém, é termo relativo. Assim, dizemos três pessoas: Pai, Filho e Espírito Santo, como dizemos três amigos, três parentes ou três vizinhos, porque o são reciprocamente e não com relação a si mesmos. Cada um desses amigos é amigo dos outros dois parentes ou vizinhos, já que esses termos são relativos. (SANTO AGOSTINHO, 1995, p. 252)

BARZOTTO continua, agora baseado na lição de Spaemann, ensinando que a pessoa possui um terceiro elemento, denominado 'diferença interna' que o separa de sua natureza humana, de sua essência, tornando um ser único e irrepetível.

O homem não é identificado com a natureza humana (naturalismo) nem é independente de sua natureza humana (subjetivismo), mas é “sempre um certo modo de realização livre da humanidade (animalidade, racionalidade, sociabilidade)”. (BARZOTTO, 2010, p.28)

E arremata, afirmando que “se o ser humano fosse determinado por sua natureza, não falaríamos de ‘pessoa’. Mas se o seu agir fosse completamente livre da natureza humana, não poderíamos falar de pessoa ‘humana’”. (BARZOTTO, 2010, p.28)

Não basta, no entanto, a definição filosófica de pessoa humana para a delimitação do princípio sob comento, sendo necessária a “práxis” do reconhecimento concluir pela efetividade do princípio.

O portador de dignidade merece (é digno) de ser tratado como pessoa. Daí a dignidade da pessoa somente pode ser aferida diante da “práxis”.

SARLET captou bem este aspecto, entendendo que a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2013, p. 126)

A dignidade da pessoa humana é passível de reconhecimento, sendo matéria de constatação, não de argumentação:

A dignidade da pessoa humana, o valor de cada ser humano como pessoa, é matéria de constatação, e não de argumentação. Por isso, não há como ponderá-la com quaisquer princípios, regras, conveniências, etc. O fundamento não pode ser ponderado com o fundamentado, o absoluto com o relativo. (BARZOTTO, 2010, p. 37)

Sobre o princípio em questão, NUNES JUNIOR ensinou com precisão que ele exige que:

[...] o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, que nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 114)

O princípio da dignidade da pessoa humana reclama que o indivíduo seja tratado com respeito na sua individualidade, nas suas opiniões e crenças, como um ser único e irrepetível, capaz de se desenvolver em todos os aspectos, físicos, emocionais, culturais, isto é, de autodeterminar-se.

É princípio que se dirige às demais pessoas e também ao Estado. Às demais pessoas, voltado ao respeito e consideração da diferença e da individualidade. Ao Estado, no sentido de implementar políticas públicas no sentido de garantir um mínimo existencial que propicie o desenvolvimento da pessoa em todos os aspectos, físico, psíquico, intelectual, cultural. Também ao Estado, especialmente ao Estado brasileiro, caracterizado pela miscigenação dos povos, com vistas a implementar o respeito à diversidade e isonomia entre todos.

Neste ponto, MAURMO (2016, pp. 27-28) muito bem leciona que a dignidade da pessoa humana não é algo abstrato, passivo, que exija apenas proteção, mas demanda promoção:

Pertencente a todos, de maneira igual e indistinta, independentemente de uma conduta repreensível, a dignidade é ostentada pelo indivíduo, através de sua autonomia, e funciona para o Estado não só como limite à sua intervenção na esfera individual, mas também como tarefa. Mais que proteção, ela requer, sobretudo, promoção, demandando, para isso, a criação de condições que garantam o livre desenvolvimento da personalidade, de acordo com a autonomia e o projeto pessoal de cada indivíduo.

Dentro do tema relacionado às novas tecnologias, constitui direito fundamental o acesso à internet, bem como que seja assegurado às pessoas o controle com relação à imagem e informações suas que são inseridas nesta importante ferramenta.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Constituição brasileira de 1988, já no artigo 1º, inciso III⁴⁵ e no artigo 226, § 7º, ao tratar da família, para dar fundamento ao planejamento familiar.⁴⁶

Curiosamente, MAURMO (2016, pp. 17/18) lembra que é princípio presente em diversas Cartas Constitucionais no mundo, inclusive de países não democráticos, como a China ou o Irã, estando previsto, ainda, no Código Canônico. Na Constituição do Irã, o princípio está estampado já no artigo 2º, ao colocar a dignidade como ponto (fundamento) da Revolução islâmica.⁴⁷ Na Constituição da China, o mesmo princípio está presente no artigo 38.⁴⁸

Constitui, desta forma, vetor fundamental a orientar as relações no Estado brasileiro.

4.4. A liberdade de expressão

⁴⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana

⁴⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴⁷ Artigo 2º A Revolução islâmica é um sistema baseado na fé nos seguintes pontos:

1. No Monoteísmo (como se conclui da frase, "Não há outra Divindade senão Deus").
2. Na Sua Soberania e no Seu Poder de Legislar, que só a Ele pertence e na necessidade de nos submetemos a Ele.
3.

7. Na Dignidade do ser humano e nos nobres valores da humanidade que ultrapassam os humanos e na liberdade e na sua responsabilidade perante Deus as quais podem ser extraídas.

Disponível em <<http://brasil.mfa.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid:424&pageid=28469>> acesso em 12.10.2017

⁴⁸ Artigo 38. A dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China é inviolável. São proibidos o insulto, a calúnia, as falsas acusações ou as difamações dirigidas contra os cidadãos, por qualquer meio.

Disponível em <http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_constituicao_chinesa_1982.pdf> acesso em 12.10.2017

A liberdade de expressão representa valor fundamental dentro das ordens jurídicas democráticas, verdadeiro pilar da democracia.

Sobre a liberdade de expressão, SARMENTO ensina que ela envolve duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva:

Na sua dimensão subjetiva, ela é, antes de tudo, um direito negativo, que protege os seus titulares das ações do Estado e de terceiros que visem a impedir ou a prejudicar o exercício da faculdade de externar e divulgar ideias, opiniões e informações. Tal direito opera em dois momentos distintos: antes da ocorrência das manifestações, para protegê-las de todas as formas de censura prévia, e depois delas, para afastar a imposição de medidas repressivas de qualquer natureza, em casos de exercício regular da liberdade de expressão.

Já a dimensão objetiva da liberdade de expressão deriva do reconhecimento de que, além de direito individual, ela acolhe um valor extremamente importante para o funcionamento das sociedades democráticas, que deve ser devidamente protegido e promovido. Este valor deve irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, guiando os processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral. (SARMENTO, 2013, p.256).

Na sua óptica, referido princípio não constitui um direito absoluto, muito embora tenha uma primazia, situando-se num “elevado patamar axiológico na ordem constitucional brasileira, em razão da sua importância para a dignidade humana e a democracia”. (SARMENTO, 2013, p. 257)

Já na visão de MAURMO (2016, p. 60) a liberdade de expressão contempla quatro dimensões ou vertentes. Uma primeira dimensão é a substancial, consistente no direito de pensar, de raciocinar, que é inerente à natureza humana.

A segunda dimensão se refere ao caráter instrumental, que garante os meios necessários à manifestação do pensamento. Entrariam nesta vertente as liberdades comunicativas, a liberdade de imprensa, de informação, de radiodifusão.

A terceira é a subjetiva e individual, consistente na capacidade de formar sua própria opinião livremente, sem interferências por parte das demais pessoas ou do Estado.

E a quarta é a individual coletiva, justamente aquela ligada ao direito de o indivíduo se expressar em comunidade e contribuir para a formação da vontade coletiva democrática.

Todas estas dimensões estão interligadas. Um indivíduo existe, logo pensa. Pensando livremente, forma suas ideias sobre os mais variados temas relevantes para a sociedade. Expondo seus pontos de vista, a partir dos instrumentos existentes, contribui para a formação da vontade pluralista presente nas sociedades democráticas.

A mesma autora esclarece, muito acertadamente, que a liberdade de expressão não é um fim em si mesmo (MAURMO, 2016, pp. 63-64). Trata-se de um direito que objetiva a participação em sociedade, a busca pela verdade histórica, a autoafirmação pessoal, o pleno desenvolvimento do indivíduo enquanto ser dotado de dignidade. A dignidade da pessoa humana dá fundamento para este direito, mas ao mesmo tempo constitui um freio para o seu exercício, na medida em que a liberdade de expressão não pode se prestar a ferir a dignidade das demais pessoas.

Apesar de seu destaque, especialmente nos países democráticos, não se trata, à evidência, de um direito absoluto, reclamando o equilíbrio com valores opostos, como a intimidade, a vida privada ou a dignidade das demais pessoas expostas ou retratadas através da manifestação do pensamento.

Seria um verdadeiro contrassenso que a liberdade de expressão, tutelada, dentre outras finalidades, para assegurar a formação da personalidade, viesse justamente a desrespeitá-la, a partir da divulgação de fatos falsos, deturpados, ou que não correspondem à atual imagem da pessoa retratada. (TAVARES, 2005, p. 189)

Aqui surge o direito ao esquecimento, como freio à utilização desmesurada da liberdade de expressão.

A discussão está apenas começando e o tema envolve variáveis diversas e situações fáticas bem díspares, o que certamente implicará em soluções, ora privilegiando um valor (liberdade de expressão/liberdade de imprensa), ora outro (intimidade/vida privada). É o que tentamos propor no tópico seguinte.

4.5. Fundamentos para um direito ao esquecimento

Como já sustentamos, o direito ao esquecimento é um direito natural do homem, algo inerente à sua condição de pessoa.

Trata-se de uma proteção contra a divulgação de uma imagem do passado que não condiz com a atual situação. Ele tem por objetivo impedir a divulgação destes fatos pretéritos, ainda que verídicos, mas que estão descontextualizados.

Não investe ele contra a história. Não tem por objetivo apagar os fatos ou a imagem do passado, mas apenas dificultar ou impedir a divulgação em determinadas situações, em proteção a um direito da personalidade, inerente ao homem.

Enquanto o direito à memória histórica está dirigido à proteção dos fatos relevantes para a sociedade, o direito ao esquecimento está dirigido à proteção da pessoa. Muito embora sejam, a princípio, aparentemente opostos e conflitantes, estes valores são conciliáveis.

É possível a manutenção dos fatos, sejam ou não eles históricos, e ao mesmo tempo a tutela do direito ao esquecimento.

Mas, além de ser um atributo de sua personalidade, pode o direito ao esquecimento ser extraído a partir dos valores existentes no ordenamento jurídico, seja a nível constitucional, seja a nível legal, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção à intimidade e à vida privada, além de um princípio maior que orienta a própria existência do Direito e o Direito Processual que é a busca pela Paz, a Pacificação com Justiça.

No âmbito criminal, já o artigo 5º estabelece uma série de garantias ao acusado e ao condenado, como não ficar preso mais do que o tempo da condenação, determinando a indenização (inciso LXXV), garantindo-se o devido processo legal e o contraditório (incisos LIV e LV), bem como a duração razoável do processo e a individualização da pena (XLVI).

Dos princípios do artigo 5º da Constituição (inciso XXXV) e legislação processual civil e penal, conclui-se como verdadeiro escopo do processo a pacificação com justiça.

Tanto isso é verdade, que o Código de Processo Penal determina restrição à divulgação acerca de condenação do réu reabilitado no artigo 748.⁴⁹

Do mesmo modo, a legislação consumerista brasileira (lei nº 8.078/90) estabelece a proteção contra a divulgação de fatos desabonadores, em seu artigo 43, vedando a presença de informações, ainda que verídicas, relacionadas a fatos antigos ocorridos há mais de cinco anos.⁵⁰

Diversos institutos vêm ao encontro desta ideia, como a prescrição, a decadência, a coisa julgada e o direito adquirido, que trabalham com a ideia de pacificação de conflitos tendo em vista o decurso de um lapso temporal. Podemos lembrar, ainda, no âmbito do direito processual civil, a limitação temporal para o manejo da ação rescisória, presente no artigo 975.⁵¹

De outra banda, vários dispositivos da legislação processual afirmam este objetivo de pacificação com justiça, podendo-se mencionar os artigos 4º a 6º do Código de Processo Civil.⁵²

A ideia de pacificação com justiça caminha conjuntamente com uma necessidade de esquecimento das situações já estabilizadas. O direito tem esta

⁴⁹ Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

⁵⁰ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º 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.

⁵¹ Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

⁵² Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

finalidade de, além de disciplinar a vida em sociedade, igualmente solucionar eventuais conflitos existentes.

A constante rememoração dos fatos e das feridas acabaria por eternizar os conflitos, o que é refutado pelo direito em sua teleologia.

Constitui, ademais, princípio da República Federativa do Brasil a busca pela paz nas relações internacionais e a solução pacífica dos conflitos. Na ordem interna, com mais razão ainda, o direito está permeado por este objetivo de pacificação.

O sistema jurídico está ainda indelevelmente marcado por uma visão otimista, uma crença na recuperação e melhora da pessoa, que conflita com a constante e desnecessária rememoração de fatos negativos.

O direito ao esquecimento caminha conjuntamente com esta finalidade máxima, otimista, esperançosa, pacificadora. Em sua gênese, o esquecimento esteve ligado à figura do condenado reabilitado, para protegê-lo, impedindo a eterna lembrança dos fatos delituosos.

Nos dias atuais, ganha conotação mais ampla, para proteger o ser humano na sua intimidade, como verdadeiro freio ao excesso de poder, quando usado abusivamente, sob o pretexto de uma liberdade de imprensa ou de informação.

Muito embora haja diversos valores, presentes no ordenamento, que apontem e deem fundamento para se defender a existência de um direito ao esquecimento, pensamos que ele pode ser abstraído diretamente destes valores mencionados que são, na verdade, um freio ao direito à memória. O fato de existir uma tutela jurisdicional de uma situação fática (a memória), é retrato da necessidade de uma proteção desta situação diante de outra, preliminar e pré-existente, que é justamente o esquecimento. Simplesmente a ordem jurídica não o tutelou expressamente em uma norma, mas sua proteção advém da própria aplicação da memória na justa medida.

O que pretendemos demonstrar é que, assim como o esquecimento preexiste à memória, também o fundamento de um direito ao esquecimento é exatamente a aplicação exata, e na devida medida, de um direito à memória. Além de ser o direito ao esquecimento um direito natural, inerente à condição de pessoa, ele também está

implícito em diversos valores que opõem o direito-irmão, podemos assim dizer, do esquecimento, que é a memória.

O que embasa a argumentação acima é mais amplo do que o conflito entre memória e esquecimento. O direito estatal, seja a nível Constitucional ou legal, em determinados conflitos entre valores opostos, por razões diversas, entendeu por bem positivar apenas um dos valores. Foi o que ocorreu, no direito brasileiro, com o conflito entre vida e morte.

O direito à vida está positivado na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º 'caput'). E o direito à morte? É mencionado apenas no caso de guerra externa, quando admite a pena de morte, no mesmo artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a".

E nas situações extremas, de tratamento, como fica o direito de abreviar a vida, ou de não se submeter a tratamento?

Geralmente ou são objeto de previsão pelo direito penal, tipificando algumas condutas, e logicamente autorizando condutas contrárias, ou a argumentação em sentido contrário costuma fazer referência a um princípio da 'dignidade da pessoa humana', como verdadeiro 'coringa' para embasar um direito à morte não positivado expressamente.

É o que foi feito no julgado colacionado por SCHREIBER (2014, p.64) que, ao tratar do tema do testamento vital, trouxe Acórdão emblemático do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, autos nº 40054988266, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Irineu Mariani, D.J. 27.11.2013:

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se

admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do C.C. proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

5. Apelação desprovida.

A dignidade da pessoa humana, no entanto, é valor que orienta tanto um direito à vida, como um direito à morte, no sentido de uma vida digna.

O direito à morte, à morte com dignidade, nada mais é do que uma limitação ao direito à vida, este positivado constitucionalmente, que é um valor não absoluto, limitado por outros valores. Simplesmente não foi positivado expressamente no texto constitucional.

A solução para limitar o direito à vida têm sido o argumento de um outro valor, ou princípio da dignidade da pessoa humana, para sustentar que o direito à vida é qualificado pela dignidade, podendo ser abreviada na hipótese de uma ausência de dignidade.

Algo semelhante ocorre com o conflito entre memória e esquecimento.

Tendo em vista que o Brasil advém de período ditatorial, sendo uma constituição marcadamente democrática, resta evidente em diversos dispositivos o enaltecimento dos valores ligados à democracia, como a liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento, a proteção à memória individual ou coletiva.

Não há alusão expressa, no texto constitucional, a um direito de ser esquecido, um direito ao esquecimento, algo que à primeira vista vem na contramão dos valores democráticos, tão caros e com uma conquista tão árdua para a sociedade.

Essa omissão, no entanto, não significa uma ausência do direito. Decorre ele, naturalmente, da existência de um direito à memória, como resultado justamente da fixação dos contornos deste último. A positivação expressa apenas de uma tutela à memória não afasta o momento anterior, “de jusnaturalização, de divinalização ou de

modo geral, de uma concepção de justiça desenraizada da ideia de Estados soberanos ou de ordens jurídicas específicas” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 38). E neste momento anterior sempre houve, conjuntamente, a memória e o esquecimento.

A existência de um direito ao esquecimento não significa um apagamento da história, da memória. O direito ao esquecimento é uma tutela da privacidade, da intimidade, da personalidade, quando uma imagem ou um fato pretérito não condiz com a atual situação retratada.

Esta rememoração do fato passado, ou da imagem passada, prejudica hoje o indivíduo, que pode buscar, através do direito ao esquecimento, impedir ou dificultar a contemporânea exposição daqueles fatos pretéritos. É o ensinamento de SCHREIBER (2017):

Trata-se, assim, essencialmente, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é. Não se trata, portanto, de um direito a serviço do ocultamento ou da mentira, mas, sim, da verdade. Não se trata de um direito contra a história, mas de um direito a favor da história completa que não apresente o ser humano apenas por meio de um rótulo do passado, o qual não mais corresponde à realidade.⁵³

Para traçarmos, assim, os contornos de um direito ao esquecimento, entendido como proteção ao abuso da memória ou do exercício de informação, precisamos estabelecer os limites máximos deste último direito. É o que tentaremos desenvolver no próximo tópico.

4.6. Proposta de solução dos conflitos na temática da memória e esquecimento no Direito Estatal

Expostos os valores existentes no conflito entre memória e esquecimento, foram separados os diversos casos levados à apreciação do Direito Estatal, de acordo com a peculiaridade de cada qual.

⁵³ Audiência pública realizada em 12.06.2017 nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, disponível em www.stf.jus.br

Na oportunidade, divisamos os julgados (1) na tutela do esquecimento do lado do condenado absolvido, (2) na tutela do esquecimento sob a óptica da vítima ou familiares, (3) no direito ao esquecimento e o tema das biografias não autorizadas, (4) no direito ao esquecimento ligado à rede mundial de computadores, a que podemos acrescentar dois outros temas, (5) memória e esquecimento relacionado à ditadura e justiça de transição (ditadura/anistia) e por fim o tema (6) da memória e os grandes acontecimentos da história.

Muito embora as soluções encontradas nestas hipóteses devam ser díspares, relacionamos a seguir seis fatores/elementos que influenciam as decisões acerca do debate entre memória e esquecimento.

Na primeira coluna são relacionados os elementos que dizem respeito ao fato ou à pessoa; na segunda, são listados os fatores que predispõem a uma decisão favoravelmente à memória e, na terceira, aqueles que, ao contrário, indicam o prevailecimento do esquecimento:

Preferência: Referencial:	Memória	Esquecimento
1. Fato	Relevância/historicidade	Irrelevância
2. Fato	Veracidade	Falsidade
3. Fato	Atualidade	Antiguidade
4. Pessoa	Personalidade pública	Anonimato
5. Pessoa	Não identificação	Identificação
6. Pessoa	Ausência de mudança de comportamento/não cumprimento de pena	Mudança de comportamento/cumprimento de pena

4.6.1. Relevância ou historicidade dos fatos envolvidos

O primeiro fator a ser considerado no debate entre a memória e o esquecimento é a relevância para a sociedade, ou interesse histórico dos fatos retratados. Inserimos dentro deste tópico desde o interesse para a história, como também o interesse para uma ciência qualquer.

A divulgação pode se referir aos grandes acontecimentos da história da humanidade, como as grandes guerras, o holocausto, assim como estar relacionado a fatos de um determinado país.

Colocamos, ainda, neste item, os fatos que interessam a uma ciência específica, como os crimes famosos, que possuem interesse para a criminologia, para o direito penal e processual penal, assim para a sociedade como um todo, que deve ter rememoração, principalmente para tomar conhecimento, refletir acerca dos ilícitos e prevenir reincidências.

Quanto a este tópico, entendemos que os grandes acontecimentos da história da humanidade, como o holocausto, nunca devem ser objeto de esquecimento, muito embora determinados aspectos possam ser mais bem estudados pela história e demais ciências, de modo a uma melhor compreensão.

Em se tratando deste fator ou elemento, podemos afirmar que a relevância histórica é condição quase que suficiente no sentido da decisão a favor de memória e contra o esquecimento.

4.6.2. Veracidade ou falsidade dos fatos

Outro fator importante diz respeito à veracidade ou falsidade dos fatos retratados.

Não há que se permitir, de maneira alguma, a veiculação de fatos falsos, nem mesmo sob o pretexto de uma pretensa proteção à liberdade de imprensa, aliado ao fato de a pessoa retratada ser pública, ou da relevância histórica da divulgação.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça, no tema das biografias não autorizadas, tem afirmado a prevalência da liberdade de manifestação do

pensamento, afastando a tutela da intimidade sob o argumento da impossibilidade de uma censura prévia.⁵⁴

Pensamos, no entanto, que a despeito desta prevalência inicial da liberdade de imprensa, que veda a censura prévia, autorizando *prima facie* a divulgação, nada impede que, *a posteriori*, diante da falsidade dos fatos narrados, venha o prejudicado a buscar tutela jurisdicional no sentido da retificação, reparação de danos e até a retirada das obras ou programas veiculados, tutelando-se assim o esquecimento.

Este critério é importante na decisão, mas não é determinante. Isto porque a veiculação de fatos verdadeiros não é impeditivo à tutela do esquecimento. É o que ocorre na hipótese em que o condenado cumpriu a pena imposta. Mesmo diante da veracidade dos fatos, há a possibilidade de reclamar o esquecimento, com o objetivo de tutelar a intimidade e vida privada, especialmente com vistas à ressocialização.

Novamente nos socorremos do ensinamento abalizado de SARMENTO (2013, p. 258):

[...] a questão da veracidade dos fatos reportados funciona aqui de maneira peculiar: a inveracidade comprovada é certamente um fator que pode justificar eventuais restrições à liberdade de expressão, mas a veracidade não é argumento definitivo contra a proteção da privacidade.

E conclui: “[...] afinal, tal direito compreende a faculdade do titular de não ver revelados a terceiros aspectos íntimos verdadeiros da sua vida”.(SARMENTO, 2013, p. 258)

Na mesma linha, LIMBERGER (2007, p.56), ao citar a evolução da *Privacy* nos Estados Unidos, destaca, dentre as suas características, que “a veracidade do que se publica não supõe uma defesa”, ou seja, “essa área do direito não se preocupa com a veracidade ou falsidade do publicado” [...] “a reparação é por ofensa ao direito à intimidade”. (LIMBERGER, 2007, p. 56)

⁵⁴ Supra, item 2.6

A tutela à intimidade - arremata - independe da veracidade ou falsidade, assim também não questiona sobre a boa ou má-fé de quem viola o direito. (LIMBERGER, 2007, p. 56)

A veracidade acerca dos fatos divulgados não impede a tutela do esquecimento, mas a falsidade das notícias é sempre um forte elemento no sentido da tutela à intimidade.

Tecnicamente falando, diante de fatos falsos não estamos propriamente no campo do esquecimento, mas sim de proteção a um outro atributo da personalidade, como a intimidade ou a honra. Neste ponto, BRANCO (2017, p. 174) é categórico ao afirmar não se tratar de direito ao esquecimento, “[...] já que não é algo que se queira esquecer, apagar, mas tão somente informação que, por ser falsa, deve ser combatida por violar outros direitos [...]”.

A despeito de concordar com referido doutrinador, mantemos o tema da falsidade das informações e outros correlatos, como a da biografia não autorizada ou mesmo o tratamento de dados na internet dentro do estudo do direito ao esquecimento pois em todos eles há inegáveis pontos de contato, principalmente no que diz respeito à efetividade da proteção à intimidade e à vida privada.

4.6.3. Atualidade ou antiguidade dos fatos

A atualidade é fator que predispõe a favor da memória, enquanto o longo transcurso do tempo é circunstância que aponta no sentido da tutela do esquecimento.

Também estes aspectos não são determinantes, pois podemos ter tutela do esquecimento, tanto diante de fatos atuais, como de fatos antigos. Um fato atual não verídico, ou mesmo verídico, mas descontextualizado, pode ser objeto de tutela no sentido de se impedir a divulgação.

Evidente que a origem jurisprudencial da tutela do esquecimento deu-se diante da conjugação do fator passagem do tempo (ou antiguidade dos fatos) aliado a uma mudança de comportamento, um redirecionamento na vida do cidadão ou o cumprimento da pena.

O que remanesce importante, na definição da tutela em favor do esquecimento, mais do que uma contagem numérica de determinados anos, é antes a ausência de correspondência entre a imagem atual da pessoa e aquela que se pretende seja retratada.

4.6.4. Notoriedade ou anonimato da pessoa envolvida

A notoriedade durante a vida de uma pessoa tem um preço. A invasão da intimidade da pessoa pública é corriqueira. Qualquer detalhe que possa render um noticiário é objeto das câmeras dos “paparazzi”, das colunas de fofocas dos jornais ou da mídia televisiva. A fama tem um preço; a pessoa famosa não tem paz, não tem sossego.

A luta entre memória e esquecimento neste campo rendeu frutos, no tema conhecido como ‘biografia não autorizada’.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro venceu a proteção à liberdade de imprensa, com interpretação conforme dos artigos do Código Civil, para impedir uma censura prévia e unilateral do biografado, e deixar eventual discussão acerca de abusos para um momento posterior.

Podemos afirmar que o Supremo sinalizou no sentido de não admitir o esquecimento, diante de uma figura histórica ou uma pessoa conhecida, remetendo o controle da liberdade de imprensa para um momento posterior de reparação de danos.

Neste sentido é a lição de SARMENTO (2013, p. 257), em Comentários ao artigo 5º, inciso IV da Carta de 1988:

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a tutela da honra das pessoas públicas – ou seja, daquelas que pelas suas atividades têm uma presença mais marcante no espaço público – é menos intensa no confronto com a liberdade de expressão do que a de cidadãos comuns, uma vez que o debate sobre as atividades das primeiras envolve, em regra, questões de maior interesse social. Ademais, parte-se da premissa que, por desfrutarem de notoriedade, é razoável submetê-las a um regime em que a sua reputação não é, a priori, tão protegida como a dos demais cidadãos.

COSTA JR. (1970, p. 34) também leciona que “se se tratar de pessoa notória, o âmbito de sua vida privada haverá que reduzir-se, de forma sensível”. E continua

justificando que ocorre “porque, no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem” (COSTA JR., 1970, p. 34). Isso não significa que não tenham qualquer direito à intimidade. Estas pessoas possuem um direito à intimidade, embora mais restrito, reduzido ao que o autor chama de “manifestações essenciais da soledade”, ao qual somente terão acesso aquelas pessoas a quem for consentido nela penetrarem. (COSTA JR., 1970, pp. 36-37)

De modo diametralmente oposto, o anonimato tem se mostrado fator favorável na decisão acerca da tutela do esquecimento. É o que pode se depreender a partir do voto divergente no Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, da Ministra Maria Isabel Galotti, acima transcrito⁵⁵, cujo trecho que agora nos interessa reproduzimos novamente:

O episódio de televisão aqui comentado não retratou investigação ou documentário acerca da vida ou de fato que envolvesse personagem da história do País, ou pessoa que, pelo seu modo de vida, por suas atitudes, ensejasse mitigação de seu direito à intimidade, como políticos ou atores famosos [...]

A notoriedade, ou o modo de vida da pessoa retratada, é fator a ser considerado no embate entre memória e esquecimento. Segundo argumentação dos votos divergentes, no Recurso Especial mencionado, o comportamento da pessoa retratada pode inviabilizar futura pretensão no sentido da tutela do esquecimento. É o caso dos atores famosos, ou das pessoas públicas. Por estarem sempre no noticiário, mostra-se praticamente impossível a separação entre a vida pública e a vida privada dessas pessoas.

Se na vida pública pregam um comportamento, eventual deslize na conduta particular logo é divulgada, impedindo qualquer tentativa de se encobrir a verdade. Ao reverso, se estamos diante de um cidadão comum, é possível que ele consiga se proteger e não comprometer sua imagem num segmento de sua vida social, diante de um erro cometido na vida.

Acabamos de tomar conhecimento de uma *notícia criminis* contra cantor brasileiro, acusado de violência doméstica contra a esposa grávida, cantor este encarregado de selecionar talentos infantis. Logo referido fato se alastrou pela mídia

⁵⁵ Supra, item 2.5

televisiva e internet. Certamente a notoriedade do cantor dificultará qualquer tentativa de esquecimento acerca dos fatos, ainda que falsos.

Nada impede, no entanto, que a pessoa que teve uma notoriedade num determinado momento, seja pelo cargo ocupado, seja em virtude de um noticiário, possa posteriormente perder esta notoriedade, voltando à vida do cidadão comum. Neste caso há que se alargar o espectro de proteção da intimidade, a não ser que os fatos envolvendo a pessoa sejam fatos históricos, onde estejam em jogo outros valores ou interesses a tutelar o conhecimento e divulgação acerca da vida pública.

Eventual divulgação deve, desta forma, ser pautada pela veracidade e pelo interesse público, e nunca deve ser premida pela mera curiosidade do público.

Quem pretende maior intimidade, recato, não pode antes ter se comportado na vida em sociedade de maneira contrária, ainda mais em se tratando de pessoas famosas. A exposição pública acaba restringindo o âmbito de proteção de sua intimidade, mas nunca o anulando.

4.6.5. Identificação ou não identificação da pessoa

Outro fator importante, na decisão acerca do conflito, diz respeito à identificação ou não da pessoa objeto de divulgação na imprensa. Os Tribunais têm utilizado este argumento como decisivo em alguns julgados. Como exemplo, temos o caso Lebach 2 já citado, segunda tentativa de documentar um crime que acometeu soldados do exército alemão.

Como já discurremos, o Tribunal Constitucional alemão havia reconhecido o direito ao esquecimento no primeiro julgamento, caso Lebach 1. Já na segunda tentativa, a outra emissora alemã tomou cautelas, principalmente no sentido da não divulgação dos nomes dos envolvidos no crime.

Parece ter sido este um dos argumentos determinantes no sentido de afastar o direito ao esquecimento pretendido pelo condenado. A solução, dada ao caso, pretendeu conciliar os dois princípios envolvidos, ao mesmo tempo permitindo a divulgação e também protegendo a intimidade do ex-detento.

4.6.6. Cumprimento da pena, mudança de comportamento da pessoa ou ausência de atualidade da imagem/informação.

Condição praticamente considerada necessária para a tutela de um direito ao esquecimento, ao menos em sua concepção original, é ter a pessoa modificado seu comportamento negativo ocorrido no passado, mudado sua forma de vida. Trata-se do exemplo clássico do cidadão que cumpriu sua pena fixada pela sentença e pretende a ressocialização, a reinserção à sociedade. Na origem, o reclamo à tutela ao esquecimento acresceu, a esta circunstância da mudança de comportamento, o transcurso de um longo lapso temporal.

Deve o reconhecimento do direito ao esquecimento estar ligado a uma ausência de correspondência entre a imagem, ou informação que se pretende divulgar, e a atual situação do retratado, de modo que a divulgação, hoje, de um fato pretérito, implicaria um prejuízo ao exercício do direito da personalidade.

O surgimento das novas tecnologias, acrescente-se, impõe uma revisão do âmbito de proteção da intimidade, não exigindo mais uma mudança de comportamento, mas impondo uma proteção ao direito da pessoa em escolher qual aspecto de sua vida que pretende retratada nas redes sociais e na internet. Ou seja, a proteção à intimidade está ligada à proteção do conteúdo da informação que está sendo disponibilizada na rede social.

4.7. Ponderação é a solução?

Fixadas as premissas, no sentido de que estamos diante de princípios ao tratar do conflito entre a liberdade de informação, liberdade de manifestação de pensamento, valores estes que consagram a memória e, de outro lado, o esquecimento, resta o questionamento acerca de como o direito estatal busca resolver, na solução dos casos concretos, este embate.

Para muitos autores, a solução, no campo dos princípios, passa pela figura ou técnica da ponderação ou sopesamento. É o entendimento de ALEXY:

O conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão

no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...] (ALEXY, 2012, p. 95)

ALEXY chega ao ponto de estabelecer uma verdadeira fórmula matemática, denominada ‘fórmula-peso’, que tem por objetivo resolver a colisão, especialmente nos casos de conflitos difíceis, os conhecidos “hard cases”. SIMIONI sintetizou a teoria alexiana esclarecendo que o sopesamento objetiva a:

- a) Identificação dos princípios em estado de colisão;
- b) Comprovação do grau de não satisfação de um princípio diante da satisfação do outro ou dos outros;
- c) Comprovação da importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto;
- d) Comprovação dos motivos que justificam a consideração de uma maior importância na satisfação de um dos princípios e uma menor importância na satisfação do outro ou dos outros – que antes Alexy apresentava como uma necessidade de indicação das condições de precedência de um princípio em relação ao outro; e
- e) Indicação das consequências sobre as condições de precedência, quer dizer, indicação das consequências da dotação de um maior peso para um princípio e não para outro. (SIMIONI, 2014, p. 292)

CANOTILHO, por sua vez, em seu festejado ‘Direito Constitucional’, estabelece que “ponderar os princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor” (CANOTILHO, 1993, p. 1203) concluindo que “a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes” (CANOTILHO, 1993, p. 1203). Não deixa claro, em sua obra, no entanto, como é feita, na prática, essa ponderação.

A técnica acabou positivada, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 489 do novel estatuto processual civil.⁵⁶

Estabelecida a definição, surge a indagação se a ponderação é uma técnica interpretativa ou simplesmente uma argumentação para uma tomada de decisão e se ela seria anterior ou posterior ao *decisum*.

⁵⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

...

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

...

**§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
(grifos nossos)**

Segundo pensamos, toda teoria desenvolvida relacionada à ponderação ou sopesamento é falha na sua origem, na medida em que é simplesmente mostrativa, operando no plano lógico, apofântico, nas palavras de MOTTA (2012, p. 192). Não é anterior à decisão, mas posterior e não pode ser fundamento para a decisão que já ocorreu anteriormente, com base em critérios outros.

Já tivemos a oportunidade de discorrer acerca do tema da ponderação:

Este, nos parece, é o ponto principal lecionado por Francisco Motta: uma coisa é o **compreender**, outra coisa totalmente diversa é o **justificar**. **O compreender já ocorreu muito antes do justificar.**

A ponderação, desta forma, não é anterior à atividade interpretativa. O magistrado primeiro interpreta. A norma é criação deste intérprete: nesta criação este intérprete já se utilizou de princípios e de regras para compor sua norma, que necessariamente é prática.

Não há, assim, princípios em conflito cuja solução será buscada através de fórmula peso ou qualquer outra teoria argumentativa. Esta decisão já foi tomada pelo magistrado diante do caso concreto, sua norma, que é construção de sentido a partir da leitura dos artigos de lei, portanto “enunciação enunciada”, devidamente unida às razões que a apoiam. (DIAS, 2016, p. 139, grifos aqui)

Para elaborar a conclusão acima, nos socorremos da lição de MOTTA, mais uma vez, merecendo transcrição:

Essa ‘escolha’ não pode valer (e não vale!) como uma elaboração prévia, que propiciaria, a posteriori, o acesso à compreensão; do contrário: não esqueçamos que o Dasein (ser-aí) já interpretou sempre, e que, como tal, não está em causa um método prévio; por isso, a razão segue com Lenio quando acentua que ‘quando o intérprete do direito diz ‘eu interpreto desse modo porque estou baseado no método tal’, o Dasein se pronuncia (e já se pronunciou desde há muito) como ser-no-mundo’. (MOTTA, 2012, p. 153)

Devemos buscar solução outra, que não uma fórmula matemática ou técnica de sopesamento entre princípios.

A atividade intelectual do órgão julgador há que se basear nos grandes vetores do ordenamento, aliados às características do caso *sub judice*, para concluir no sentido de pender a balança da justiça em favor da memória ou do esquecimento.

Neste sentido, pensamos que os vetores, a orientar o intérprete, são a busca pela paz, pela pacificação e pelo bem. É claro, são apenas orientações, motivo pelo

qual discorreremos acerca dos fatores a serem considerados, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

Ante o exposto, concluímos no sentido da impossibilidade de uma solução unívoca para todos os casos envolvendo a disputa entre princípios tão importantes como a liberdade de imprensa ou de expressão, de um lado, e o princípio da intimidade ou da vida privada, ou mesmo dignidade da pessoa humana, de outro.

Evidentemente que a decisão ideal é aquela que maximiza ambos os princípios, ao mesmo tempo autorizando a divulgação dos fatos com a preservação da intimidade, sem a menção aos nomes das pessoas envolvidas.

No entanto, nem sempre esta solução é possível. Diante da impossibilidade de conciliação, podemos traçar as seguintes orientações:

Entendemos, inicialmente, que podemos vislumbrar na Constituição Federal uma hierarquia previamente estabelecida entre valores ou entre princípios, considerados abstratamente sem levar em consideração o caso concreto.

No entanto, em algumas situações, no conflito entre certos valores estampados em princípios, esta hierarquia não é tão evidente, ou não existe. Pensamos ser este o caso entre o conflito entre memória e liberdade de imprensa, entre memória e um direito ao esquecimento.

De outra banda, o conflito entre princípios é de difícil solução. Como estamos trabalhando no campo de valores, não há regras claras diante de uma situação conflituosa. Podemos dar diversos exemplos de um mesmo conflito onde, em determinado caso, houve prevalência de um princípio e, numa outra situação, ocorreu o inverso, com o princípio anteriormente vencido passando a ser vencedor.

Como dito, não há regras claras para a solução no campo dos princípios. Haveria, então, uma escolha discricionária por parte do Poder Judiciário? Haveria alguma segurança neste campo ou estaríamos à mercê da ditadura do Poder Judiciário?

Pensamos que no campo dos princípios o debate jurídico, a argumentação jurídica deve estar fundamentada nos grandes valores presentes na Constituição Federal e a prevalência de um princípio em detrimento de outro deve ser feita após profundo debate diante do caso concreto. Não se trata de decisão discricionária, mas vinculada aos grandes vetores do ordenamento. Apenas esta vinculação não é tão evidente como quando tratamos com a modalidade de normas jurídicas denominada 'regras'.

Este é o motivo da busca de argumentos a favor de um valor e de outro.

Tomadas estas considerações, via de regra entendemos que há que se privilegiar a memória em detrimento do esquecimento na hipótese de fatos históricos ou de interesse para a sociedade, bem como personalidades históricas, públicas ou famosas. A existência de fatos ou pessoas relevantes ou famosas constitui condição quase que suficiente para a tutela da memória.

Isto não impede que possa haver a rediscussão, ou releitura dos fatos históricos. Cada divulgação dos fatos ocorridos no passado representa uma nova construção dos fatos, uma nova interpretação. Importa que o Judiciário, acaso provocado, há que autorizar a divulgação dos fatos, o que permite e proporciona esta constante reconstrução do passado.

Por outro lado, mostra-se como condição quase que necessária, mas não suficiente, para a tutela do esquecimento, a mudança de comportamento da pessoa, aliada à passagem de um largo lapso temporal. Aqui também pensamos ser possível reclamar o esquecimento para impedir a divulgação de fatos desabonadores e inverídicos ou descontextualizados, mesmo que sem a característica da antiguidade.

A ferramenta da internet representa um complicador extra no tocante à eventual efetividade do direito, na busca pela proteção do esquecimento ou tutela da intimidade. Os danos à vida privada que os tradicionais meios de comunicação, como televisão e jornais escritos, provocavam em alguns dias ou horas, a rede mundial pode levar às vezes minutos ou poucas horas, sem contar que atinge indistintamente o mundo todo, derrubando barreiras ou fronteiras entre países.

Some-se a isso o fato de que o homem, com o computador e a internet, especialmente nas redes sociais, acabou abrindo muitas vezes sua intimidade a uma infinidade de pessoas desconhecidas e mal-intencionadas, tornando fluida ou quase inexistente a fronteira entre o social e o individual, o particular e o coletivo.

O homem da “sociedade líquida” de BAUMAN (2004) corre agora atrás do prejuízo. O problema é que pode ser tarde demais...

A existência da internet compromete totalmente eventual tutela do esquecimento, uma vez que quase sempre é impossível a tutela preventiva, seja pela rapidez do dano praticado, seja pela ausência de ferramenta tecnológica apta a segurar este “monstro” criado, incontrolável.

Essa característica leva, quase sempre, para a seara de eventual recomposição patrimonial a resposta buscada perante o Poder Judiciário, o que no Brasil mostra-se frustrante especialmente diante dos valores pífios das indenizações.

Importante destacar que a existência de um direito ao esquecimento, além de ser um direito natural, decorre de diversos valores presentes no ordenamento jurídico, como a busca pela paz, a não eternização dos conflitos, bem como a partir de uma visão otimista e esperançosa da vida e do homem. Pode ser ele extraído, ainda, da própria existência e tutela de um direito à memória, como verso e reverso da mesma moeda. O esquecimento é o freio necessário ao abuso da memória, desde sempre e, principalmente, na sociedade atual.

5. MEMÓRIA E ESQUECIMENTO NOS OUTROS “DIREITOS”

5.1. O Direito Estatal e os outros “Direitos” em Boaventura de Souza Santos

Até aqui tratamos do tema da memória o do esquecimento segundo trabalhado no direito estatal. Este ganhou o status de ser reconhecido como a única forma de direito existente, um verdadeiro “senso comum” aceito pela sociedade.

Partimos, neste capítulo, da lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que o direito estatal não é o único direito existente.

Devemos nos precaver contra as falácias do descritivismo, da trivialidade e da serialidade, sendo para isso necessário “reconstruir teoricamente o reconhecimento das pluralidades de ordens jurídicas, de poderes e de conhecimentos, uma reconstrução que deve ser também auto reflexiva”. (SANTOS, 2000, p. 262)

Boaventura utiliza uma concepção ampla de direito, com a seguinte definição:

[...] um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força. (SANTOS, 2000, p. 290)

A adoção de uma concepção ampla permite fugir do senso comum no sentido de ser o direito estatal o único existente. Evidentemente, traz também um prejuízo metodológico, na medida em que a ampliação do leque do que se entende por direito pode levar ao prejuízo da pesquisa científica. Como diz o mesmo autor, se o direito está em toda a parte, não estaria em lugar algum. (SANTOS, 2000, p. 291)

A análise da pluralidade de formas de direito permite enxergar o papel de primazia desempenhado pelo direito estatal e seu relacionamento com as demais formas de direito:

[...] a pluralidade de formas de direito [...], longe de ser caótica é, pelo contrário, estruturada e relacional e, longe de colidir com a ideia da centralidade do direito estatal, confirma-a e, ao mesmo tempo, relativiza-a, ao integrar essas formas hegemônicas em novas e mais vastas constelações de ordens jurídicas, de poderes e de conhecimentos. (SANTOS, 2000, p. 262)

A importância em se dividir e analisar as diversas formas de poder e de direito está no fato de elas constantemente se relacionarem, se imbricarem. Isto gera impacto numa possível ineficácia de determinada alteração legislativa, ou mesmo decisão judicial que não considerar as demais formas jurídicas, que podem se rearticular em outros termos contra o direito estatal. (SANTOS, 2000, p. 303)

Além do mais, as lutas emancipatórias devem ocorrer nas diversas formas de regulação e poder, se quiserem ser bem-sucedidas.

Na concepção do autor lusitano, há no sistema capitalista seis modos básicos de produção, que por outro lado geram seis formas básicas de poder e de direito.

São eles os espaços doméstico, da produção, do mercado, da comunidade, da cidadania e o espaço mundial.

Para cada um destes espaços, podemos analisar questões de poder, de direito e do conhecimento.

Na mesma proposta de SANTOS, partiremos de uma abordagem que procure incluir poder, direito e conhecimento “em pé de igualdade, sem os fundir em totalidades redutoras [...] mas, pelo contrário, alargando o âmbito da diferenciação e da fragmentação, salientando os fios que os articulam em rede”. (SANTOS, 2000, p. 274).

O que pretendemos ao utilizarmos este enfoque é, sem esquecer da relevância e centralidade do direito estatal, trazer o debate do esquecimento e da memória a partir da inter-relação com as demais formas de direito presentes nos outros espaços, especialmente na pretensão do direito estatal em englobar e internalizar, ou fundir o espaço da comunidade com o espaço da cidadania.

5.1.1. O espaço e o direito domésticos

O espaço doméstico é o conjunto de relações sociais que se desenvolve no seio familiar, entre cônjuges, entes qualquer destes e os filhos e/ou parentes.

O espaço doméstico possui como unidade de prática social ou como principal critério de identidade a diferença sexual e geracional.

A dimensão institucional constitui formas, padrões que organizam o fluxo de relações sociais em sequências repetitivas, normalizadas, de senso comum. No espaço doméstico, a dimensão institucional está representada pelo casamento, pela família e parentesco.

Neste *locus* temos uma dinâmica de desenvolvimento centrada na afetividade. A reprodução das relações se dá a partir da concentração de relações emocionais, da qual se alimenta o poder patriarcal, forma de poder predominante.

Como forma de poder no espaço doméstico temos o patriarcado, segundo o escólio de Boaventura:

Embora sejam sempre constelações de poderes, as relações sociais agregadas à volta do espaço doméstico (trabalho doméstico, reprodução, cuidados mútuos, gestão dos bens do agregado doméstico, educação dos filhos, lazer, prazer, etc.), são geralmente organizadas pelo patriarcado enquanto sistema de controle dos homens sobre a reprodução social das mulheres. (SANTOS, 2000, p. 284)

O direito doméstico está caracterizado pela ausência de burocracia e pela prevalência da retórica e da violência como elementos dominantes. No campo da violência, os maus tratos às mulheres e aos filhos é uma característica marcante. Há, no direito doméstico, uma mistura de retórica com violência, uma tentativa de convencimento através da retórica e, de repente, uma imposição de silêncio e de violência.

SAFFIOTI (2015, pp. 20/23) estuda profundamente a violência doméstica, mostrando que o abuso sexual, no seio familiar, sobre crianças, no Brasil, é praticado no percentual aproximado de 71% pelos próprios pais biológicos, incidindo sobre meninas e meninos, estes na proporção superior a 10%, abrangendo inúmeros atos libidinosos. Das 63 vítimas estudadas pela autora, 11 delas tiveram filhos dos próprios pais. Há registro de manifestações dos pais no sentido da existência de um direito sobre as filhas e um conformismo das mães, que veem as filhas ajudando a carregar o “fardo” do relacionamento.

A mesma pesquisadora demonstra que a violência doméstica é comum inclusive nas classes média e alta, havendo menção a um caso de violência praticada por um juiz contra todos os seus filhos e filhas. (SAFFIOTI, 2015, p. 27)

O relacionamento do direito doméstico com o direito estatal é evidente, seja no chamado “direito de família”, seja no âmbito do direito penal.

Como muito bem destaca Boaventura, “o espaço doméstico é um campo social complexo onde o direito do Estado e o direito doméstico se envolvem num constante processo de interação, negociação, compromisso [...]” (SANTOS, 2000, p. 293).

5.1.2. O espaço da produção

O espaço da produção é o conjunto de relações que se desenvolve no âmbito do trabalho, na produção de valores de troca econômicos, entre trabalhadores e gestores ou entre os próprios trabalhadores.

O direito da produção é o conjunto de normas, regulamentos que disciplinam a conduta no interior das fábricas e das empresas. Trata-se, portanto, de um direito interno às empresas, e não do direito estatal que disciplina as relações de trabalho.

São, assim, códigos de condutas, muitas vezes impostos por quem possui o poder, a propriedade dos meios de produção. Podem eventualmente decorrer de negociações com sindicatos ou empregados, mas resultam de uma imposição do lado mais forte, dominador, dos patrões ou da administração das empresas.

Além de aspectos internos relativos ao trabalho na empresa, o direito da produção pode incluir:

[...] a disciplinarização dos movimentos e ritmos humanos, das interações e das conversas, das aparências de cada um, das maneiras de vestir e de falar, da expressão corporal [...] podendo ainda estender-se à vida familiar, aos tempos livres, à interação pública e até às atividades políticas [...] (SANTOS, 2000, p. 295).

O direito da produção é de difícil caracterização, combinando retórica, violência e burocracia, com uma supremacia da violência e da burocracia sobre a

retórica. Muitas vezes está enraizado nas empresas; noutras, transforma-se rapidamente.

Ao contrário do direito doméstico, que é demasiado fraco para ser direito, faltando burocracia e violência explícita, o direito da produção é demasiado forte para ser direito, demasiado violento, sadicamente burocrático, como aponta SANTOS (2000, p. 296): “ ‘são as regras do jogo’, ‘patrão é patrão’, ‘quem vende o trabalho vende a liberdade’ ”.

Direito doméstico e direito da produção interagem constantemente, assim também ambos o fazem com o direito estatal. Comportamentos impostos pelo direito da produção acabam afetando as rotinas familiares, com horários de trabalho extraordinários e, cada vez mais, a possibilidade e exigência de trabalho domiciliar.

5.1.3. O espaço do mercado

O espaço do mercado é o conjunto de relações de distribuição e consumo de valores de troca. O direito neste espaço é constituído pelo conjunto de normas que regulam as trocas comerciais entre produtores, comerciantes e entre estes e consumidores, motivo pelo qual é denominado ‘direito da troca’.

Trata-se de um direito informal e não oficial, tendo geralmente um baixo grau de burocracia e elevado grau de retórica e violência.

Destaca SANTOS (2000, p. 298) que “na esteira desta tradição, a *lex mercatoria* está hoje bem florescente na economia mundial, regulando as trocas comerciais com grande autonomia relativamente aos Estados-nação”.

5.1.4. O espaço da comunidade

O espaço da comunidade “é constituído pelas relações sociais desenvolvidas em torno da produção e da reprodução de territórios físicos e simbólicos e de identidades e identificações com referência a origens ou destinos comuns”. (SANTOS, 2000, p. 278)

O direito desenvolvido neste espaço, denominado 'direito da comunidade', é uma das formas de direito mais complexas, abarcando grupos hegemônicos e oprimidos, excluídos, como os indígenas, os quilombolas, etc...

Inegável a imbricação do direito estatal com o direito da comunidade, na medida em que o direito hegemônico busca englobar o direito da comunidade, reconhecendo-o, normatizando-o. Exemplo disso é o direito alternativo, que cria e recria uma identidade alternativa.

5.1.5. O espaço da cidadania

O espaço da cidadania é "o conjunto de relações sociais que constituem a esfera pública e, em particular, as relações da produção da obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado". (SANTOS, 2000, p. 278)

A forma de direito existente neste espaço é o direito estatal, que se vê a si mesmo como a única forma de direito existente. Como muito bem aponta SANTOS (2000, p. 299), "ao longo dos últimos duzentos anos, ele foi construído pelo liberalismo político e pela ciência jurídica como a única forma de direito existente na sociedade".

A sociedade capitalista atual enxerga no direito estatal o único direito existente, a englobar todas as demais formas de direito, que na verdade seriam formas ilusórias:

Em contraste com as outras formas de poder, a dominação é um poder cósmico, um poder altamente organizado e especializado, movido por uma pretensão de monopólio e comandando vastos recursos em todos os componentes estruturais do direito (violência, burocracia e retórica). (SANTOS, 2000, p. 300)

Interessante a colocação de Boaventura, no sentido de que o direito estatal é considerado como base para a organização das demais formas de direito, a partir dos limites, falhas e fraquezas apresentadas.

5.1.6. O espaço mundial

O espaço mundial é "a soma total dos efeitos pertinentes internos das relações sociais por meio das quais se produz e reproduz uma divisão global do trabalho". (SANTOS, 2000, p. 278)

O direito no espaço mundial é denominado 'direito sistêmico'. Constitui-se no conjunto de regras e comportamentos que organizam a relação centro/periferia e as relações entre os Estados no sistema internacional.

Estas normas são impostas pelos países imperialistas, organizações internacionais ou parceiros dominantes.

É um direito forte em retórica e violência, e fraco em burocracia.

O direito sistêmico não se confunde com o direito internacional, este sim um direito estatal:

O direito sistêmico está para o direito internacional como o direito doméstico, o direito da produção, o direito da troca e o direito da comunidade estão para o direito territorial do Estado: existe no reverso da juridicidade oficial que governa as relações entre Estados-nação, umas vezes complementando-a, outras, contradizendo-a e minando-a. (SANTOS, 2000, p.301)

5.2. Memória e esquecimento no direito doméstico

O espaço doméstico é o âmbito das relações entre pais e entre estes e os filhos. Podemos afirmar que o tema da memória se desenvolveu de forma primordial neste espaço. É conhecido o culto aos antepassados, desde tempos imemoriais. Era costume enterrar os antepassados próximos à residência, de modo que os vivos, ao passarem pelo local, fizessem sempre uma invocação. Era comum, ainda, os sacrifícios e oferendas aos antepassados.

Memória e esquecimento neste espaço são resolvidos, quase sempre, por regras próprias, ditadas pelos costumes, tradições, bem como por imposições dos atores que exercem poder, quase sempre os genitores.

Isto nada mais é do que reflexo da característica do direito doméstico, onde a burocracia é praticamente ausente, e a retórica e a violência dominantes. (SANTOS, 2000, p. 292)

A influência do direito estatal no âmbito doméstico é tema complexo, considerando-se que ocorre uma dominação, e as pessoas envolvidas não podem ou não querem influências externas, sujeitando-se às regras impostas no seio familiar.

O relacionamento entre o âmbito doméstico e o direito estatal vai surgir apenas quando o tema da memória e esquecimento extravasa o círculo familiar, para se espalhar pela sociedade.

Neste ponto, o próprio direito tutelar não apenas a memória e esquecimento dos vivos, mas também o respeito aos mortos.

O próprio Código Civil brasileiro possibilita esta proteção, conforme pode-se verificar em seu artigo 12.⁵⁷

É recorrente a tentativa de intervenção estatal no âmbito doméstico. Isto porque o direito estatal é a forma de direito que se enxerga como o único direito existente. Tenta, assim, dominar os demais espaços estruturais, especialmente o âmbito familiar, através do conjunto de normas a que se denomina 'direito de família'.

Entre o direito doméstico e o direito estatal ocorrem relacionamentos constantes, com conflitos, trocas e neutralização. (SANTOS, 2000, p. 293)

Falar em esquecimento no espaço doméstico é, assim, falar da característica própria das relações que se travam neste âmbito, uma vez que o silêncio é ferramenta por excelência utilizada, principalmente pelos agentes dominadores, especialmente o patriarcado. Já a memória está ligada destacadamente à figura da mulher, historicamente reprimida, clamando por uma nova postura emancipadora.

É notória a figura de Maria da Penha Maia Fernandes. Em 1983, foi vítima de tentativa de homicídio, por parte de seu companheiro, por duas vezes. Eletrocutada e violentada no ambiente doméstico, ficou paraplégica.

⁵⁷ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O agressor acabou condenado, mas ao final, após manobras jurídicas, foi solto após dois anos de prisão.

Em sua homenagem foi editada a lei nº 11.340/2006, que ficou conhecida como 'lei Maria da Penha', que tem como finalidade o agravamento das penas dos ilícitos praticados no ambiente doméstico.

Maria da Penha não quer ser esquecida. É exemplo da violência e silêncio que imperam no ambiente, no direito doméstico. Lutou contra a opressão e sua luta acabou refletindo no direito estatal, com a modificação legislativa. Esta luta é constante e eterna, é uma luta contra o esquecimento, em favor da memória emancipadora dos discriminados e inferiorizados.

MARTINS e VEDOVATO (2017) fazem interessante estudo acerca do tema do trabalho doméstico relacionado à migração internacional de mulheres. O trabalho doméstico de migrantes está diretamente atrelado ao direito doméstico, o direito sistêmico e o direito estatal, este na seara do direito internacional.

Os autores destacam toda a sorte de trabalho a que estão submetidas as mulheres que se dirigem a outros países. Deixam, muitas vezes, seus filhos no país de origem e se dirigem a outra nação, seja para fugir de uma situação de opressão ou miséria, seja para reencontrar familiares.

Esta migração, muitas vezes, está ligada à emancipação em seus países originários. As mulheres tentam fugir de uma situação subalterna deixando sua terra natal, literalmente se libertando, “adquirindo protagonismo em suas próprias vidas” (MARTINS e VEDOVATO, 2017, p. 1987).

Já no destino, estas mulheres migrantes, muitas com escolaridade superior, acabam se sujeitando a trabalhos inferiorizados, de domésticas, justamente em virtude de uma emancipação das mulheres do país de destino, que não querem realizar tarefas domésticas e as passam para estrangeiras.

Ilegais no país de destino, sem documentos, sofrem toda sorte de abusos: jornadas excessivas, ausência de descanso, baixos salários, abusos psicológicos, isolamento, confisco de passaportes e inclusive sevícias pelos empregadores.

Essas mulheres, por não serem nacionais do país de destino, são por ele ignoradas. Os autores mencionam inúmeras convenções internacionais relacionadas ao tema, podendo-se citar o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção dos Trabalhadores Domésticos de 2011, de nº 189, que determinam a observância de cobertura pela seguridade social, de descanso semanal e salário mínimo. Esta última convenção, no entanto, foi ratificada por apenas 22 Estados a nível mundial.

Este fato demonstra, de plano, a dificuldade, mesmo no âmbito do direito estatal internacional, do acolhimento das normas protetivas.

Outra dificuldade posterior é justamente o efetivo cumprimento das normas protetivas, dialogando, efetivamente, o direito estatal com o direito doméstico.

5.3. Memória e esquecimento no direito da produção

Memória no espaço da produção está ligada à proteção da parte mais fraca, justamente a figura do trabalhador. O empregador, aquele que detém a propriedade dos meios de produção, impõe uma série de condutas à parte mais fraca.

A interação com o direito estatal, com o direito do trabalho, é intensa e constitui praticamente a única esperança da parte mais fraca no sentido de ver respeitadas condições mínimas de trabalho.

Temos presenciado no Brasil, recentemente, uma retirada do direito estatal deste espaço, com a flexibilização e a perda de direitos trabalhistas conquistados historicamente.

Recentemente foi editada a lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, que trouxe diversas alterações na legislação trabalhista brasileira, suprimindo inúmeros direitos dos empregados.

Com essa atitude, o direito estatal diminui sua ingerência na seara da produção, deixando aos titulares dos meios de produção grande poderio para, a seu bel prazer, fixar as normas que regerão as relações de trabalho.

Da mesma forma, ganha força o direito da produção, forma de direito não legislado, tendo em vista este absentismo estatal.

Crescerão, certamente, as situações de trabalho escravo, hoje já existentes em larga escala nos diversos países. O trabalho escravo é caracterizado, na modernidade, por jornadas excessivas, condições de trabalho degradantes e uma ausência de autodeterminação por parte do trabalhador, que fica à mercê do empregador, sem autonomia pessoal, sem livre arbítrio, ou seja, sem dignidade.

É conhecida a demanda movida contra o Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Fazenda Brasil Verde”.⁵⁸

A Fazenda Brasil Verde, situada no Sul do Pará, foi o destino de mais de oitenta trabalhadores que buscavam emprego, muitos deles oriundos do Piauí. Lá chegando, após cerca de 800 quilômetros de viagem, de trem e ônibus, se viram às voltas com condições análogas às de escravo, com lonas onde dormiam sem qualquer proteção, sem higiene, alimentação digna, passando fome, frio e estando sujeitos e jornadas excessivas, sem intervalos inter e intrajornada.

O caso rendeu ao Brasil uma condenação internacional perante a Corte Interamericana e fez surgir o alerta: desde 1995, mais de 50.000 pessoas foram resgatadas em condição análoga à de escravo.⁵⁹

De forma contraditória, o Brasil que, até então, foi considerado exemplar no combate ao trabalho escravo, corre o risco de se ver às voltas com todo este problema, ante a postura neoliberal e não-garantista dos direitos trabalhistas, refletida nas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho.

5.4. Memória e esquecimento no direito da comunidade

Ao tocar o tema da memória e esquecimento no direito da comunidade, necessariamente vem à tona os grupos hegemônicos e os excluídos. O direito, neste espaço, “cobre situações extremamente diversas”, podendo “legitimar e reforçar

⁵⁸ Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf> acesso em 28.09.2017.

⁵⁹ Segundo consta no site <<http://reporterbrasil.org.br/brasilverde/reportagem.html>> acesso em 28.09.2017.

identidades imperiais agressivas ou, pelo contrário, identidades defensivas subalternas”. (SANTOS, 2000, p. 298)

A luta pela memória é a luta pelo reconhecimento dos grupos excluídos, como os indígenas, os favelados. Isto porque, neste espaço, o poder atua, basicamente, a partir da definição de pertença e exclusão do grupo. Aos pertencentes ao grupo, há um poder flexível, de borracha; aos excluídos, um poder de ferro, de terror.

Estas comunidades de excluídos criam um direito paralelo ao direito ‘oficial’ estatal, onde ele, Estado, não consegue chegar. Este direito é constituído basicamente pela violência, com regras impostas pelos detentores do poder. Exemplo clássico é o ocorrido nas favelas, principalmente onde impera o tráfico de drogas, onde a submissão e o silêncio são impostos pelos chefes do tráfico.

5.5. Memória e esquecimento no direito sistêmico

O direito sistêmico é a forma de direito que vigora no espaço mundial, que rege as relações entre centro/periferia, entre Estados, empresas internacionais, organismos internacionais. Não se trata do direito internacional, este sim parte do direito estatal, hegemônico.

Trata-se das regras que regem a dominação entre Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos, através de imposições econômicas imperialistas ou mesmo através do uso da força.

Há uma opressão contra os países e raças excluídos, exercida principalmente através do ataque à memória, à língua, aos costumes, seja destruindo a história (espaços históricos, monumentos), seja investindo contra a língua, ou através da prática do racismo nas suas diversas formas, como a xenofobia, estereotipização, etnocentrismo, etc..

5.6. Um sétimo espaço: o virtual

Além dos seis espaços definidos por Boaventura de Sousa Santos, pensamos conveniente tratar de um sétimo espaço nos dias atuais, que é justamente o espaço que denominamos “virtual”. Referido espaço é objeto de estudo, pelo mesmo

sociólogo, em obra posterior, ao qual denomina “espaço eletrônico”. (SANTOS, 2010, p. 306)

Sua característica é, justamente, abalar o conceito básico dos demais locais em sua estrutura fundamental, que é justamente a existência de um espaço.

Uma primeira dúvida é se o espaço virtual é um novo espaço, ou apenas uma nova ferramenta a ser utilizada nos espaços até então descritos.

Pensamos que é justificável a descrição e separação como um novo espaço. Primeiramente, porque há efetivamente e são criados grupos onde se desenvolvem relacionamentos à parte das demais esferas descritas por Boaventura.

Ademais, a separação é justificável tendo em vista que é realmente um *locus* com forças de poder e um regramento jurídico próprio, que trabalha à parte e se relaciona com os demais espaços supra descritos, especialmente com os espaços doméstico, da cidadania e do mercado.

Estas características foram muito bem realçadas por FLORÊNCIO (2011, p. 217), ao tratar do tema do direito ao esquecimento na internet:

[...] percebe-se que estamos diante de uma situação paradigmática, a saber, o Estado perdoa, enquanto a internet não o faz. Isto se aplica, à guisa de exemplo, quando o Estado reconhece a primariedade técnica de um cidadão que tenha cumprido sua pena, porém as notícias do crime continuam a ser divulgadas na internet, impedindo-o de recomeçar. Situação semelhante, e ainda pior, é quando o indivíduo foi absolvido, mas por ter notícias de seu processo divulgadas na internet, é por esta condenado. Além do mais, o Estado está sujeito ao tempo (prescrição da pretensão punitiva) enquanto a internet rompe as barreiras de delimitações de tempo e espaço, diante de seus registros que podem ser perenes.

Recentemente, tivemos ataque cibernético de magnitude mundial, que bem mostrou as características desse espaço paralelo, que possui regramento próprio e até uma moeda específica, denominada *bitcoin*.

D'URSO e D'URSO (2017) expõem o ocorrido:

Desde a última sexta-feira (12/05), o planeta assiste alarmado um ataque mundial cibercriminal, com a utilização de um vírus de “resgate”, o chamado “ransomware”, que fez mais de 200 mil vítimas,

espalhadas em ao menos 150 países no mundo (segundo o diretor do Serviço Europeu de Polícia – Europol, Rob Wainright), tendo se disseminado, em grande parte, por meio de e-mails infectados pelo vírus “WannaCry”.

O “ransomware” é um tipo de vírus que se aproveita de uma vulnerabilidade do sistema Windows (já corrigida, para quem atualizou o sistema, em 14 de março, segundo a Microsoft) e que sequestra, através da criptografia, os arquivos digitais salvos no computador da vítima, ou em sua rede, impedindo a vítima de acessá-los. O valor do “resgate” para a devolução ao acesso aos arquivos deve ser pago em “bitcoins” (moeda digital que dificulta o rastreamento da transação), cobrando-se em torno de US\$ 300, por máquina. (2017)

Digno de menção, ainda, o fato de estarmos a tratar da internet conhecida, verdadeira ponta de um *iceberg* muito maior, composto por uma rede mundial obscura, ilícita, denominada *deep web*, onde crimes são cometidos e planejados e cujo acesso é rigorosamente controlado através de algoritmos específicos e secretos.

Passemos, então, a tentar alinhar as principais características desse novo espaço.

5.6.1. Características

O espaço virtual surge com as novas ferramentas trazidas pela tecnologia, como a rede mundial de computadores e a telefonia, a internet e grupos como o *Facebook* e *WhatsApp*.

Uma primeira característica, como frisado, é a inexistência de um espaço físico restrito que congregue as pessoas que se relacionam. As mensagens e troca de informações não admitem fronteiras entre países.

Este primeiro aspecto acarreta uma complicação, principalmente no relacionamento com o direito estatal, dificultando a pretensão à hegemonia deste último.

As ferramentas tecnológicas, também, acabam por “abalar” o próprio conceito de espaço, permitindo a estranhos o ingresso nos demais espaços, como o doméstico ou da produção, algo que seria inimaginável, implicando uma releitura da privacidade nos diversos segmentos.

Uma segunda característica deste espaço é a transmissão instantânea das informações.

Terceira característica deste segmento é o descontrole existente sobre os dados e informações transmitidos a terceiros, bem como o descontrole temporal.

Uma vez que os dados ou informações venham a cair em mãos estranhas, ocorre uma pulverização e uma ausência total de domínio com relação às pessoas que tomaram conhecimento dos fatos. Ou seja, as informações são dissipadas na rede ou nos grupos e tornam-se públicas. O emissor inicial perde o comando sobre as mesmas.

Além disso, deixa de haver um controle temporal sobre os dados transmitidos. Como o titular da imagem, ou da notícia veiculada, a tornou pública e perdeu o controle sobre a mesma, também não consegue retirá-la dos grupos ou da rede, eternizando desta forma a mensagem, a ponto de FLORÊNCIO (2011, p. 203) destacar que “a tecnologia está transformando o passado em um eterno presente”.

Os espaços integrados através das ferramentas tecnológicas, como a internet, ou a telefonia, possuem formas próprias de regras, de poder e de direito aplicáveis, inerentes aos grupos criados, que atuam fora do direito estatal.

Essa característica pode ser bastante destacada, diante da ausência de resposta, pelo direito estatal, no tema da tutela de um direito ao esquecimento ou de uma tutela à intimidade no âmbito da internet. Muitas vezes a resposta do direito estatal é negativa, com um privilégio do direito à informação ou à liberdade da imprensa, em detrimento da tutela da privacidade. Noutras, a própria ausência de sigilo no processo onde se busca essa tutela, acaba atuando de forma contrária aos interesses do suplicante. Veja-se, a título de exemplo, o caso envolvendo a apresentadora M.G.X.M. e a empresa Google. Independentemente do resultado final da ação, a só divulgação acerca da contenda acabou por atuar de forma contrária a um direito ao esquecimento. O processo, por si, já trouxe um provimento contrário ao pretendido, atuando a favor da memória não desejada.

Tanto isso é verdade, que as pessoas que pretendem um esquecimento na rede estão deixando de buscar a tutela estatal e procurando atuar “dentro das regras”

existentes neste novo cenário. Existem empresas especializadas que atuam neste segmento, especialmente nos provedores de buscas, como a conhecida “*ReputationDefender*”, atuante em centenas de países, destinada a defender as reputações de seus clientes na rede (FLORÊNCIO, 2011, p. 209).

Essas empresas atuam segundo as regras do espaço virtual bombardeando provedores de busca, ou *searchers*, com informações positivas acerca de seus clientes, de modo que eventual informação negativa acabe ficando nas páginas subsequentes (FLORÊNCIO, 2011 p. 209), considerando-se que as pessoas quase sempre restringem sua consulta à primeira ou, quando muito, a uma segunda página de busca. Com este procedimento, eventual informação negativa contra os clientes acaba sendo levada às páginas ulteriores dos provedores, produzindo, de forma indireta, os efeitos de esquecimento. A existência dessas empresas mostra a ausência de efetividade do direito estatal nesse ambiente, e a existência de regras próprias e independentes do direito oficial.

O espaço virtual é o conjunto das relações proporcionadas pelas novas tecnologias, a rede mundial de computadores, a telefonia ou outras tecnologias. As instituições existentes neste espaço são os grupos ou comunidades virtuais criadas, como o *Facebook*, *Orkut*, *Linkedin*, *WhatsApp*.

A forma de poder existente no espaço virtual é o poder caótico difuso, ancorado muitas vezes na ideia de pertença ao grupo.

Não há um centro único de poder. Há uma dissipação no exercício do poder. Qualquer pessoa, ou qualquer integrante do grupo pode dele fazer uso. Eventualmente pode haver uma supremacia em um dos membros do grupo, encarregado de ser o líder, ou administrador.

5.6.2. A internet e o direito estatal: os direitos da personalidade

As ferramentas do computador e da internet trouxeram vários complicadores relacionados ao tema da tutela do esquecimento e da memória no direito estatal. A propagação instantânea de informações a diversos países, derrubando fronteiras e a possibilidade de armazenamento de grande número de dados e informações deram uma nova roupagem ao direito da personalidade nesse cenário.

Já em 1970, Paulo José da Costa Jr., ilustre penalista, advertia para os perigos da evolução tecnológica com relação à tutela da intimidade e da privacidade. Conforme destaca, “aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida até mesmo sejam objeto de investigação – todas as informações arquivadas e livremente comercializadas”. (COSTA JR., 1970, p. 17)

Antes disso, PIO XII já profetizava:

[...] não é um exagero dizer-se que o futuro da sociedade moderna bem como a estabilidade da vida interior, dependem, em grande parte, da manutenção do equilíbrio entre a força das técnicas de comunicação e a capacidade de reação do indivíduo”. (COSTA JR., 1970, p. 16)

DE TERWANGNE (2012, p. 54) assinala que a privacidade na internet ganha outra conotação, não como intimidade ou secretismo, mas como controle acerca do conteúdo e momento de propagação de informações pessoais.

Na internet, pontifica, há pelo menos duas dificuldades: primeiramente decidir e controlar a quem transmitir informações; a outra se refere ao momento em que se produz a divulgação.

Quem tem acesso e em qual momento as informações estão acessíveis: eis os problemas.

BUCAR (2013, p. 7) também destaca que o desafio para a privacidade, em se tratando da rede mundial, é “fornecer à pessoa subsídios para o controle de informações que ela pretende manter ao seu alcance”.

Isto porque, muitas vezes, o conteúdo é transmitido para terceiras pessoas, inicialmente não endereçadas, o que acarreta a propagação rápida e universal, fazendo com que deixe de existir um controle sobre o dado ou a notícia. A pessoa que criou ou transmitiu a informação originariamente acaba perdendo o controle sobre o conteúdo transmitido.

Uma das características dos direitos da personalidade no âmbito da internet é o fato de possuírem um sentido amplo, significando “qualquer informação

relacionada com uma pessoa física [...] abarcando dados profissionais, comerciais e dados tornados públicos”. (DE TERWANGNE, 2012, p. 55)

LIMBERGER (2007, p. 58) alerta para a necessidade de proteção dos dados, destacando o importante conteúdo econômico dos mesmos. A simples navegação em seu computador particular, realizando buscas a partir de endereços já é objeto de registro pelas diversas empresas gerenciadoras, que filtram estas pesquisas e fazem uma verdadeira análise psicológica do usuário, estabelecendo suas preferências e gostos, aliado ao armazenamento de dados pessoais particularíssimos, que eventualmente foram inadvertidamente inseridos na rede mundial e caíram no conhecimento dessas empresas.

Outra dificuldade que ocorre é o fato de os usuários dos serviços relacionados à internet, quase sempre, se esquecerem que forneceram dados ou quais elementos foram informados, o que representa sério entrave à tutela acerca do conteúdo transmitido.

A doutrina, atenta a essa peculiaridade e à necessidade de proteção, desenvolveu teorias que ampliam o rol de proteção, para abarcar não apenas a ofensa à honra, ou o direito ao esquecimento tradicional, mas a necessidade de se apagar automaticamente as informações, a partir de um lapso temporal predeterminado, e independentemente de provocação dos interessados.

Para a correta proteção à intimidade no âmbito da internet, deve haver uma ferramenta automática de apagamento, ou seja, uma vez transcorrido um prazo a ser definido pela legislação, automaticamente o dado deve ser retirado das páginas.

No tocante à proteção relacionada à transmissão de dados na internet, TAMÒ e GEORGE (2014) diferenciam o direito ao esquecimento (*right of oblivion*) do direito de ‘apagar’ (*right to erasure*) e ainda o direito de esquecer (*right to forget*) do direito de ser esquecido (*right do be forgotten*).

O direito ao esquecimento está ligado a casos de difamação e relacionados a fatos ocorridos há longas datas. Já o direito ao apagamento permite excluir dados pessoais que estão sendo processados por terceiras pessoas, violando assim princípios de proteção de dados.

Da mesma forma, os autores mencionados diferenciam o direito de esquecer (*forget*), que abarca eventos que ocorreram há longa data, do que denominam *right to be forgotten*, que estabelece o direito de reclamar a retirada de dados a partir de um determinado lapso temporal. (TAMÒ e GEORGE , 2014, p. 73)

Colocam o direito ao esquecimento e o direito de apagamento como modalidades ou como duas interpretações do direito de ser esquecido (*right do be forgotten*).

BUCAR (2013, p. 6) refuta a alegação no sentido de que a internet consistiria num empecilho para a tutela do direito ao esquecimento. Primeiramente, assinala que o Superior Tribunal de Justiça já afirmou a possibilidade de efetividade neste espaço, ligando o serviço prestado às normas consumeristas, citando o Recurso Especial nº 1.186.616/MG, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. em 23.08.2011. Segundo afirma, a internet “é o *locus* próprio para o seu estudo na contemporaneidade, tornando-se anacrônico o fracionamento e a demarcação da disciplina apenas para a mídia televisiva”. (BUCAR, 2013, p. 6)

FLORÊNCIO (2011, p. 213) também afirma a possibilidade técnica de implementação da proteção da tutela do esquecimento junto à internet e especialmente perante os provedores de busca. Citando Lawrence Lessig na obra Code v2, lembra que a empresa Google, na China, pretendendo se estabelecer comercialmente no país, lá retirou *links* considerados inadequados, mostrando assim que a internet não é um ‘monstro fora de controle’.

Diversas demandas foram levadas ao poder judiciário pleiteando a tutela do direito ao esquecimento e que demonstram essa viabilidade.

Dentre elas, podemos citar o caso trazido à colação por FLORÊNCIO (2011), envolvendo a empresa Google, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Obrigação de Fazer - Tutela Antecipada deferida para retirada do mundo virtual de endereços eletrônicos primários que estavam denegrindo a imagem do autor – Ampliação do alcance da medida para englobar outras URL's que surgiram no decorrer da demanda, com determinação também para

⁶⁰ Agravo de Instrumento nº 0110525-06.2010.8.26.0000 Relator Egídio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

eliminação desses sites dos resultados obtidos através dos buscadores mantidos pelos réus - Possibilidade – Determinação que não é genérica e não implica em exclusão por completo das páginas primárias, exceto quando os ditos endereços eletrônicos estiverem diretamente vinculados aos réus - Multa diária que se mostra bastante excessiva - Redução determinada. Recurso Parcialmente Provido.

Perfeitamente viável, assim, a proteção à intimidade na internet.

Suplantada esta questão, vejamos como se daria a tutela à privacidade nesse universo virtual.

Para BUCAR (2013), a tutela da privacidade contempla um triplo aspecto.

Primeiramente um **controle espacial**. Neste ponto, afirma:

A privacidade na sociedade da informação deve ser tida como a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dela tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade. (BUCAR, 2013, p. 8)

O segundo aspecto é o **controle contextual**. Este controle significa a ligação da informação ou notícia veiculada com o contexto em que foi originariamente divulgada. Muitas vezes a divulgação isolada de uma notícia fora do contexto pode deturpar totalmente o conteúdo, dando ensejo a interpretações equivocadas. Destaca ainda com mestria o mesmo autor, “para que o interessado a reinsira no contexto original, será obrigado a revelar outras informações privadas, aumentando significativamente o número de dados que a circulação original destes pretendia fornecer”. (BUCAR, 2013, p. 9)

O terceiro aspecto é o **temporal**. Neste ponto, assevera que “impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções”. (BUCAR, 2013, p. 9)

Lembra, ademais, que a tutela do esquecimento não é de todo estranha ao direito brasileiro, fazendo menção aos artigos 43 § 1º do Código de Defesa do Consumidor e 748 do Código de Processo Penal, que determinam a informação apenas parcial de condenações pretéritas, ou mesmo a retirada de informações negativas de períodos anteriores a cinco anos.

Em acréscimo, BUCAR (2013, p. 12) menciona a legislação mexicana, editada em 05 de julho de 2010, que prevê expressamente o direito ao esquecimento “*cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas*”, tendo fixado prazo para a retirada dos dados:

La cancelación de datos personales dará lugar a un periodo de bloqueo tras el cual se procederá a la supresión del dato. El responsable podrá conservarlos exclusivamente para efectos de las responsabilidades nacidas del tratamiento. El periodo de bloqueo será equivalente al plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento en los términos de la Ley aplicable en la materia.

CASTELLANO (2012) descreve as seguintes características do espaço virtual:

- 1) O desaparecimento da distância espaço temporal entre ação e publicidade;
- 2) A formação de novos espaços de relacionamento público sem controle estatal;
- 3) Os cidadãos como emissores e difusores de informação;
- 4) A incorporação do aspecto afetivo passional ou emocional e a despreocupação na transmissão de informações e, finalmente,
- 5) A perenidade e a conservação da informação na internet.

No âmbito da internet, CASTELLANO (2012) é categórico ao pontificar o esquecimento como um direito fundamental, verdadeiro controle a respeito do uso e destino de seus dados, sendo muito mais amplo do que um direito à personalidade, se estendendo a quaisquer direitos da pessoa.

O espaço virtual consiste, certamente, em novo cenário que merece atenção, principalmente pelo direito estatal, devendo ser objeto, seja de políticas legislativas, seja de medidas efetivas por parte do poder judiciário, no sentido do controle e tutela à intimidade e ao esquecimento.

5.6.3. O “diálogo” do espaço virtual com os demais espaços

Os espaços objeto da teoria de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS não constituem segmentos estanques. Há constante relacionamento entre eles e entre o

direito neles existentes. Por exemplo, os espaços doméstico, da produção e da cidadania estão em constante interação. Condutas exigidas no âmbito da produção afetam diretamente o espaço doméstico.

O mesmo se dá com o espaço virtual. Por não ser dotado de um espaço físico restrito, e tendo em conta a ferramenta tecnológica que lhe dá suporte, acaba por afetar, abalar os demais *locus*.

No tocante ao espaço doméstico, produz uma verdadeira invasão de privacidade, abrindo o espaço privado, antes um asilo inviolável do indivíduo, às mais diversas e estranhas pessoas. Imagens íntimas são reveladas, tornando fluida qualquer tentativa de proteção do lar. Acaba, por via transversa, por tornar ineficaz qualquer tentativa de tutela do direito estatal com relação à proteção da intimidade relacionada ao domicílio.

O espaço virtual “corrompe” a ideia de poder estatal. As inovações tecnológicas trazem um novo desafio para o direito estatal, que não consegue acompanhar e atuar com efetividade sobre esse novo cenário.

As pessoas, neste campo, têm uma ideia de impunidade, ao mesmo tempo que possuem a impressão de poder lesionar as demais pessoas, ofendendo a honra, manifestando livre e impunemente seus pensamentos.

Os laços afetivos são fluidos. Amizades são entabuladas e acabadas num clique do teclado. Não há compromissos. Da mesma forma, travestidas de falsos perfis, as pessoas interagem praticando condutas imorais e ilegais, certas de que nunca serão descobertas. O próprio conceito de pessoa, de indivíduo é abalado, uma vez que o suposto indivíduo que interage nesse cenário pode não guardar correspondência com a vida real.

Há a impressão da ausência do direito estatal e dos laços morais e familiares, ensinados ou doutrinados durante toda a vida. O ambiente virtual é a ‘terra de ninguém’, onde cada qual exerce o poder e começa e acaba com relacionamentos fluidos. Esta é a impressão de muitos que interagem nesse espaço.

As novas ferramentas tecnológicas invadem a intimidade do cidadão, podendo-se mencionar os diversos dados que são obtidos a partir da simples utilização da rede. Uma mera navegação fornece às empresas uma gama de informações preciosas acerca das preferências, gostos, inclinações sexuais, tendências de consumo, religião, etc...

Referidas informações desautorizadas podem impactar de forma a prejudicar o indivíduo que teve sua intimidade violada. Como exemplos, podemos citar dado obtido por essa via acerca da inclinação religiosa de um candidato a uma vaga de emprego, ou mesmo sua condição de portador de vírus HIV, o que poderia acarretar na exclusão no processo seletivo (LIMBERGER, 2007, p. 62). Inegável que as empresas fazem uso dessas informações, de pesquisas em redes sociais diversas de modo a traçar o perfil completo de pretensos candidatos. Essa conduta caracteriza indevida intromissão e é prova do relacionamento entre o espaço virtual e o espaço da produção.

Muito interessante exemplo trazido pela mesma autora (LIMBERGER, 2007, p. 61), que representa impacto direto das novas tecnologias sobre o espaço da produção. Além das pesquisas automáticas, realizadas por sites no âmbito da internet, com verdadeiros bombardeios de *cookies*, que são 'janelas' que abrem nas telas com ofertas de bens outrora pesquisados pelos usuários, há também pesquisas que são feitas por câmeras em lojas de departamentos, ou supermercados, que analisam as condutas dos consumidores diante de diversos produtos ou ofertas.

Como alerta LIMBERGER (2007, p. 59) "os publicitários perceberam que, num questionário, o consumidor pode alterar as informações, seja sonegando as que entende inadequadas, seja respondendo às perguntas de forma inverídica". Assim - continua - "com as filmagens, a privacidade do consumidor está sendo fortemente invadida, visto que é mais devassada do que se ele preenchesse um formulário". (LIMBERGER, 2007, p. 59)

O espaço virtual interage diretamente com os demais espaços, com o espaço doméstico, com o espaço da produção e, principalmente, com o espaço da cidadania. Antes de ser visto como uma ameaça, pode ser um precioso aliado caso corretamente utilizado, principalmente considerando-se que pode ser importante ferramenta para

diminuir as distâncias e propiciar uma emancipação dos grupos e categorias inferiorizados e marginalizados.

5.6.4. Memória e esquecimento do falecido e a internet

A tutela dos direitos da personalidade não cessa com a morte do homem, ao contrário do que possa parecer numa primeira aproximação. Já fizemos menção ao caso paradigmático que se encontra atualmente no Supremo Tribunal Federal, envolvendo a tutela do esquecimento relacionado a vítima, em ação motivas por seus familiares.⁶¹

Destacamos, também, a norma do artigo 12 do Código Civil Brasileiro, ao conferir legitimidade para a tutela de direito da personalidade do morto ao cônjuge sobrevivente, ou a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O estudo da tutela à memória e ao esquecimento do morto passa, inicialmente, pela análise da lei de direitos autorais. Se o falecido deixou alguma obra ou documento protegido pela lei de direitos autorais, somente os legitimados poderão autorizar eventual utilização ou divulgação.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Direitos Autorais, de nº 9.610/1998, estabelece em seu artigo 7º o âmbito protetivo do diploma.⁶² Já no artigo seguinte, ao revés, descreve as situações não amparadas pelo estatuto⁶³, o que não significa que não possam ser objeto de tutela com fundamento em outro diploma.

⁶¹ Supra, item 2.5.

⁶² Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
 II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;
 III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
 IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
 V - as composições musicais, tenham ou não letra;
 VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
 VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
 VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
 IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
 X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
 XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
 XII - os programas de computador;
 XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

⁶³ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

Em se tratando de direitos autorais objeto de proteção pela Lei de Direitos Autorais, importa registrar que o lapso temporal é de 70 (setenta) anos, conforme disciplina do artigo 41 da lei nº 9.610/98⁶⁴, sendo legitimados os sucessores para decidir sobre a utilização das obras. Após o período mencionado, as obras caem no domínio público, deixando de haver qualquer impedimento à utilização das produções do falecido.

Mas, como adverte com bastante autoridade BRANCO (2017, p. 81), não se confundem os direitos autorais com os direitos da personalidade, aqueles tutelados pela lei de direitos autorais, e estes últimos pelo Código Civil, nos artigos 12 e 20.⁶⁵

A discussão ganha novos complicadores com o advento das inovações tecnológicas. É natural, na atualidade, a manutenção de páginas na rede mundial, como no *Facebook*, *Linkedin* ou similares. Os parentes do falecido possuem desejos díspares, alguns pretendendo a manutenção e atualização das páginas, outros tencionando o apagamento total ou parcial ou mesmo o bloqueio e acesso restrito a alguns entes queridos.

Essa diversidade de objetivos reclama, primeiramente, a disponibilização de ferramentas aptas, no seio da internet, à plena satisfação dos interesses dos sucessores.

-
- I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
 - II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
 - III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
 - IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
 - V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
 - VI - os nomes e títulos isolados;
 - VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

⁶⁴ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.
Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

⁶⁵ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Este é um primeiro problema. Mas prévio a ele, há a ausência de uma disciplina normativa clara sobre a matéria.

Parece claro que direitos como a imagem, a honra e o nome podem ser tutelados pelos parentes do falecido, com fundamento nos artigos mencionados do Código Civil.

Mas o que dizer da intimidade? É o questionamento de BRANCO (2017, p. 115). Na internet pode haver mensagens íntimas, fotos reservadas que o falecido não tinha qualquer interesse na divulgação. Autorizar um sucessor a ter pleno acesso pode provocar uma indevida intromissão nesse âmbito particularíssimo, não apenas do falecido morto, mas o que é pior, daquelas pessoas ainda vivas que trocavam mensagens ou apareciam em fotos com o falecido.

Eventual autorização para a livre manipulação de terceiros encontraria óbice na lei nº 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, que impõe em diversos artigos a tutela à intimidade, notadamente no artigo 7º, ao estabelecer que “ao usuário são assegurados os seguintes direitos: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Uma possível solução seria colher, ainda em vida, dos usuários das redes sociais, uma declaração precisa autorizando ou negando acesso aos sucessores na hipótese de falecimento futuro. Com essa medida evitar-se-ia toda celeuma.

6. MEMÓRIA E ESQUECIMENTO – PERSPECTIVA EMANCIPADORA

A conscientização, no sentido da existência de direitos outros além do direito estatal, proporciona também o questionamento acerca da sua hegemonia, e permite uma visão crítica acerca do tema dos direitos humanos, onde o direito ao esquecimento ou à memória estão inseridos.

O capitalismo e o liberalismo econômico construíram um direito estatal que estende seus braços a nível mundial, com a suposição da existência de um rol de direitos humanos que seja universal e aplicável a toda a civilização.

Questionamos esta universalização e entendemos, na linha de FLORES (2009), que os direitos humanos decorrem de compromissos e deveres a partir das lutas sociais emancipadoras, não devendo ser entendidos como algo universal e imposto pelo direito estatal, seja ele nacional ou internacional.

Antes disso, o direito estatal é apenas um instrumento ou meio que pode ser utilizado na luta pelos direitos humanos.

6.1. Os direitos humanos como processo

Na linha do mesmo autor (2009, p. 28), os direitos humanos não constituem direitos apenas a partir da afirmação e da condição humana. Ao contrário, não se pode vislumbrar os direitos humanos senão como um processo, como uma conquista individual inserida dentro de uma luta:

Os direitos humanos, mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. Como vimos, os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional. Uma constituição ou um tratado internacional não criam direitos humanos. Admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso. Daí que, para nós, o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade. (FLORES, 2009, p. 28).

Levando para o campo do direito à memória e ao esquecimento, isto reclama vislumbrar, dentro do âmbito doméstico, toda a luta por emancipação da condição da mulher. Da mesma forma, pegando o gancho com as lições de SANTOS (2000), compreende também a luta emancipatória da classe trabalhadora explorada, dos países subdesenvolvidos, em relação ao hemisfério norte colonizador.

Somente após esse processo social emancipador, que se dá fora do direito estatal, pode ocorrer, mas nem sempre ocorre, a criação de normas jurídicas afirmando e atestando essa existência de aludidos direitos.

A afirmação acerca da existência de direitos humanos universais pelas diversas Cartas e Tratados é perigosa, na medida em que pressupõe que os direitos já existem, que não demandam qualquer trabalho, que eles decorreriam do simples fato de ter a pessoa nascido. Isto traz o perigo, alerta FLORES (2009, p. 46), da “ignorância e passividade, ao invés de promover o conhecimento e a ação”.

6.2. Condições e deveres para um pensamento crítico

Seguindo ainda a lição do mesmo autor, propõe ele quatro condições e cinco deveres para uma teoria realista e crítica dos direitos humanos.

A primeira condição é ter uma visão realista do mundo em que vivemos, sabendo da manipulação realizada pelas classes dominantes. É poder enxergar com otimismo as barreiras que são colocadas, saber onde estamos e onde podemos chegar.

A segunda condição é desempenhar um papel forte de conscientização com vistas à mobilização. Nas palavras de FLORES (2009, p. 56), é ser o grupo dotado de um “empoderamento cidadão”, a capacidade de o grupo falar sua própria linguagem e ser reconhecido e ouvido pela classe dominante.

A terceira condição é ser crítica do formalismo jurídico, no sentido de buscar novas formas de garantir os resultados das lutas sociais, não se acomodando com a mera declaração dos direitos estampada nos textos normativos.

O pensamento crítico deve buscar, assim, permanentemente a exterioridade, saindo do lugar comum imposto pelas classes dominantes, buscando ideias novas. “Crítico não consiste em destruir para criar ou em negar para afirmar”, obtempera. Ser crítico consiste em estar aberto para o novo, sair do lugar comum, sempre com vistas a garantir os bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna. Crítico não consiste em dizer um não, mas dizer um sim a algo diferente, arremata citando Ernst Bloch. (FLORES, 2009, p. 60)

Alinhava, a seguir, os cinco deveres básicos.

O primeiro dever é o reconhecimento da aptidão, no sentido de que todos devemos ter a possibilidade de reagir culturalmente, frente ao entorno de relações no qual vivemos. (FLORES, 2009, p. 61).

O segundo dever é o respeito com relação às diversas concepções de valores e de mundo, vislumbrando, numa relação, quem está em posição de superioridade e quem está em posição de inferioridade, ambos igualmente dotados de dignidade.

O terceiro dever é a reciprocidade, assim entendida a necessidade de devolver ao outro o que lhe foi tomado em decorrência de nossa superioridade e privilégios, seja ao outro ser humano, seja à própria natureza.

O quarto dever é a responsabilidade com relação à subordinação, reconhecendo e exigindo a reparação dos danos e o retorno à situação anterior de isonomia.

O quinto dever é a redistribuição, no sentido de equalizar a situação de desigualdade, colocando todos na situação mínima de dignidade de bens e valores materiais e imateriais, “não submetida aos processos depredadores do sistema impostos pelas necessidades de benefício imediato que caracterizam o modo de relações baseado no capital [...]” (FLORES, 2009, p. 62).

6.3. Concepção integral dos direitos humanos

A busca por uma concepção crítica passa necessariamente pelo reconhecimento da mudança do cenário por qual passou o mundo após a segunda

guerra mundial e as cartas de direitos humanos que se seguiram. Passa pelo reconhecimento da existência de todo um aparato à mercê do sistema de dominação dos países desenvolvidos sobre os demais países subdesenvolvidos.

A visão crítica objetiva enxergar os direitos humanos umbilicalmente ligados com a política, implementando mecanismos para o concreto usufruto dos bens materiais e imateriais de todos os cidadãos.

Neste passo, o mesmo autor (FLORES, 2009, p. 78) inicia pontificando a existência de três modalidades de direitos, os direitos à integridade corporal (contra todo tipo de torturas; de restrições a nossas potencialidades de expressão e crença; de mortes violentas; de mortes evitáveis ...), os direitos à satisfação de necessidades (direitos sociais, econômicos ...) e os direitos de reconhecimento (de gênero, étnicos, culturais, em definitivo, direitos à diferença).

Faz-se necessária, assim, uma política de direitos humanos que contemple a ação, a pluralidade e o tempo.

FLORES faz uma análise muito semelhante à de SANTOS, no entanto com um foco um pouco diferenciado. Se por um lado este último autor centra sua análise nos espaços, aquele outro foca sua interpretação em outros elementos.

6.4. Perspectiva crítica e emancipadora na temática da memória e esquecimento

Tomando todos estes ensinamentos de FLORES, e aplicando-os ao tema do direito à memória e ao esquecimento, podemos tirar algumas conclusões.

Primeiramente, os direitos ao esquecimento ou à memória existem independentemente de uma incorporação aos textos legais. É evidente que o reconhecimento pelos documentos internacionais de proteção de direitos humanos, ou mesmo internamente nos Estados, não significa de modo algum um prejuízo: trata-se apenas de uma garantia a mais.

Mas este reconhecimento não deve conduzir a uma passividade, a uma crença muito conveniente aos titulares do poder, aos países dominantes, no sentido

da existência prévia de direitos, pelo simples fato de ter o indivíduo nascido. Os direitos humanos reclamam uma atitude ativa, um reconhecimento no sentido de que o rol estampado nas legislações decorre de longa evolução e da luta social que não pode parar de ocorrer.

O tema da memória aponta para o reconhecimento de classes reprimidas, seja no âmbito familiar, seja no âmbito social, como as mulheres, os indígenas, as etnias marginalizadas, as pessoas com orientações sexuais diversas, os trabalhadores violados em seus direitos, os excluídos dos bens materiais mínimos para uma vida digna, sem água potável, saúde pública, saneamento básico, em estado de miséria total, os refugiados e assolados pelas guerras civis e religiosas, etc...

Nesta seara, não podemos separar o individual do social, do coletivo: os direitos humanos devem ser integrais. O direito de ser reconhecido, especialmente daqueles marginalizados, reclama um reconhecimento integral, com respeito à integridade corporal, à satisfação de suas necessidades sociais e econômicas.

Reclama uma postura no sentido de que “os direitos humanos não sejam utilizados para eternizar as desigualdades e os obstáculos que o modo de relações sociais baseado na acumulação de capital impõe”, pondo em prática “um conjunto de estratégias antagonistas que nos sirva de guia ou metodologia de uma ação emancipadora” (FLORES, 2009, p. 90).

A memória, seja a individual, seja a social ou a histórica não têm sido privilegiadas ou ressaltadas. Isto certamente decorre da falência de institutos agregadores e básicos da vivência social, como a família, a igreja, a nação ou o Estado.

Com relação à família, vivemos uma época de vale tudo, homem com homem, mulher com mulher, e toda sorte de união. Não se criam laços, amizades e uniões são rapidamente desfeitas. Troca-se o contato direto pela mensagem eletrônica, não se conversa mais, amizades são feitas apenas através do computador. Através de um ‘clique’ ‘amizades eletrônicas’ indesejadas são desfeitas. Vivemos, como diz

BAUMAN (2004), a era da 'sociedade líquida'. Tudo isso impacta dentro do tema do direito doméstico e na ausência de formação de uma memória familiar.

O mesmo vale a nível maior, no tocante à nação. As datas comemorativas históricas são, cada vez mais, desconhecidas da população, não há um sentimento comum de pertença, fato que decorre certamente da ausência de credibilidade e confiança naqueles que exercem o poder, comandando os diversos estados, especialmente o brasileiro.

CATROGA (2015, p. 38) chega a sustentar que talvez não estejamos vivendo uma crise da memória, “não uma desritualização e desmemorização, mas uma ainda pouco perceptível afirmação de novos ritos e de novas formas de socializar e vivenciar memórias”. Isto porque, de forma contraditória, crescem o turismo cultural e outras formas de vivência da memória, trazidos pela quebra de barreiras físicas, de fronteiras trazidas justamente pelas novas ferramentas tecnológicas.

O tema do consumismo, da globalização e das ferramentas da internet nos faz refletir acerca da perda da memória e da capacidade de ver e sentir, especialmente de ver e sentir o outro, aquele que sofre e está do nosso lado, enquanto no mesmo momento fazemos uma nova amizade no *Facebook*.

Falar em perspectiva emancipadora é falar em resgatar aquilo que foi perdido, é lutar contra a “destituição do ser humano de seus rostos e de sua individualidade”, nas palavras de BAUMAN e DONSKIS (2014, p. 19).

Falar em perspectiva emancipadora nos dias atuais é falar da luta contra o mal na atualidade, não o mal poderoso que se encontra num lugar distante, mas no mal 'débil e disperso' a que aludem os mesmos autores, presente em cada ser humano normal e saudável. É lutar contra a 'adiaforização', a perda da sensibilidade provocada pela massiva e constante exposição do mal na mídia, inundando-nos de notícias que acabamos admitindo como normais. Acabamos ficando sem qualquer sensibilidade diante do sofrimento alheio. Esta ausência de sensibilização decorre da banalização do mal, tornando-o algo corriqueiro, comum.

Há a necessidade, assim, de lutarmos contra o excesso de exposição do mal, o abuso da memória utilizada com esse objetivo de banalização do mal, que acarreta

ausência de sensibilidade. Esta é provocada pelo ritmo frenético das informações e notícias, a ponto de BAUMAN e DONSKIS afirmarem que ela:

[...] envelhece bem antes de se estabelecer, fincar raízes e amadurecer num debate informado – uma vida apressada, em que todos nós sofremos sob a tirania do momento, que nem tanto nos força ou estimula a esquecer o que poderíamos ter aprendido, mas nos oferece uma pequena chance de memorizá-lo e mantê-lo em nossa memória”. (BAUMAN E DONSKIS, 2014, pp. 53/54)

Diante deste cenário, como fica o direito em sua relação com a memória e o esquecimento? Primeiramente, devem a memória e o esquecimento ser tutelados pelo direito? Em caso afirmativo, em quais situações?

Como pode o direito estatal ser efetivo neste objetivo?

6.5. A memória deve ser exaltada, mas aberta a uma possível revisão

Dentro do cenário traçado acima, parece certo que a medida a ser tomada com vistas a atacar este tenebroso rumo da sociedade moderna é a garantia da ‘justa’ memória, seja a individual, seja a coletiva ou histórica.

Na tutela da memória no âmbito individual, via de regra escapa ao indivíduo o direito de reescrever sua própria memória de maneira contrária aos acontecimentos.

Neste diapasão, o oblívio deve estar restrito a hipóteses extremas, em que a própria ordem jurídica reclama a paz em busca de caminhos outros e novos, diante de situações conflituosas. Não é objetivo da ordem jurídica a perpetuação das lides, e a eterna rememoração dos erros do passado individual em nada contribuiria para a tão almejada pacificação com justiça.

A memória deve ser fidedigna aos acontecimentos, e o direito estatal deve servir de instrumento para garantir esta exatidão. É conhecido o perigo da manipulação dos fatos históricos pelos detentores do poder. Deve ser constante o conhecimento do passado histórico e a luta das classes pela preservação da veracidade dos fatos nas versões oficiais dos governos.

A tutela à memória e esquecimento ganha contornos específicos no âmbito da internet. Neste campo, sim, tem o indivíduo o direito de escolher o conteúdo daquilo

que pretende ver divulgado na rede mundial de computadores e durante qual período. O grande problema que surge diz respeito à efetividade do direito neste campo. Como implementar esta garantia, ainda que reconhecida?

Também a nível coletivo o privilégio há que ser com relação à memória.

Os grandes acontecimentos da história não podem jamais ser esquecidos, sejam eles bons ou ruins. As novas gerações que não vivenciaram acontecimentos trágicos, como o holocausto, ou as ditaduras militares, têm direito de conhecer amplamente as barbáries que foram cometidas contra o semelhante, por razões ideológicas diversas, de modo que elas jamais venham a se repetir.

Não vemos, assim, espaço, neste campo, para o esquecimento.

Apesar deste destaque à memória, da análise dos capítulos precedentes concluímos no sentido de que a memória, especialmente a coletiva, deve estar aberta constantemente a uma releitura. Não pode haver uma palavra final em tema de memória e esquecimento.

Vivemos, ainda, um tempo de excesso de memória no sentido de uma ausência de recato e intimidade. Deve-se buscar, neste ponto, um justo equilíbrio entre a memória e os valores ligados à vida privada e à intimidade.

6.6. Não há uma resposta unívoca no conflito entre memória e esquecimento

Mesmo entendendo que deve haver um privilégio da memória, neste conflito não há uma resposta única para todas as situações. Seja no direito estatal, seja nos demais espaços sociais, todos os fatores devem ser tomados em consideração antes de uma conclusão a favor de um ou outro valor.

Trata-se, como já frisado, de uma luta incessante do homem desde o início dos tempos, que trava consigo mesmo e com seus semelhantes, seja no âmbito familiar, no ambiente de trabalho, no convívio social.

As formas de solução de conflito nos diversos direitos existentes nos espaços doméstico, da produção, de mercado, da comunidade, da cidadania e no espaço mundial são díspares.

Há a utilização da força e do silêncio imposto pela parte mais forte num espaço social; há discussão e debate em outro espaço. A luta pelos direitos humanos é travada diariamente em todos os espaços sociais. Trata-se de um processo constante e ininterrupto, infundável. Não há, como dito, uma resposta única e pronta acerca de qual direito deva prevalecer, a memória ou o esquecimento. Tudo dependerá da situação concreta.

6.7. O reconhecimento através do esquecimento

Por mais que tenhamos tentado obter uma sistematização deste conflito entre memória e esquecimento, pelo menos no âmbito do direito estatal, não há uma resposta unívoca.

O que chama a atenção, por paradoxal que possa parecer, é o fato de ser possível o reconhecimento de um direito do homem através do esquecimento. Esta circunstância foge ao corriqueiro, pois normalmente o homem busca o reconhecimento através de algo que não possui. Ou seja, por estar numa situação de desvantagem, de inferioridade, busca a tutela do direito para obter aquele bem jurídico que lhe é suprimido. Busca, assim, um ganho, um acréscimo, um reconhecimento através da tutela jurídica.

Parece realmente muito estranho que este reconhecimento possa vir através de um pleito de uma tutela, não de um direito positivo, mas negativo, um direito de ser esquecido, de ser deixado de lado, de ser deixado em paz.

Mas é justamente o que ocorre. Na origem histórica de um direito ao esquecimento, ele esteve ligado ao cumprimento da pena criminal. O cidadão, condenado, que pagou sua dívida para com a sociedade, tem o direito à ressocialização, sem carregar para sempre a pecha de condenado. Uma vez corrigidos os rumos tortuosos outrora seguidos, tem direito ao apagamento daquele passado tenebroso, de modo a iluminar seu futuro por novos caminhos.

Nos primórdios, identificamos esse direito atrelado ao princípio da busca pela paz social, que reclama o fim dos conflitos sociais, a pacificação com justiça, verdadeiro escopo do processo, penal ou civil. O holofote eternamente direcionado ao condenado jamais permitiria o fim dessa lide, tornando a pena algo desumano, desproporcional e superior ao concretamente estabelecido na sentença e já cumprido. Haveria, certamente, violação ao princípio da legalidade e atentaria contra a dignidade da pessoa humana submeter o condenado perenemente exposto a uma mácula de seu passado.

O direito ao esquecimento é reflexo da esperança, da crença na melhora e regeneração da pessoa. O ordenamento jurídico brasileiro está permeado por normas e valores que apontam para um futuro esperançoso.

Mas o direito ao esquecimento alcançou outras esferas, já citadas neste trabalho. Ganha conotações novas, especialmente diante das novas tecnologias. Serve, nesse diapasão, como uma ferramenta para frenar a própria atuação desmesurada do homem nesse campo, ao abrir inadvertidamente sua intimidade a desconhecidas e distantes pessoas. O ser humano está perdendo o controle de tudo, de sua intimidade, de suas amizades, de seus relacionamentos.

A intimidade corre, neste campo, sério risco, e o esquecimento pode servir de ferramenta para recobrar a proteção daquilo que descuidadamente foi exposto. O esquecimento é a ferramenta contra o abuso que às vezes ocorre em virtude do exercício da liberdade de imprensa ou da manifestação do pensamento.

Ser esquecido pode ser uma importante forma de reconhecimento, é uma forma de dizer ao outro, ou aos outros, que há um direito à intimidade, ao recato, que tudo não está à exposição, à mostra, que também há os direitos negativos que o outro deve respeitar, especialmente aqueles que dizem respeito à esfera íntima, àquele rol de segredos e intimidades que o homem pretende deixar restrito a um círculo de pessoas mais próximas ou mesmo a ninguém mais.

6.8. Efetividade do direito estatal na tutela da memória e do esquecimento

Nos capítulos precedentes pudemos destacar a influência que o direito e, conseqüentemente, a ciência do direito tiveram em decorrência do capitalismo. O direito estatal é visto e se enxerga como sendo a única forma de direito existente. Esta constatação é facilmente tirada a partir da análise dos currículos dos cursos de direito ou mesmo a pesquisa científica que é desenvolvida a nível universitário, especialmente no Brasil. Somente se estuda o direito legislado, cegos à realidade fática circundante.

Essa visão parcial provoca uma revolta, uma irresignação, seja pela sociedade, seja pelos operadores do direito, diante da falta de efetividade do direito estatal nos diversos campos de atuação. O problema não é diferente em se tratando de tutela à memória e ao esquecimento.

A luta pela proteção à memória e ao esquecimento, tanto a nível individual como no aspecto coletivo, deve ser levada a efeito, pelo direito estatal, a partir de uma perspectiva de reconhecimento do ser humano. É para o homem que o direito é criado; ele e seu bem maior são os objetivos primeiros do ordenamento jurídico.

A prevalência da memória ou do esquecimento deve ser norteada por este objetivo máximo.

A efetividade do direito estatal passa, primeiramente, pelo reconhecimento da existência de outros direitos, de outros espaços estruturais que interagem com o direito estatal. Ademais, isso implica um conhecimento e diálogo com os atores dos demais espaços da comunidade, pelos órgãos públicos e especialmente por parte do Poder Judiciário, de modo a propiciar uma aproximação objetivando atingir e implementar instrumentos jurídicos novos e eficazes.

Não se deve perder de vista jamais que a luta pelos direitos humanos é uma luta por reconhecimento e ela se faz na luta social, diariamente, não decorrendo nunca apenas da positivação pelo direito, como algo estanque.

A efetividade do direito estatal, no campo dos direitos humanos, portanto, é algo fundamental principalmente na sua afirmação e reconhecimento social como forma hegemônica e legítima de direito.

6.9. Perspectivas no Brasil, hoje.

O tema da memória no cenário brasileiro da atualidade nos remete, necessariamente, a toda a história nacional, desde a época da colonização portuguesa.

O Brasil de hoje é um reflexo daquele período. Não é possível uma leitura isolada do período atual.

Desde a época da colonização, nosso país sempre foi explorado, foi visto pela metrópole portuguesa como um lugar de passagem.

A estrutura de exploração, consistente na divisão de terras, nos latifúndios, onde os donos da terra eram, ao mesmo tempo, representantes da coroa portuguesa, ao mesmo tempo, juizes e administradores públicos, perdura ainda hoje no cenário brasileiro. Basta ver as discussões travadas no âmbito do Congresso Nacional e as forças detentoras do poder político no Brasil da atualidade.

Portugal, assim, sempre considerou o Brasil como um lugar de passagem, tendo instituído um sistema de feitorias, uma feitorização.

Deve-se destacar que a maior pena considerada nas Ordenações portuguesas, para aqueles condenados por 'feitiçaria', era a pena de degredo para o Brasil. Estava atrás inclusive da pena de degredo para a África, considerada mais branda, pois mais próxima de Portugal.

Soma-se, a isso, toda a história subsequente ao descobrimento, com a dizimação do povo indígena, a violação de seus costumes, do direito indígena e todos os temas envolvendo a questão negra, a escravidão. Nesse ponto, estima-se que tenham sido encaminhados às Américas entre oito e onze milhões de negros escravos, sendo que só para o Brasil calcula-se que este número tenha sido entre dois e meio e quatro milhões de negros. (FAORO, 2000, p. 247)

Resta evidente a consequência da exploração dos grupos indígenas e negros nos anos subsequentes, especialmente com o fim da escravidão oficial, enviando à sociedade um contingente de pessoas totalmente despreparadas, desamparadas, sem educação e conhecimentos básicos e condições mínimas de sobrevivência. Como pontifica o mesmo autor, na base social da época está o escravo negro, despido e nu, carregado de ferro e adorando os senhores como deuses. (FAORO, 2000, p. 247)

Esse cenário implicou, ainda, a ausência do surgimento de um sentimento de unidade nacional entre os habitantes do território brasileiro. Os movimentos de oposição à dominação portuguesa sempre foram exemplarmente repelidos. Os inconfidentes foram severamente julgados e condenados. Tiradentes, mártir da inconfidência, teve partes de seu corpo decepadas e expostas publicamente até o apodrecimento.

De se destacar, ainda, que sequer houve o surgimento de uma classe burguesa proeminente no Brasil. Ao aludir ao tráfico negreiro existente como altamente lucrativo, FAORO ressalta:

Esta desdenhada circunstância explica muitos enigmas da história brasileira: a dependência à burguesia portuguesa, por sua vez enfeudada à europeia, a centralização política decorrente de um homogêneo núcleo de interesses, a submissão do agricultor ao vendedor e financiador de escravos, a pouca mobilidade da empresa colonial, arraigada, até a morte, aos seus investimentos de escassa lucratividade, agrilhoadas às dívidas sempre renovadas e crescentes. (FAORO, 2000, p. 247)

Estes fatos refletiram e refletem, ainda hoje, na composição do cenário social do Brasil. Hoje temos um país com uma juventude, em grande parte, conectada com as mais modernas tecnologias existentes no mundo e convivemos, ao mesmo tempo, com pessoas sem as condições mínimas de sobrevivência, sem quaisquer direitos básicos, saneamento, educação e saúde. Por exemplo, pessoas que fazem jornadas diárias de 12, 14 horas ou mais de trabalho, em troca de um prato de comida ao final do dia e um local para dormir. Ou seja, pessoas que vivem na condição análoga à de escravo. Mesmo séculos após a abolição oficial da escravidão, continua ela a ser praticada.

Por outro lado, a violência contra a mulher impera de forma alarmante, a ponto de recentemente ter sido noticiado que o Estado de São Paulo registra um caso de feminicídio a cada quatro dias, segundo dados da Secretaria da Segurança relativos ao primeiro semestre de 2017, tendo sido a residência o local de 63% das mortes que atingiram, desde empregadas domésticas até juíza do trabalho.⁶⁶

O Brasil, como frisado, sempre foi tratado como um local de passagem, de exploração. Esta característica da sociedade reflete na situação do direito e dos cursos jurídicos, com a ausência, no início, da instituição de universidades no Brasil, ou mesmo na demora na criação de um direito brasileiro.

Os cursos jurídicos no Brasil são historicamente recentes, o mesmo ocorrendo com o direito brasileiro. Este último é reflexo de toda a história brasileira, caracterizada pela ausência de um movimento social que dê unidade e identidade ao nosso Estado. O direito brasileiro, seja a nível constitucional ou legal, é caracterizado pelo excesso de promessas, mas é bastante fraco em efetividade.

Tocar no tema de direitos humanos, no Brasil da atualidade, é tentar desatar este cordão umbilical que, até hoje, nos liga às origens históricas de exploração e espoliação. É como que uma luta entre consciente e inconsciente, uma tentativa frustrada de um esquecimento e uma memória que sempre persiste.

Esta entranha que não desata, este nó que nos prende ao passado precisa de uma ruptura. Como ela se dará? Com uma revolução? Com uma conscientização e educação da população, com um movimento pacífico e democrático? Não se sabe.

O certo é que o tema da memória e esquecimento, em se tratando do Brasil, é candente e o papel a ser desempenhado pelo direito e pelo poder judiciário é fundamental, no sentido da implementação da efetividade do direito especialmente pelas categorias historicamente e hodiernamente marginalizadas e discriminadas.

⁶⁶ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1912194-sp-registra-1-feminicidio-a-cada-4-dias-63-das-vitimas-morrem-em-casa.shtml>, acesso em 24.08.2017

7. PROJETOS DE LEI SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Sobre o tema do direito ao esquecimento estavam em andamento, no Brasil, três projetos de lei, de nº 7.881/2014 e 1.676/2015, a este último apensado o de nº 2.712/2015 e ao de nº 8.443/2017 (este último de autoria de Luiz Lauro Filho). O primeiro deles acabou arquivado. Quanto aos demais, há parecer no sentido do arquivamento, mas ainda pendente de análise. (consulta em 06.12.2017)

É a seguinte a redação proposta com relação ao Projeto nº 1.676/2015 de autoria do Deputado Veneziano Vital do Rêgo:

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

Art. 4º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, devem criar, dentro de noventa dias, departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente.

§ 1º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, na hipótese de não reconhecerem a existência do direito ao esquecimento, deverão fornecer ao requerente, por escrito, motivadamente, as razões da negativa, em até trinta dias.

§ 2º O prazo máximo de trinta dias mencionado no § 1º não constitui impedimento para a pronta solução de casos mais urgentes.

§ 3º O descumprimento do dever de instalação dos departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento ou o seu mau funcionamento acarretará a responsabilidade dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, a ser promovida por meio de ação civil pública.

A este último foi apensado o Projeto nº 2.712/2015 de autoria de Jefferson Campos:

PROJETO DE LEI Nº 2712, DE 2015
(Do Sr. JEFFERSON CAMPOS)

Modifica a Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014 obrigando os provedores de aplicações de internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet, nas condições que especifica.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei modifica a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil” – o Marco Civil da Internet, obrigando os provedores de aplicações de internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet, nas condições que especifica.

Art. 2º Acrescente-se o inciso XIV ao art. 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, com a seguinte redação:

Art. 7º

.....
XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em sítios de busca, redes sociais ou outras fontes de informação na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos.

(NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

O Deputado Arolde de Oliveira, Relator, votou pela rejeição dos projetos, com os seguintes argumentos:

Com referência ao tema do “direito ao esquecimento”, objeto dos artigos 3º e 4º da proposição principal, é de nosso parecer que a matéria precisa ser bem mais discutida e aprofundada, uma vez que pode ferir de morte o direito de expressão, previsto na Constituição Federal. Além disso, é muito difícil precisar se determinada veiculação ou tema deixou de possuir os atributos de interesse público. A simples adoção do “direito ao esquecimento”, na forma proposta, pode ocultar fatos relevantes e cuja memória seja de suma importância para a sociedade brasileira. Entendemos que este tema deva merecer um amplo debate antes de sua inserção na ordem jurídica brasileira. Ademais, é importante frisar que cada caso precisa de um tratamento específico, razão pela qual a análise pelo Judiciário ainda nos parece

o melhor caminho. Desta forma, acreditamos equilibrar bem o eventual conflito entre o direito de privacidade e de preservação da intimidade e o direito da livre expressão e de manifestação do pensamento, sem desequilibrarmos em favor de um dos lados, com seríssimos prejuízos à democracia brasileira.

Já o projeto nº 7.881/2014, arquivado, tinha a seguinte redação:

PROJETO DE LEI Nº 7881 DE 2014
(Do Sr. EDUARDO CUNHA)

Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º

É obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.

Art. 2º

Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sob nossa óptica, exceção feita ao projeto nº 7.881/2014, os demais representam grande avanço na tutela do direito ao esquecimento.

De maneira alguma, ao contrário do que a firma o Relator Arolde de Oliveira, há violação à liberdade de expressão. O primeiro projeto em testilha exige que os meios de comunicação disponibilizem setores encarregados do recebimento de reclamações e analisem a pertinência e veracidade das mesmas, apresentando eventual negativa por escrito aos interessados.

Trata-se de uma via louvável de composição extrajudicial de conflitos no tema da memória e esquecimento, que certamente importará na diminuição da via jurisdicional.

A insistência na negativa de se positivar expressamente um direito ao esquecimento relega este último literalmente ao esquecimento, exigindo dos prejudicados o recurso, sempre, ao Poder Judiciário. A posição defendida pelo Relator é a posição daqueles que sempre voltaram seus olhares à liberdade de imprensa

como valor máximo da ordem democrática atual, posição extrema que deve ser afastada.

A nível mundial, de se mencionar a Diretiva n° 95/46 do Parlamento e do Conselho Europeu, desde a metade da década de 1990, tendo definido o direito ao esquecimento no item 2.1.3. Em sentido oposto, privilegiando o valor contrário, da informação, destaca-se a Carta Europeia relativa à Liberdade de Imprensa.

Já a legislação mais recente, que entrará em vigor em 25 de maio de 2018, é a Regulação n° 679/2016⁶⁷. O artigo 17 deste diploma define e estabelece a proteção ao direito ao esquecimento, “*right to be forgotten*” ou “*right to erasure*”.

É a seguinte a redação da nova norma:

Retificação e apagamento

Artigo 16

Direito de retificação

O titular tem o direito de obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito. Tendo em conta as finalidades do tratamento, o titular dos dados tem direito a que os seus dados pessoais incompletos sejam completados, incluindo por meio de uma declaração adicional.

Artigo 17

Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6°, n° 1, alínea a), ou do artigo 9°, n° 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n° 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n° 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8°, n° 1.

⁶⁷ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC> acesso em 04.10.2017

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n° 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n°s 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

- a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
- b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento previsto pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
- c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9°, n° 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9°, n° 3;
- d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89, n° 1, na medida em que o direito referido no n° 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
- e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Digno de menção, ainda, no Brasil, o projeto de lei n° 5.276/2016 que “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural”. O projeto é de excelente qualidade, garantindo, acaso aprovado, uma adequada proteção à personalidade no atinente ao tratamento de dados.

Seu artigo 6° estabelece as finalidades da atividade de tratamento de dados, dentre elas a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, propiciando, assim, às pessoas afetadas pela atividade, a devida retificação e proteção da personalidade.

Formulamos, a seguir, uma proposta de projeto de lei que contempla as principais ideias lançadas no presente trabalho.

PROPOSTA DE PROJETO DE LEI:

Art. 1º- Constitui direito da pessoa física ou jurídica impedir que imagens ou fatos, ainda que verídicos, venham a ser divulgados, quando não guardarem correspondência com o contexto atual e puderem provocar dano ou violar direito.

Art. 2º - Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores devem automaticamente excluir, de seus registros de acesso direto pelo público, notícias ou fatos ocorridos há mais de 10 (dez) anos, potencialmente lesivos a direitos da pessoa, salvo quando presentes interesse público, histórico ou científico devidamente fundamentados.

§ 1º - Compete ao veículo responsável pela comunicação ou divulgação a menção expressa, no próprio texto ou arquivo, acerca do interesse que justifique a manutenção do conteúdo.

§ 2º - A previsão do prazo estabelecido no caput deste artigo não afasta o direito de o interessado pleitear a retirada de notícias ou fatos verídicos, ou a retificação, quando inverídicos, em período inferior, exercendo amplamente o direito ao esquecimento nos termos do previsto no artigo 1º.

§ 3º - É o veículo de divulgação obrigado a responder a requerimento de interessado, nos moldes do § 2º, no prazo de 15 (quinze) dias e a proceder, no mesmo prazo, à devida retificação ou retirada, caso procedente a reclamação.

§ 4º - O descumprimento das obrigações previstas no caput e § 1º, bem como no § 3º deste artigo importam na presunção de ilegalidade da divulgação.

Artigo 4º - O exercício do direito ao esquecimento tem por objetivo a tutela do pleno exercício da personalidade em todas as suas dimensões, não podendo importar em apagamento dos fatos históricos ou relevantes para a sociedade.

§ 1º- Sempre que possível, o direito ao esquecimento será exercido dificultando-se o acesso geral e direto aos arquivos de dados, sem prejuízo do acesso pontual de interessados, mediante requerimento devidamente fundamentado.

Artigo 5º - Havendo divergência na aplicação do direito ao esquecimento, a lide será submetida ao Poder Judiciário ou à arbitragem, devendo o julgador garantir, de forma cumulativa, a observância da liberdade de informação ou manifestação do pensamento e os direitos da personalidade, através da divulgação com a preservação do anonimato, aliada à não exposição de imagens reais dos envolvidos.

§ único – Na impossibilidade de atendimento do previsto no caput deste artigo, a decisão tomará por base o interesse público e a relevância dos fatos para a sociedade, nos aspectos histórico ou científico, bem como o contexto fático da exposição pretendida ou ocorrida.

Artigo 6º - Para garantir efetividade na tutela do direito ao esquecimento o julgador poderá se valer de quaisquer medidas previstas na legislação processual, como a imposição de multas, aplicação da pena de desobediência, retirada de circulação de jornais, livros, revistas e meios de comunicação escritos e eletrônicos, retificação de dados, direito de resposta, imposição de penalidade pecuniária, dentre outras.

Artigo 7º - No caso do direito ao esquecimento relacionado à pessoa falecida, são legitimados para reclamar a tutela o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

JUSTIFICATIVAS

A minuta apresentada leva em consideração a ausência de interesse e atualidade na divulgação de notícias e imagens num período superior a 10 (dez) anos, prazo bastante razoável tendo em vista o avanço tecnológico atual.

Inverte a obrigação no sentido de atribuir, aos meios de comunicação, o ônus de indicar a pertinência histórica ou pública da notícia ou da pessoa retratada.

Impõe obrigação, aos meios de comunicação, de justificativa para a manutenção de notícias potencialmente prejudiciais a direitos individuais, bem como no sentido de resposta a requerimentos a eles dirigidos.

Foram incorporados, ainda, os parâmetros que devem nortear o órgão jurisdicional na tarefa de decidir os conflitos no tema da memória e do esquecimento, com a inclusão da possibilidade de tutela à pessoa jurídica e também por parentes de pessoas falecidas.

CONCLUSÕES

Dentro de nossa proposta metodológica buscamos um enfoque multidisciplinar, avançando no tratamento da memória e do esquecimento na filosofia, na história, na psicanálise, na psicologia e na neurofisiologia.

Também, a partir de um conceito ou visão ampla do direito, analisamos as formas de direito existentes em diversos espaços estruturais, estudando, além do direito estatal, também o direito doméstico, o direito da produção, o direito da comunidade, o direito sistêmico e o conflito existente entre os valores memória e esquecimento nesses espaços.

Este enfoque amplo e multidisciplinar, apesar de perder em precisão, ganhou em riqueza na compreensão dos aspectos múltiplos dos valores envolvidos no conflito.

A partir de nossa proposta, chegamos às seguintes conclusões:

1. O conflito entre memória e esquecimento é um dos conflitos básicos do ser humano, retroagindo, no tempo, à origem das civilizações, e não ficando restrito ao conflito inter-humano, mas sendo um conflito interno e eterno do homem, desde o seu nascimento até sua morte, sendo inclusive, segundo alguns psicanalistas, transmitido geneticamente aos descendentes.
2. É desconhecido o mecanismo através do qual a memória retém as informações e as experiências ao longo da vida. O mesmo ocorre com o fenômeno da rememoração ou recordação dos fatos passados. É certo que este fenômeno decorre de um longo percurso, de uma longa batalha interna travada pelo ser humano. Interferem neste percurso sistemas nervosos e uma série de fatores internos desconhecidos.
3. O esquecimento, ao contrário do que pode parecer numa primeira abordagem, é pré-existente e pressuposto da memória, sendo força ativa e não algo passado, passivo, perdido no tempo. O esquecimento é ativo e está atuante no presente.

4. O esquecimento é fundamental para a atividade cerebral. Participam da atividade cerebral a memória trabalho, que é um verdadeiro guardião das primeiras percepções cognitivas. A memória trabalho dura segundos e tem a função de filtrar os elementos importantes a partir de uma comparação com as experiências passadas já fixadas.

5. Outras duas modalidades de memória são as de curta e longa duração. Esta última é desenvolvida a partir de reações bioquímicas, de síntese proteica e formação de sinapses cerebrais e tem o objetivo de armazenar as memórias por um longo período, de anos. A memória trabalho ocorre no córtex pré-frontal, e a memória de longa duração, no hipocampo e nas amígdalas cerebrais.

6. Em diversas situações perigosas, indesejadas ou traumáticas o indivíduo cria como que um manto, uma barreira, um verdadeiro esquecimento de modo a propiciar a continuidade da vida sem a constante lembrança dessas experiências. Elas existiram e estão “armazenadas” em algum lugar, ou podem ser evocadas, mas não ficam em situação de latência. Elas ficam literalmente ou temporariamente esquecidas. Não é salutar que fiquem definitivamente esquecidas, pois o registro é importante especialmente para prevenir futuras situações perigosas, desagradáveis. Mas não podem vir à tona diariamente, sob pena de se tornar a vida insuportável.

7. Memória e esquecimento são temas centrais dentro da História. É conhecida a manipulação acerca das verdades dos fatos. Através de alteração dos fatos manipula-se o presente e inclusive o futuro. A história trabalha com a constante reinterpretação dos fatos pretéritos. Há também na história o esquecimento, os ‘tabus da história’, verdades que não podem ser tocadas por conveniência.

8. A análise interdisciplinar da história, psicanálise, neurofisiologia e filosofia, nos leva a concluir no sentido de que o direito ao esquecimento é um direito natural do homem, inerente à sua condição existencial, não devendo o direito positivo disciplinar de maneira diversa.

9. À mesma conclusão chegamos a partir da análise e interpretação da Constituição Federal de 1988, no sentido de que o direito ao esquecimento exsurge a partir de

diversos princípios constitucionais, especialmente o fundamento da dignidade da pessoa humana.

10. Inicialmente desenvolvido no campo do direito penal, o direito ao esquecimento implica uma limitação à liberdade de imprensa e à liberdade de manifestação do pensamento, com o intuito de proteger a ressocialização do condenado que já cumpriu sua pena, impedindo assim nova divulgação dos fatos delituosos. Estava inicialmente ligado a uma modificação de comportamento, ao cumprimento da pena.

11. O direito ao esquecimento decorre de valores e princípios básicos do ordenamento jurídico que orientam no sentido da paz, da cessação e não eternização dos conflitos, protegendo assim a dignidade do ser humano. Tem como embasamento uma ideia de esperança e otimismo que norteia o ordenamento jurídico brasileiro. Decorre ele também diretamente a partir da posituação de uma tutela à memória, a partir de uma justa medida da proteção à memória. A memória e os valores democráticos relacionados, como a liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento não são absolutos, devendo seus contornos ser delimitados de modo a não os tornar abusivos.

12. Inicialmente debatido no campo da execução penal, o direito ao esquecimento passou a ser invocado não apenas por condenados, mas também por vítimas ou familiares de vítimas, por pessoas famosas para impedir a divulgação de suas biografias, bem como também para impedir a divulgação de fatos, verídicos ou falsos, no âmbito da rede mundial de computadores.

13. Na solução do debate entre memória e esquecimento no seio do direito estatal, situamos o conflito dentro da modalidade de normas jurídicas chamadas 'princípios'. Na Constituição brasileira de 1988, o conflito envolve a liberdade de manifestação de pensamento ou a liberdade de imprensa e, de outro lado, a intimidade, a vida privada, a paz e a dignidade da pessoa humana.

14. Para resolver o embate, muitos autores utilizam a figura da ponderação, ou do sopesamento. Segundo pensamos, a ponderação ou sopesamento nada mais é do

que uma técnica justificativa, na medida em que ocorre após a construção da norma jurídica. É, assim, mostrativa, deficiente. Não soluciona o conflito.

15. Para uma visão abrangente do conflito, adotamos um conceito amplo de direito, no sentido de um “corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força”. (SANTOS, 2000, p. 290)

16. O direito estatal não é a única forma de direito existente. Há outros espaços estruturais, como o espaço doméstico, o espaço da comunidade, o espaço sistêmico, o espaço da produção, onde se desenvolvem formas de poder e de direito que interagem com o direito estatal.

17. O direito estatal e o modo capitalista que dominam o mundo tendem a enxergar o direito estatal como a única forma de direito existente, o que ocasiona uma visão míope e deturpada do conflito e um espanto e frustração, principalmente diante da ausência de efetividade deste direito ‘hegemônico’.

18. O direito estatal pode dar uma solução ao dilema entre a memória e o esquecimento. No entanto, é certo que este conflito, ao menos o interno do homem, jamais cessará.

19. Tomadas estas premissas, concluímos no sentido de que não há e não pode haver uma resposta única e pré-concebida, seja pela legislação, seja pelo poder judiciário, no conflito entre memória e esquecimento.

20. Muito embora vislumbremos uma necessidade, especialmente no tema da memória coletiva, do privilégio à memória e não ao esquecimento, entendemos que o direito não se deve fechar ‘solidificando’ a memória, com verdades finais e imutáveis. Isto porque é próprio da história a constante releitura do passado, que enriquece o presente e constrói um futuro promissor.

21. O esquecimento não pode ser deixado de lado como instrumento na luta pelo reconhecimento, na afirmação e defesa do homem em sua dignidade. Muito embora a defesa dos direitos, principalmente dos excluídos, esteja ligada à concessão de algo, de um bem material ou imaterial, a luta por reconhecimento pode estar atrelada ao direito de não ser lembrado, de ser deixado em paz, de não ser perseguido, de ter respeitada sua dignidade.

22. Neste passo, o direito ao esquecimento atua principalmente como uma ferramenta contra eventual abuso praticado sob o pretexto do exercício de uma liberdade de imprensa.

23. No direito estatal, de modo a nortear uma possível solução para o conflito entre memória e esquecimento, listamos 6 (seis) fatores, três deles relacionados aos fatos ocorridos e três deles tendo como referência a pessoa envolvida, que podem ser considerados na decisão judicial. São eles (1) a relevância ou historicidade, (2) a veracidade ou falsidade e (3) a atualidade ou antiguidade dos fatos, (4) o fato de ser a pessoa anônima ou pública, (5) a divulgação ou não do nome e (6) a ausência ou não de mudança de comportamento da pessoa.

24. Quanto a esses fatores, entendemos que há uma tendência, no conflito entre memória e esquecimento, na hipótese de estarmos diante de fatos relevantes ou históricos, de pender a decisão em favor da memória.

25. No caso da divulgação de fatos verídicos e em se tratando de personagem pública, também há uma predisposição pela tutela em favor da memória, pela divulgação dos fatos e contrariamente ao esquecimento.

26. A mudança de comportamento da pessoa envolvida também foi fator fundamental no surgimento de uma teoria em prol de um direito ao esquecimento, e deve ser destacada, o mesmo ocorrendo com o fato de ter a pessoa cumprido a pena imposta.

27. Esses fatores listados, como ressaltamos, constituem apenas um norte, pois o conflito deve ser resolvido à luz do caso específico, considerando-se suas

peculiaridades, sempre tendo como objetivo a busca pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a paz e a ausência de eternização dos conflitos.

28. O conflito entre memória e esquecimento está diretamente relacionado com a efetividade na implementação de direitos humanos no Brasil da atualidade. O passado histórico brasileiro não apenas não é esquecido, mas deixa marcas aparentemente impossíveis de serem retiradas na sociedade atual brasileira, caracterizada por grande distribuição irregular de rendas, com uma massa de miseráveis, abaixo da linha da pobreza, pessoas vivendo realmente marginalizadas, sem direitos básicos, como saúde, saneamento básico, educação e direitos trabalhistas mínimos.

29. O esquecimento, neste tema, está ligado à retirada do cordão umbilical que nos une a este passado de espoliação. Não no sentido próprio do termo, como esquecimento dos fatos, mas como ruptura do passado, verdadeira independência que não ocorreu ainda hoje. Memória, no sentido do olhar voltado para as classes dos excluídos, não apenas no atinente à efetiva implementação das políticas públicas a eles direcionadas, mas também por parte do Poder Judiciário, enquanto guardião do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo: Bispo de Hipona. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrosio de Pina. Petrópolis: Editora Vozes, 2014., 389 p.

ALEMANHA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, **Caso Lebach 1**, Acórdão disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>, acesso em 02.02.2017.

ALEMANHA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, **Caso Lebach 2**, Acórdão disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125_1bvr034898.html>, acesso em 02.02.2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, 2ª edição, 669 p..

ALMEIDA, Rogério Miranda de. **A Memória, o Esquecimento e o Desejo**. São Paulo: Ideias e Letras, 2016, 243 p..

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Habeas Data**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 221 p..

ANDERSON, Michael C; BADDELEY, Alan; EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, 471 p..

ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de (2012). **Oblivion: The Right to Be Different... from Oneself Reproposing the Right to Be Forgotten**. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. n° 13, pp. 122-137. UOC. http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-andrade_esp/n13-andrade_eng, acesso 25.09.2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2ª edição, São Paulo: Editora Verbatin, 2013, 232 p..

_____ ; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2016, 20ª edição, 655 p..

ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 12ª edição, 2014, Trad. Roberto Raposo, 405 p..

ARISTÓTELES. **Parva Naturalia**. Tradução Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2014. 190 p..

BADDELEY, Alan; EYSENCK, Michael W.; ANDERSON, Michael C.. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, 471 p..

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, 453 p..

_____ Interpretação Constitucional como interpretação específica. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p..

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito, os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 184 p..

BASTOS, Rosarinha. **Santo Agostinho, Memória e Confissão**, disponível em: <<http://rosarinhabastos.blogspot.com.br/2010/03/santo-agostinho-memoria-e-confissao.html>, 2010>, acesso em 27.02.2017.

BAUMAN, Zygmunt, **Amor Líquido**, Rio de Janeiro: Zahar, 2004, 192 p..

_____, **Danos Colaterais**, Rio de Janeiro: Zahar, 2013, 225 p..

BAUMAN, Zygmunt e DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral, a perda da sensibilidade na modernidade líquida**., tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2014, 263 p..

BIBLIA SAGRADA, Tradução Padre Antônio Pereira de Figueiredo, Edelbra, Erechim-RS.

BINENBOJM, Gustavo. ***Audiência Pública realizada em 12.06.2017*** no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli

BLOCH, Marc. ***Apologia da história ou o ofício de historiador***. Tradução André Telles, Rio de Janeiro: Zahar, 2001, 159 p..

BORGES, Jorge Luis. Funes, o Memorioso. In ***Ficções***. São Paulo: Editora Globo, 1999. Disponível em < <https://teoriadoespacourbano.files.wordpress.com/2013/02/borges-ficc3a7c3b5es.pdf> > acesso em 15.12.2017

BRANCO, Sérgio. ***Memória e esquecimento na internet***. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, 205 p..

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade, ***Relatório final da Comissão Nacional da Verdade***, disponível em <<http://cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2016.pdf> > acesso em 28.09.2017.

BRASIL, Justiça Federal, Subseção Judiciária de Marabá-PA, 2ª Vara, ***autos nº 1162-79.2012.4.01.3901***.

BRASIL, Ministério Público Federal, disponível em <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/documentos/decisoes-e-atos-administrativos-internos/ditadura_textobase_representacao.pdf /view>, acesso em 14.07.2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ***Agravo em Recurso Especial (AResp) nº 522.182-RJ***, decisão monocrática do Ministro Sidnei Benetti.

_____, **Agravo em Recurso Especial (AResp) n° 704.929-DF**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

_____, **Recurso Especial n° 129.428/RJ** Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

_____, **Recurso Especial n° 466.761/RJ**, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

_____, **Recurso Especial n° 521.697-RJ**, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

_____, **Recurso Especial n° 1.032.014/RS**, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

_____, **Recurso Especial n° 1.186.616-MG**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. em 23.08.2011.

_____, **Recurso Especial n° 1.316.921-RJ**, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

_____, **Recurso Especial n° 1.334.097-RJ**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

_____, **Recurso Especial n° 1.335.153-RJ**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, disponível no site www.stj.jus.br.

_____, **Recurso Especial n° 1.434.498-SP**, Relatora Ministra Nancy Andrichi

_____, **Recurso Especial n° 1.593.873-SP**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma.

_____, **Agravo Interno no Recurso Especial n° 1.593.873-SP**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Julgado em 10.11.2016, DJe 17.11.2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815-DF**, Relatora Ministra Carmen Lúcia, disponível em www.stf.jus.br.

_____, **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.077-DF**, Relatora Ministra Rosa Weber, disponível em www.stf.jus.br.

_____, **A.D.P.F. nº 153-DF**, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>, acesso em 25.01.2017.

_____, **Recurso Extraordinário nº 1.010.606-RJ**, Relator Ministro Dias Toffoli.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Apelação Cível nº 0379860.86.2011.8.19.0001**, relator Desembargador Wagner Cinelli de Paula Freitas.

_____, **Autos nº 0102079-50.2003.8.19.0001**, sentença proferida pelo Juiz de Direito Pedro Raguenet, disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=30&descMov=Senten%E7a> acesso em 29.09.2017.

_____, **Apelação Cível**, Relatora desembargadora Leila Mariano, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000348D32DE95A327401C0DD7AA5B53E260B60C8C3312147&USER=>> acesso em 29.09.2017

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, autos nº **40054988266**, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Irineu Mariani, D.J. 27.11.2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Agravo de Instrumento n° 0110525-06.2010.8.26.0000** Relator Egídio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 5ª Vara Federal de Porto Alegre-RS, **autos n° 5004038-36.2015.4.04.7100/RS** da 5ª Vara Federal de Porto Alegre-RS, disponível em <
https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711481363930418821294984053390&evento=711481363930418821294984189135&key=1a81db7e71f5591b0687322eea070f45776b815d674f9db33bc03e58bd0afefd> acesso em 28.09.2017.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilista.com, Rio de Janeiro, a.2 n.3. jul. set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>, acesso em 26.05.2017.

BUFF, Luci. **Horizontes do perdão**. São Paulo: EDUC – Editora PUC-SP, 2009, 329 p..

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coordenadores). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1993, 4ª ed..

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas. O imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª edição, 2017, 169 p..

CASTELLANO, Pere Simón. **El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, edição Kindle.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA, São Paulo: Edições Loyola, 2000, 934 p..

CATROGA, Fernando. *Memória, História e historiografia*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2015, 94 p..

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **caso nº 11.552 Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**, sentença de 24.11.2010, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>, acesso em 19.05.2017.

Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, julgado em 20.10.2016, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf> acesso em 30.10.2017

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro, *O Direito ao Esquecimento (ou de ser esquecido) e a Pessoa Jurídica*. Marília-SP: Revista Argumentum, 2017, Volume 18, N 2, pp. 431-455, Maio-Agosto/2017, disponível em <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/327/100>> acesso em 13.11.2017.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, 116 p..

CHANGEUX, J.P. (1972). **Discussion a J. P. Changeux e A. Danchin**. Apprendre par stabilization selective de synapses en cours de développement”, in Morin e Piattteli Palmarini (orgs). *L'unité de l'homme. Invariants biologiques et universaux culturels*. Paris: Seuil, 1974, pp. 351-57, apud LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 7ª edição. Campinas: editora Unicamp, 2013, 499 p..

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da, *O Direito ao Esquecimento (ou de ser esquecido) e a Pessoa Jurídica*. Marília-SP: Revista Argumentum, 2017, Volume 18, N 2, pp. 431-455, Maio-Agosto/2017, disponível em

<<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/327/100>> acesso em 13.11.2017.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho e MOLINARO, Carlos Alberto, comentários aos artigos 215 e 216, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p.

DE CICCIO, Maria Cristina e MORATO, Antonio Carlos. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (organizadores). **Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, 497 p..

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, 256 p.

DE TERWANGNE, Cécile (2012). **Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion** In: “VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet” [monograph online]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. No. 13, febrero 2012, pp. 109-121. UOC.

DIAS, Eduardo Rocha e GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima. **Direito ao Esquecimento na Internet: os projetos de lei n° 7881/2014 e 215/2015 enquanto restrição (i) legítima à liberdade de expressão**. Revista *Thesis Juris* – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n.3, p. 387-406, set./dez. 2017. Disponível em <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/issue/view/15>> acesso em 15.12.2017.

DIAS, Juarez Sanfelice. **A ponderação na fundamentação da sentença**. Revista *Sapere Aude*, ano 4, volume 12, p. 127-142.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2016, 1587 p..

DONSKIS, Leonidas e BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira Moral. A perda da sensibilidade na modernidade líquida.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2014, 263 p..

DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____ O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), **Habeas data**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ **Proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, 299 p..

DROPA, Romualdo Flávio, **A memória como um direito fundamental do homem**, disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7563-7562-1-PB.htm>> acesso em 12.09.2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

D'URSO, Luiz Augusto Filizzola e D'URSO, Luiz Flávio Filizzola, **Ataque cibernético mundial é a comprovação da insegurança na internet**, jusbrasil, disponível em <<https://luizaugustodurso.jusbrasil.com.br/artigos/459459335/ataque-cibernetico-mundial-e-a-comprovacao-da-inseguranca-na-internet>>, acesso 27.05.2017.

EFING, Antônio Carlos e FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (organizadores). **Direito e Questões Tecnológicas aplicados no desenvolvimento social.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, 244 p..

EYSENCK, Michael W; ANDERSON, Michael C; BADDELEY, Alan. **Memória.** Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, 471 p..

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**, volume 1. São Paulo: Globo, Publifolha, 2000, 448 p..

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Tempo e tempo jurídico em tempos do direito positivo. In: **O direito entre o futuro e o passado**, São Paulo: Noeses, 2014.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **O direito ao esquecimento como um direito da personalidade**. Doutorado em direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2016.

FERRO, Marc. **Os Tabus da História. A face oculta dos acontecimentos que mudaram o mundo**. Tradução Maria Ângela Villela, Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, 137 p..

FLORENCIO, Juliana Abrusio. **Direito ao esquecimento na internet**. In: Sustentabilidade Ambiental e os novos desafios na era digital. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLORES, Joaquim Herrera, **A reinvenção dos direitos humanos**, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, 232 p..

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra e EFING, Antônio Carlos (organizadores). **Direito e Questões Tecnológicas aplicados no desenvolvimento social**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, 244 p..

FREUD, Sigmund, **As pulsões e seus destinos**, edição bilíngue, tradução de Pedro Heliodoro Tavares, 1ª edição, autêntica, 2013, edição eletrônica Kindle.

_____. **Totem e Tabu**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, 169 p..

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, 413 p..

GEORGE, Damian e TAMO, Aurelia. ***Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age***, 5 (2014) JIPITEC 71, para. 1, disponível em: <https://www.academia.edu/11553548/Oblivion_Erasure_and_Forgetting_in_the_Digital_Age?auto=download> acesso em 31.08.2017.

GODOY, Maria do Carmo. ***Patrimônio cultural: conceituação e subsídios para uma política***. In Anais do IV Encontro Estadual de História: História e Historiografia em Minas Gerais, Belo Horizonte: ANPUH, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. ***O conhecimento imaginário do direito***. Curitiba: Editora Prismas, 1ª edição, 2016, 236 p..

GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima e DIAS, Eduardo Rocha. ***Direito ao Esquecimento na Internet: os projetos de lei nº 7881/2014 e 215/2015 enquanto restrição (i) legítima à liberdade de expressão***. Revista *Thesis Juris* – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n.3, p. 387-406, set./dez. 2017. Disponível em <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/issue/view/15>> acesso em 15.12.2017.

HARTING, Niko e SCHNEIDER, Jochen. ***Impulses for na Effectiv and Modern Data Protection System***, 3 (2011) JIPITEC 195, para 1..

HAWLBWACHS, Maurice. ***A Memória Coletiva***. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro Editora: 2003, 224 p..

HOLANDA, Sérgio Buarque de. ***Raízes do Brasil***. São Paulo: Companhia das Letras, 27ª edição, 2014, 254 p..

IZQUIERDO, Iván. ***Questões sobre memória***. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 5ª reimpressão, 2013, 128 p..

JORGE, Marco Antonio Coutinho. ***Fundamentos da psicanálise, de Freud a Lacan. Volume 1, As bases conceituais***, Rio de Janeiro: Zahar, 2005, 192 p..

Fundamentos da psicanálise, de Freud a Lacan. Volume 2, A clínica da fantasia, Rio de Janeiro: Zahar, 2010, 288 p..

JUNG, C. G.. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Obra completa. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, 11ª edição, 454 p..

KONDER, Carlos Nelson e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dilemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 436 p..

LACAN, Jacques. **O Seminário. Livro 17. O avesso da psicanálise**. Tradução de Ary Roitman. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, 230 p..

LAPLANCHE, Jean e PONTALIS, Jean-Baptiste, **Vocabulário da Psicanálise**, Tradução de Pedro Tamen, São Paulo: Martins Fontes, 2016, 552 p..

LEAL, Rogério Gesta. Verdade, **Memória e Justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas, morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 244 p..

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. 7ª edição. Campinas: Editora Unicamp, 2013, 499 p..

LEROI-GOURHAN, André. **O gesto e a palavra – tomo 2 – memória e ritmos**. Tradução de Emanuel Godinho, Lisboa – Portugal: Edições 70, 2002, 245 p..

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 12.06.2017, no **Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ**, Relator Ministro Dias Toffoli, disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 08.10.2017.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Livraria do advogado editora, Porto Alegre, 2007, 250 p..

LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio, uma leitura das teses sobre o conceito de história**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, 159 p..

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri-SP: Novo Século Editora, 2017, 191 p..

MARTINS, Ester Gouvêa e VEDOVATO, Luís Renato. **Migração internacional de mulheres e o trabalho doméstico remunerado: opressão e cidadania na era da globalização**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Volume 08, nº 03, 2017, p. 1975-2009.

MARTINS NETO, João dos Passos e PINHEIRO, Denise. **Liberdade de Informar e Direito à Memória – Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento**. Revista novos estudos jurídicos, Univali, volume 19, N. 3 – setembro/dezembro/2014, p. 808 – 838.

MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Tradução Claudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre, L&PM, 2006.

MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema**. Doutorado em direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2016, disponível em < <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19949/2/Julia%20Gomes%20Pereira%20Maurmo.pdf> > acesso em 16.10.2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. New Jersey-U.S.A.: Princeton University Press, 2009, 249 p..

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**., São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2ª tiragem, 2012, 1592 p..

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Kleber. **A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta**. Rio de Janeiro: Quartet, 2002, 152 p..

MIRANDA, Ivan Adolfo Geronimo, **Comparativo entre as leis de anistia brasileira e argentina**, 2016, disponível em <<http://ivanmiranda923171.jusbrasil.com.br/artigos/330380204/comparativo-entre-as-leis-de-anistia-brasileira-e-argentina>>, acesso 24.01.2017.

MOLINARO, Carlos Alberto e DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, comentários aos artigos 215 e 216, *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 436 p..

MORATO, Antonio Carlos e DE CICCIO, Maria Cristina. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (organizadores). **Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, 497 p..

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, 121 p..

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 232 p..

NEVES, Camila Nardin de Castro. **O Direito ao esquecimento nos veículos de comunicação em massa: um estudo da jurisprudência**, Monografia da Escola de Formação da SBDP, São Paulo: 2015, disponível em <www.sbdp.org.br>.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**, tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 6ª reimpressão, 2015, 169 p..

_____. **Humano, Demasiado Humano**, tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 10ª reimpressão, 2014, 315 p..

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. Editora Verbatim, São Paulo: 2009, 236 p..

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano e ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2016, 20ª edição, 655 p..

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. **Além da anistia, alguém da verdade**. *O percurso da Comissão Nacional da Verdade*. Curitiba: Editora Prismas, 2015, 347 p..

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, 442 p.

PEREIRA, Nayara Toscano de Brito, **Direito ao esquecimento: o exercício de (re)pensar o direito na sociedade da informação contemporânea e as peculiaridades do debate entre o direito civil e a Constituição**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad5db5924e3e97ed>, acesso em 27.09.2017 In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI; 1ª edição, Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v.1, pp.68-98.

PINHEIRO, Denise e MARTINS NETO, João dos Passos. **Liberdade de Informar e Direito à Memória – Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento**. Revista novos estudos jurídicos, Univali, volume 19, n. 3., set-dez – 2014, p. 808-838.

PLATÃO. *A República*, tradução Edson Bini, Bauru: Edipro, 2ª edição, 2014a.

_____. **Diálogos I. Teeteto, Sofista, Protágoras**. Tradução Edson Bini, Bauru: Edipro, 2007, 2ª reimpressão, 2014b, 320 p..

_____. **Diálogos IV. Parmênides, Político, Filebo, Lísis**. Bauru: Edipro, 2ª edição, 2015, 299p.

PONTALIS, Jean-Baptiste e LAPLANCHE, Jean, **Vocabulário da Psicanálise**, Tradução de Pedro Tamen, São Paulo: Martins Fontes, 2016, 552 p..

PROSSER, Willian. 1960, apud. LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Livraria do advogado editora, Porto Alegre, 2007, 250 p..

QUINET, Antonio. **Os outros em Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

RICŒUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François et al.. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, 535 p..

ROCARD, Michel, Discurso pronunciado em Lille a 4 de Novembro de 1988, apud OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, 442 p..

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, **Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ**, Consultor Jurídico, 19.12.2013, (2013a), disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj#_ftn3_9178>, acesso em 02.02.2017.

_____. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**, Revista Consultor Jurídico, 25.12.2013, (2013b), disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>, acesso em 02.02.2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**, 2ª edição, São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, 158 p..

SAMPAIO, José Adercio Leite, Comentários ao artigo 5º, X, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p.

SANTO AGOSTINHO, Bispo de Hipona. **Confissões**, 27ª Edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2014, Tradução J. Oliveira e A Ambrósio de Pina.

_____. **A Trindade**. Tradução de Agustinho Belmonte, São Paulo: Paulus, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2ª edição, São Paulo: Cortez Editora, 2000, 413 p..

_____. **A gramática do tempo. Para uma nova cultura política**. 3ª edição, São Paulo: Cortez Editora, 2010, 511 p..

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14ª edição, São Paulo: Cortez Editora, 2013, 542 p..

SARLET, Ingo W, comentários ao artigo 1º, III, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p..

_____. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**
<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>, 22/05/2015, acesso em 25.09.2017

SARMENTO, Daniel, comentários ao artigo 5º, IV, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256.

SARTRE, Jean-Paul. **A imaginação**, Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes, 3ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SCHNEIDER, Jochen e HARTING, Niko. **Impulses for na Effectiv and Modern Data Protection System**, 3 (2011) JIPITEC 195, para 1..

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª edição São Paulo, Atlas, 2014, 279 p..

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 426 p..

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª edição, 2015, 693 p..

SILVA, Alexandre Rubenich.. **Mnemosyne e Lethe: a interpretação heideggeriana da verdade**. Archai, n. 13, jul – dez/2014, pp. 71-84 disponível em: <http://dx.doi.org/10.14195/1984-249X_13_8>, acesso em 08.11.2017.

SILVA, Ricardo da Silveira e; SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa da preservação do passado. In: **Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade**. CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (organizadoras).1ª edição, Editora Boreal, Birigui-SP, 2015, 186 p..

SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; SILVA, Ricardo da Silveira e. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa da preservação do passado. In: **Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade**. CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (organizadoras).1ª edição, Editora Boreal, Birigui-SP, 2015, 186 p..

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Juruá Editora, 2014, 817 p.

STARLING, Heloisa Murgel e SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª edição, 2015, 693 p..

TAMO, Aurelia e GEORGE, Damian. Oblivion, **Erasure and Forgetting in the Digital Age**, 5 (2014) JIPITEC 71, para. 1, disponível em:..

<https://www.academia.edu/11553548/Oblivion_Erasure_and_Forgetting_in_the_Digital_Age?auto=download> acesso em 31.08.2017.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. In: ***Direito à privacidade***. MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coordenadores). Aparecida-SP: Ideias e Letras, 2005, 413 p..

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Curso de Direito Processual Civil – Volume I***, 57ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 1244 p..

UNIÃO EUROPÉIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), julgamento do caso M.C.Gs X Google Spain SL, Google Inc./Agência de Protección de Datos (AEPD), processo C-131/12, 13 de maio de 2014, disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153853&doclang=PT>> acesso em 12.09.2017.

VAZ, Henrique Claudio de Lima. ***Antropologia Filosófica II***. São Paulo: Loyola, 2000, apud BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do Direito, os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 184 p..

VEDOVATO, Luís Renato e MARTINS, Ester Gouvêa. ***Migração internacional de mulheres e o trabalho doméstico remunerado: opressão e cidadania na era da globalização***. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Volume 08, nº 03, 2017, p. 1975-2009.

VERNANT, Jean Pierre, ***Mito e pensamento entre os gregos***. Tradução de Haiganuch Sarian, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, 2ª edição, 504 p..

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. ***Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile***, Curitiba, Juruá Editora, 2013, 206 p..