

1-INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco a análise do o direito ao esquecimento, na visão de François Ost, na obra “ O tempo do direito”, tal direito pode ser conceituado como sendo aquele que garante às pessoas ‘serem esquecidas por atos praticados no passado, sejam crimes ou condutas desabonadoras, e pelo fato de terem sido realizadas há tanto tempo, que se tornam informações desnecessárias e desatualizadas, portanto, deveriam ser esquecidas.

O direito ao esquecimento sofre resistências e é encarado com desconfiança justamente pelo fato de não ter previsão legal, uma sistematização que lhe confira autonomia, transparência e balizas mais evidentes. Diante do absoluto vácuo, a reação natural é a recusa ao instituto, evitando-se a discussão e o melhor enquadramento da importante ferramenta de proteção ao indivíduo. (DOMINGUEZ. 2014. p.172)

O direito ao esquecimento é uma derivação do direito a intimidade, que visa à proteção dos direitos da personalidade. Consiste na proteção de fatos pretéritos e sem utilidade social que expõem a intimidade do indivíduo, sem o seu consentimento, acarretando em uma violação aos direitos da personalidade. Segundo Liliana Minard Paesani, “Cabe à sociedade defender padrões mínimos de moralidade, e o Estado, quer diretamente, quer por delegação, tem de exercer esta função. ” (PAESANI. 2006, p.22).

François Ost, na obra que será analisada discorre sobre a importância do tempo, instituição social, para a justiça e como a memória, o perdão, o questionamento são aspectos importantes para a justiça. O intuito deste artigo é demonstrar que o Direito ao esquecimento é compatível com o pensamento de Ost, que a memória, o perdão e o questionamento são de extrema importância e o direito ao esquecimento não os impede de ajudar na promoção da justiça.

François Ost nasceu em 17 de fevereiro de 1957 em Bruxelas, Bélgica, é um jurista e filósofo, especialista nos direitos humanos e do meio ambiente. Escreveu diversos livros no decorrer de sua carreira, como A natureza a margem da lei; Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico; O tempo do direito; etc. O foco deste artigo é o estudo da relação do tempo com o direito, desta forma o destaque será dado a obra do autor O tempo do Direito.

O objetivo principal do livro é o estudo da relação entre direito e o tempo. O livro inicia com o relato da história de Kronos. A história de Kronos começa na indistinção do não-tempo. Na origem eram Urano, o céu, e Géia, a terra, ao se unirem nasceram inúmeros filhos, que foram lançados ao Tártaro. Géia desejando repelir as

investidas de seu esposo, armou seu filho mais novo, Kronos, de uma foice com a qual este decepou os testículos de seu pai. Essa mutilação marca a separação entre o céu e a terra e o início do reinado de Kronos. A história que se forma é marcada pela violência e negação do tempo (OST. 2005, p.9).

Kronos é alertado por uma profecia que um de seus filhos o destronaria, então logo que estes nasciam Kronos os devorava. Réia, sua esposa, aborrecida decide poupar a vida de seu filho caçula, Zeus, entrega uma pedra enfaixada a Kronos e este a devora acreditando que se tratava de seu filho, enquanto Réia escondia o filho. Cumprindo a profecia, quando Zeus chega a idade adulta assume a chefia de uma revolta e põe fim ao reinado de Kronos, o exilando no Tártaro.

Será que podemos exprimir melhor a terrificante negatividade conferida ao tempo? Pois, enfim, que faz Kronos, que ao separar o abraço da Terra e do Céu, lança o próprio movimento da história? Ele se coloca em posição do senhor do tempo, bloqueando sua passagem tanto em direção ao passado quanto ao futuro. Cortar os genitais de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; engolir seus próprios filhos é fazê-los regressar a uma posição uterina, é privar o porvir, desta vez, de qualquer desenvolvimento futuro. O tempo do tirano esgota-se em um presente estéril, sem memória nem projeto. (OST. 2005, p. 10)

Segundo Ost, esse tempo é estático, compulsivo e repetitivo, os mesmos comportamentos arbitrários geram às mesmas reações violentas, primeiro Urano, seguido de Kronos tentam suprir suas descendências e nos dois casos é um de seus filhos que lhe paga com a mesma moeda. Cria-se desta forma um ciclo de violência, sinônimo de um tempo privado de perspectiva.

As manifestações deste não tempo, sem memória e sem projeto podem ser percebidas em países como Ruanda, onde o passado nunca passa, ou em países satélites como a antiga União Soviética, onde o presente se eterniza sem projeto, ou ainda o futuro que se sufoca pela proliferação de medidas urgentes e provisórias, tornando o direito efêmero. E, contudo, os homens inverteram essas figuras mortíferas para dar sentido e valor à vida coletiva. Buscavam figuras para contrapor este tempo tirânico.

Em Atenas surgiu a figura das Horas (horais) que se opõe a figura de Kronos, elas são três filhas de Zeus e Têmis. Possuíam dupla função, personificavam as estações

e simbolizavam as virtudes cívicas.

Eram denominadas, do lado bucólico, Thallô, Auxô e carpô, sendo respectivamente a ideia de empurrar, crescer e fortalecer. No âmbito político, eram denominadas Eunomia, Diké, e Eirénê, sendo disciplina, justiça e paz. Nota-se que a ordenação que regula as estações está associada a harmonia na cidade.

A criação das horas, ao contrário do tempo monolítico e violento de Kronos, representam a pluralidade das durações, a alternância bem-vinda, o equilíbrio dos dias na cidade.

Desde os Gregos a relação enigmática entre o tempo e o justo é questionada. Relação entre a temperança, que é a sabedoria do tempo e a justiça, entendida aqui como sabedoria do direito. François Ost responde esta questão apresentando três teses centrais.

A primeira tese se refere ao tempo como instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica.

Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico. (OST. 2005, p.12)

A segunda tese diz respeito ao direito, afirma que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social, mais do que somente sanções e proibições, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade. A instituição tem o sentido de atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia. O direito é uma forma de extração do estado natural, da violência.

A terceira tese é a dialética das duas primeiras, demonstra a ligação entre a temporalização do social do tempo e a instituição jurídica da sociedade. O direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Afirma Ost, o direito temporaliza, ao passo que o tempo

instituí.

No entanto, a instituição do tempo pelo direito é frágil, ameaçada pela destemporalização, que é a saída do tempo com instituinte. Apresenta quatro formas de destemporalização relacionadas à figura de Kronos, sendo elas a recusa a evolução, o abandono do curso do tempo, o determinismo e a policromia. Ost também apresenta formas de retemporalizar através da memória, do perdão, da promessa e do questionamento.

Adotou-se como marco teórico a concepção a obra “ O tempo do direito de François Ost, a concepção de Pablo Dominguez Martinez sobre o direito ao esquecimento. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras e documentos.

O artigo encontra-se dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro a presente introdução. No segundo capítulo há a conceituação do que é o tempo para o Ost, o que e quais são as figuras de destemporalização e retemporalização. No terceiro capítulo, dedicar-se-á ao direito ao esquecimento e sua aplicabilidade no Brasil. No quarto capítulo será realizado o estudo da colisão entre o direito ao esquecimento e a memória, elemento de extrema importância para a teoria de Ost. Por fim, o sétimo capítulo será dedicado às considerações finais, mediante a síntese dos resultados obtidos na pesquisa. Para o alcance dos objetivos propostos, utilizou-se o método de abordagem indutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras e legislação.

2 UMA MEDIDA EM QUATRO TEMPOS

Existem formas de compreender o tempo pode ser dividido em físico e subjetivo. O tempo físico é aquele que tem a seu favor sua evidência irrecusável, a do movimento dos astros no céu, do ritmo biológico de nosso corpo, é um tempo linear, mensurável, contínuo e quantificável.

Sob o ângulo subjetivo, o homem deixa de medir o tempo de forma física e o passa a fazer de forma pessoal, dá como exemplo a frase de Proust onde afirma “ um tempo não é uma hora, é um vaso repleto de perfumes, de sons, de projetos e de climas (PROUST, 1999, p.280). ”

O autor começa o capítulo que discorrerá sobre o que é o tempo com a citação de uma passagem do livro de Fernando Pessoa o qual diz: “ Eu não sei o que é o tempo,

desconheço qual seja sua verdadeira medida, se, contudo, ele possui uma. A dos relógios, sei que é falsa. Ela divide o tempo espacialmente, do exterior. A das emoções, sei que é falsa: ela divide não o tempo, mas a sensação do tempo (PESSOA, 2019, p.222). ” Segundo Ost, Fernando Pessoa tem razão a medida do tempo não é subjetiva, nem relojoeira.

O autor então questiona qual é a medida do tempo, se ele não está sujeito nem à medida quantitativa de um tempo físico e nem a experiência subjetiva? Para Ost esta medida serve-se da materialidade do tempo (tempo físico) e da experiência do tempo vivenciado (tempo subjetivo) é o tempo sócio-histórico, é um produto de construções sociais coletivas, é uma operação sempre em curso de elaboração. Tentamos objetivar e exteriorizar este tempo social-histórico à medida que o construímos, não é algo inato e cada sociedade constrói seu tempo de acordo com suas experiências.

O tempo para Ost é uma construção social. A história dos calendários, dos instrumentos de medida do tempo são provas disso, não passam de um sistema social de medida do tempo tanto com base em fenômenos astronômicos, como a luz, o sol para contabilizarmos o dia, o mês o ano, mas nem por isso deixou de ser objeto de interesse mítico ou político. Em Roma, antes da reforma de Júlio César, os pontífices resolviam aumentar ou encurtar o mês em função da necessidade do recebimento de impostos. Mais recentemente temos como exemplo N. Haecck, dono da Swatch, instalou na fachada da sede da empresa na Suíça o “novo meridiano” que servirá como referência universal para o tempo da Internet.

O que se vislumbra quanto a medida do tempo em toda a história revela sua dependência em relação as necessidades sociais e configurações culturais do momento. Segundo Ost estas alterações nunca são meramente técnicas, ela advém das relações de força na sociedade, quem for apto a impor aos outros componentes sociais da construção temporal é o verdadeiro detentor do poder. Vislumbra-se grande participação da Igreja e do Estado como os maiores instituidores do tempo social. Atualmente o mercado, inserido a economia globalizada dita a medida de todos os Estados.

Existem as figuras da destemporalização, recusa do tempo. A primeira forma apresentada pelo autor é a nostalgia da eternidade é a recusa do tempo como mudança, evolução, finitude e por conseguinte mortalidade. Independentemente se projetada para o futuro ou para o passado, a nostalgia da eternidade sempre trata do “fim dos tempos”. Ela alimenta a ordem plena da “comunidade indenitária” e gera o integrismo, “povo único”, o que acaba por gerar regimes totalitários, como por exemplo o Alemanha

nazista de Hitler. O direito deve renunciar a eternidade e buscar formar de traçar um futuro justo.

A segunda forma apresentada é a vertigem a entropia, um movimento simultaneamente irreversível e unidirecional. A sociedade estaria condenada a viver no instante de atualidade, ignorando seu passado e seu futuro, seria órfã da sua história, por se preocupar demais com o presente esquecendo que o futuro se constrói desde já. A possibilidade da construção de uma sociedade neguentrópica, pautada nas horas, necessita da reflexão do tempo, relembrar os fatos passados, das promessas e do futuro. O que se vislumbra na entropia é a fragilidade passado-futuro, o que gera uma crise cultural, um presente reduzido aos acessos da instantaneidade, da urgência e a insignificância do dia a dia.

A terceira forma de destemporalização é o determinismo. Ele representa um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo. Paradoxalmente o determinismo assume a forma de mudança radicalizada, uma mudança valorizada para si mesma, a qual acelera os ritmos temporais e se traduz pela imposição da urgência e por outro lado este determinismo apesar de comandar esta mudança abafa qualquer outra iniciativa. No entanto, o tempo de uma sociedade aberta não é regular e uniforme, mas percorrido de hesitações e incertezas, empurrado por acontecimentos imprevistos, a democracia é um grande exemplo de sociedade aberta.

O risco de discronia é apresentado como a quarta forma de destemporalização, enquanto certas esferas da vida ganham velocidade, outras parecem diminuir ou até mesmo parar. Trata-se da fragmentação do tempo contemporâneo, a sociedade avança em várias velocidades e não há um organismo regulamentador das diversas forças. A tentativa de retemporalização na discronia seria o “direito ao tempo” ou “direito ao seu tempo”, “a seu ritmo”. Cada sociedade deveria descobrir sua diagonal, entre duração e momento e reconstruir um passado segundo suas experiências e um futuro segundo suas expectativas. Segundo Ost existem inúmeras escalas temporais, o tempo é policrónico e híbrido, basta comparar o tempo estagnado de milhões de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza com o tempo das trocas comerciais entre países industrializados, com o tempo das trocas financeiras realizadas na bolsa de valores que funciona vinte e quatro horas por dia. Para o autor é evidente que a sincronização dos ritmos sociais se tornou um dos maiores desafios da regulação.

temporais, quatro desregramentos da medida, quatro quedas para aquém de um tempo instituído e significativo, quatro regressões ao estado de natureza – este estado pré- social no qual prevalecem o medo e a violência, sem um mínimo de confiança e de cooperação. (OST. 2005, p.38)

O autor então indaga face a desordem sempre ameaçadora e violenta, como a realidade de Kronos, o que o direito pode opor?

2.1 QUATRO FIGURAS DE RETEMPORALIZAÇÃO

François após apresentar as figuras de destemporalização, demonstra como o homem pode preservar a “justa medida temporal”, evitando o tempo petrificado, que não abre possibilidade de mudança, quanto o tempo exageradamente móvel, que não permite nem lugar para a continuidade. Apresenta as quatro figuras de retemporalização, a memória, o perdão, a promessa e a retomada da discussão (requestionamento).

A memória é dedicado o primeiro capítulo do livro, em suma, ela liga o passado, assegurando-lhe um registro, uma fundação, uma transmissão. Surge como a projeção da promessa no passado. O respeito a memória constitui a própria condição de um perdão sensato. É também pela memória que a sociedade mergulha nas suas raízes, que lhe asseguram raízes e estabilidade.

Instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir à origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas é mais antiga e mais permanente das funções do jurídico.

Através da memória podemos imaginar o futuro, criar leis, “direção de condutas” e “regulamento de conflitos” que protejam bens, pessoas, situações que no passado foram esquecidas. A luta contra a escravidão, contra o racismo é um exemplo de como a memória é importante para a sociedade, ao lembrar do seu passado, observar os erros, pode projetar-se no futuro formas de conduta e proteção, utilizando-se até da lei. A memória surge como projeção da promessa feita no passado.

Esforçamo-nos para demonstrar a importância do passado e da memória para instituição jurídica do tempo social. Mas este passado só é portador de sentido na condição de ser “composto”: plural, construído, religado ao presente, desde o momento, ao contrário, em

que pretende simplificar-se, ele se absolutiza e se torna regressivo: apresenta-se monolítico e canônico, mais que diverso e compósito; ele passa por dado, evidente, natural, pois que é reescrito a partir de hoje; ele se encerra em sua anterioridade completa, como se não tivesse cessado de se transformar no percurso. (OST. 2005, p.128)

O perdão é entendido como a capacidade da sociedade em saldar o passado, ultrapassá-lo, destruindo o ciclo de vingança e violência de Kronos. Desliga o passado e lhe dá um novo sentido, portador do futuro. O perdão está intimamente ligado a memória, a sociedade precisa de lembrar dos erros cometidos no passado, aprender com eles, perdoar e seguir em frente. O perdão sem memória nos remete ao caos inicial, nos reconduz ao abismo do esquecimento.

A sociedade alemã é um grande exemplo de sociedade que perdoou o seu passado, os alemães reconhecem que o nazismo foi um grande erro, apreenderam com os erros do passado, utilizam do direito, das leis para proteger e projetar um futuro.

Assim busca-se por vias mais ou menos harmoniosas o difícil equilíbrio entre manutenção do passado e a abertura do presente, que é também como se percebe, uma divisão delicada de atribuições entre juiz, legislador e administração. (OST.2005, p.185)

A promessa, outra forma de retemporalização, é a capacidade da sociedade em “creditar o futuro”, comprometer-se em relação a ele e dele se apropriar, garantindo-o contra o imprevisível, o radical, conferindo-lhe de alguma forma um passado, ou seja, liga o futuro através de compromissos normativos. A promessa é muito importante, em especial para o direito, através da promessa a sociedade projeta um futuro que deseja e através do direito podem ser produzidas antecipações normativas que balizarão e projetarão o desejo da sociedade.

O tempo da promessa que estamos estudando abre-se, então, como uma recusa: a recusa da história morta que esmaga os homens sob seu próprio peso, aquela que gera a “doença histórica”, da qual Nietzsche dizia que acarretava a impotência para construir o presente e desejar o futuro. (OST. 2005, p.213)

O questionamento, quarta forma de retemporalização que nos é apresentada por Ost, ele antecede o perdão. Em tempo útil, desliga o futuro com vista a operar as

revisões que se impõem para que na hora das mudanças as promessas sobrevivam.

O tempo do questionamento – o tempo que desata o futuro exprime a radicalidade do gesto emancipatório da crítica; é, diz Bourdieu, “o momento crítico em ruptura com a experiência ordinária do tempo, como simples recondução do passado, ou de um futuro inscrito no passado; tudo se torna possível (pelo menos em aparência), em que os futuros parecem, de fato, contingentes, os futuros realmente indeterminados, o instante verdadeiramente instantâneo, suspenso, sem sequência previsível ou prescrita.” (OST. 2005, p.306)

Ost sublinha que os dois polos essenciais da regulação jurídica do tempo social são o perdão e a promessa, mas somente os dois não bastam para fazer uma instituição jurídica do tempo social. Cada um deles se desdobra, relançando a dialética no campo do passado e do futuro, e é por isso que ao perdão associamos a memória, e a promessa ao questionamento. Nessa linha é possível entrever a formação em quatro tempos, ligar e desligar o passado, ligar e desligar o futuro. Para Ost este é o ritmo necessário a uma produção significativa do tempo social.

Em síntese, sem memória uma sociedade não conseguiria ter uma identidade, nem aspirar qualquer espécie de perenidade; sem o perdão estaria exposta ao risco de repetição compulsiva de seus dogmas e fantasmas; e em compensação o perdão sem memória remete-nos ao caos inicial, ao abismo do esquecimento.

Para Ost a história social, os acontecimentos da sociedade são de extrema importância, eles ajudam a promover um direito justo, pois é a partir da observação das engrenagens sociais, daquilo que foi ou não produtivo que questiono e projeto para o futuro o desejado. O objetivo deste artigo é demonstrar que o direito ao esquecimento não fere a filosofia de Ost, não pretende este apagar a memória social, pois ela é sim necessária ao perdão, a promessa, ao questionamento, a produção de um tempo social mais justo. No próximo capítulo estudaremos o direito ao esquecimento, qual o objeto da sua proteção e a sua aplicação no Brasil.

3- DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é uma derivação do direito a intimidade, que visa à proteção dos direitos da personalidade. Consiste na proteção de fatos pretéritos, desatualizados e sem utilidade social que expõem a intimidade do indivíduo, sem o seu

consentimento, acarretando assim uma violação aos direitos da personalidade. Define Pablo Dominguez Martinez, “O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja lembrar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.” (MARTINEZ. 2014, p.80).

Os direitos da personalidade não se limitam a um rol taxativo. Com o passar dos tempos, novos direitos da personalidade podem surgir, como já ocorreu com a proteção do direito à imagem, que se desvinculou da proteção à honra e detém atualmente caráter independente.

Trata-se de um direito contemporâneo, não descrito taxativamente na legislação, surgiu com a necessidade de o ordenamento jurídico acompanhar o avanço da comunicação e acesso a informações pessoais que ocorrem na sociedade, criando assim um mecanismo de proteção aos direitos da personalidade. Não é apenas uma vertente dos direitos da personalidade já previstos no ordenamento jurídico, é um direito independente, ligado a memória individual.

Em razão de apresentar caracterizadores próprios, dentre os mais marcantes o da efetiva utilidade de informação e sua atualidade, o direito ao esquecimento, para uma linha de pensamento retiraria seu fundamento de proteção diretamente do princípio geral da dignidade humana. Nesse esteio, seu âmbito de proteção estaria diretamente ligado à proteção da memória individual, da paz espiritual, configurando-se como um novo direito da personalidade. Pode-se dizer, ainda, que o outro fator indicativo de sua autonomia seria o efeito prático de sua aplicação, já que, ao se reconhecer a proteção da memória individual, possibilita-se o direito a ser esquecido, abrangendo-se, da mesma forma, a proteção de diversos outros direitos da personalidade (tais como: nome, imagem, honra, privacidade), em razão da limitação da informação. (MARTINEZ. 2014, p.82).

O direito ao esquecimento não busca apagar ou esquecer o passado, mas sim proteger a memória individual, os direitos da personalidade, não deixando que informações desatualizadas, desnecessárias sejam revividas, lembradas de modo inconsequente e sem restrições pela mídia.

3.1 Aplicação do Direito ao esquecimento no Brasil

A existência do direito ao esquecimento já foi reconhecida pela jurisprudência nacional. No entanto, a evidência de interesse público, pessoa pública, local público, ocorrência de crime e evento histórico são critérios utilizados pela jurisprudência na concessão ou não do direito ao esquecimento, os quais praticamente inviabilizam a sua aplicação, dando assim maior força a aplicabilidade a liberdade de imprensa e o direito a informação.

De forma intencional ou não, os magistrados ao aplicarem a lei vão de encontro a teoria de Ost, dão ao passado, a memória uma proteção maior até que os direitos da personalidade, acreditam que a memória coletiva deve ser protegida.

A jurisprudência nacional não é pacífica. Um dos primeiros e o mais famoso caso foi a “Chacina da Candelária”, um homem foi apontado como coautor da chacina da Candelária, sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro, foi inocentado posteriormente. Em 2006, recusou pedido de entrevista feito pela TV Globo, mas mesmo assim, o programa “Linha Direta”, veiculado em junho de 2006, no horário nobre, citou-o como um dos envolvidos na chacina, anos após sua absolvição. O homem ingressou com uma ação com pedido de indenização, alegando que sua citação no programa levou a público, situação que já havia superado, deixando na comunidade onde reside a imagem de assassino e o ódio social, ferindo assim seus direitos da personalidade, prejudicando sua vida profissional, tendo o mesmo que se mudar. O pedido foi julgado improcedente na 1ª instância, sendo reformado pelo TJRJ, que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor R\$ 50.000,00. Houve a interposição de embargos infringentes que confirmaram a condenação, foi interposto então Recurso especial, julgado pelo STJ. A 4ª Turma do STJ entendeu pela aplicação do direito ao esquecimento ao ponderar entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, já que o nome e a imagem do autor não precisavam ser expostos.

0029569-97.2007.8.19.0001 – APELAÇÃO

Des(a). EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO - Julgamento: 11/11/2008 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

*ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR
LESAO DO DIREITO A IMAGEM
PROGRAMA DE TELEVISÃO
VEICULAÇÃO DE NOME E IMAGEM
ABSOLVICAÇÃO CRIMINAL*

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II - Constituinte os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil. III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão e a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento. V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização.

Em outro sentido encontra-se o julgamento batizado de “Caso Aída Curi”, também exibido pelo programa “Linha Direta” da Rede Globo, tratou do caso que resultou a morte de Aída Curi. Os parentes da jovem ajuizaram ação de danos morais pelas lembranças dolorosas reavivadas e danos materiais pela exposição indevida e sem autorização, sendo julgado improcedente o pedido e mantido pelo TJ. O Recurso Especial foi julgado improcedente pela 4ª turma do STJ, entendendo que no caso deveria prevalecer a liberdade de imprensa.

O TJRJ, em um caso mais recente no julgamento no qual um dos participantes do antigo programa da Rede Globo “No Limite” solicitou que o episódio no qual brigava com um dos demais participantes não fosse reprisado invocando o direito ao esquecimento. No julgamento do Agravo de instrumento foi negado o pedido da agravante, mantendo ao réu o direito de ser esquecido.

0007026-88.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 10/05/2016 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

*PROGRAMA DE TELEVISÃO
DISCUSSÃO ENTRE PARTICIPANTES
REEXIBIÇÃO
DIREITO AO ESQUECIMENTO
PREVALÊNCIA*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE DEFERIU OS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA QUE EMPRESA JORNALÍSTICA SE ABSTENHA DE DIVULGAR CENAS DE CALOROSA DISCUSSÃO ENTRE DOIS PARTICIPANTES DE PROGRAMA TELEVISIVO "NO LIMITE" EM REPRISE - CENAS QUE SE VEICULADAS NA TELEVISÃO PODERIAM ACARRETAR NO RECORRIDO DOR E ANGÚSTIA, SOBREVENDO-SE QUE JÁ SE PASSARAM QUINZE ANOS ENTRE O ENTREVERO ENVOLVENDO O AGRAVADO E OUTRO PARTICIPANTE DO PROGRAMA E A SUA REEXIBIÇÃO - PONDERAÇÃO DE INTERESSES - PREVALÊNCIA

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM REFLEXOS NO TOCANTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CF) VISTO QUE O PROGRAMA É DE ENTRETENIMENTO E NÃO APRESENTA QUALQUER IMPORTÂNCIA HISTÓRICA A COLETIVIDADE - DECISÃO QUE SE MANTÉM. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

Já em outra linha jurisprudencial, o TJSP negou o pedido de um homem detido em 2007 por integrar um grupo skinhead e cujo nome foi divulgado em várias publicações à época teve negado seu pleito para a exclusão das matérias constantes em alguns veículos de comunicação. A decisão, por maioria dos votos, foi proferida pela 10ª câmara do TJSP. Consta nos autos que ele ajuizou a ação com o fundamento de que as notícias veiculadas lhe causavam constrangimento e dificuldade de arrumar emprego. O autor apelou, na decisão os desembargadores negaram o pedido pleiteado pelo autor. Segue abaixo trecho do voto.

[...] não pacificada a questão ainda pelo Pretório Excelso, entende a maioria que, sendo verdadeiro o fato noticiado, ações como a do autor, ora apelado, devam ser julgadas improcedentes. Finalizando, registro, o presente julgamento, como anotam THEOTONIO NEGRÃO e continuadores, pode ser feito pelo Tribunal, posto que “[o] reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Assim, nada impede, p. ex., o julgamento de recursos especiais interpostos nesses processos. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que deverão ser sobrestados (STJ-Corte Especial, REsp 1.143.677, Min. Luiz Fux, j. 2.12.09, DJ 4.2.10) ” -- CPC, 46ª ed., pág. 758. Eis, em suma, as razões pelas quais a maioria deu provimento às apelações das empresas de jornalismo, julgando a ação improcedente, invertidos os ônus sucumbenciais. [...]

Como visto nos casos acima há uma grande insegurança jurídica à cerca do tema, os critérios atuais de ponderação para a aplicação do direito ao esquecimento praticamente o impossibilita de ser exercido com efetividade, além dos julgados que variam de tribunal para tribunal.

O foco deste trabalho é o parâmetro usado por muitos juristas, ao negarem o direito ao esquecimento, o direito a memória social, o qual também é defendido na teoria de Ost, ficará demonstrado no próximo capítulo que é possível a utilização do direito ao esquecimento sem ferir a memória social.

4- A MEMÓRIA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

No segundo capítulo do livro, Ost coloca em foco o perdão, como visto, uma

das formas de retemporalização. O capítulo inicia contando histórias ao redor do mundo onde o perdão foi aplicado, como em países da América do Sul que sofreram com ditaduras e durante o período de transição democrática aplicaram auto anistias. Muitas das formas de perdão utilizadas não foram honrosas e apagaram a memória daquela população. No entanto, lembra também que o Direito não pode ficar totalmente ligado ao passado, podendo se tornar obsoleto. A reescritura do passado é delicada, sendo inevitável e necessária.

Destaca Ost que o Direito, a jurisprudência principalmente, podem fazer releituras de textos, de leis do passado que se tornaram obsoletas sem apagar o perdão.

Do perdão, assim entendido como segunda chance do passado, reescritura de um texto tornado insuficiente, o direito, e particularmente a jurisprudência, oferecem inúmeros exemplos. Pela interpretação evolutiva, o juiz pode operar as transições com sutileza e atualizar soluções envelhecidas, com o risco de se expor à reprimenda da retroatividade. (Ost.2005, p.135)

O Direito ao esquecimento é uma forma de releitura do direito, a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade já não estavam conseguindo proteger a personalidade do indivíduo da forma que o esquecimento se propõe, surgiu através de jurisprudência, já sendo positivado em alguns países da Europa.

O esquecimento é abordado por Ost, no capítulo entre esquecimento e perdão, a segunda chance do passado. Trata do passado revisitado, remanejado, reapropriado, reinterpretado.

Analisa em primeiro o esquecimento relacionado à tradição, afirma que não podemos fazer da tradição uma tábula rasa do passado, onde há ausência de um ponto de apoio extra ao tradicional. Acredita que Popper e Jean-Marc Ferry, apresentam formas de utilizar da tradição como forma de identidade reconstrutiva, utilizamos o passado, questionamos e reaproveitamos aquilo que se provar bom para aquela sociedade, naquele lapso temporal (Ost.2005, p.145).

Até agora em nada o esquecimento é prejudicial para aplicação da teoria de Ost, como foi demonstrado acima, o referido direito não pretende apagar a memória social, dos indivíduos, não se busca, por exemplo, apagar a existência da escravidão, pois esta memória é necessária para a construção de um direito mais justo. O que se busca é a proteção dos direitos da personalidade do indivíduo, quando os fatos forem desatualizados e desnecessários. Preservando desta forma a memória coletiva e a

personalidade individual.

Uma vez que, personagem público ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetos da atualidade penal-, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983. (OST,2005, p.161).

No segundo momento analisa o esquecimento, afirma o autor que ao conceber o livro queria fazer economia ao esquecimento, deixa-lo de lado e provar que o perdão, que o interessa, seria melhor, mas percebeu que o esquecimento era incontornável e inevitável. Do lado objetivo do direito, o esquecimento pode ser visto no desuso e na prescrição e no lado subjetivo, diversas formas de esquecimento.

De resto, já sabíamos: a memória é seletiva, a tradição reconstruída; nelas o esquecimento tem sua parte. Desta face obscura do direito, as manifestações são inúmeras: do lado do direito objetivo, o desuso e a prescrição extintiva, por exemplo; do lado; do lado do direito subjetivo, diversas formas de “direito ao esquecimento” (OST,2005, p.170).

Apesar da memória ser de extrema importância para Ost, ele reconhece que o esquecimento é necessário, mas alerta que ao lado das figuras do esquecimento apaziguamento, operam também formas do esquecimento engano e do esquecimento recalque. Para ele, o esquecimento, como a memória, exige ser revisitado, selecionado, ultrapassado, superado, subsumido num tempo que não se tão somente ao passado (Ost,2005, p.145). Coloca em destaque o pensamento de Pierre Vidal-Naquet “Só há memória sobre um fundo de esquecimento e “este esquecimento ameaçador e, contudo, necessário.

Apresenta o personagem de Borges, denominado Funes memorioso, o qual é dotado de uma memória universal. Insone e febril ele é capaz de reconstruir, uma a uma, todas as lembranças e todas as sensações de cada dia, no entanto é incapaz de formular uma ideia geral, pois ele não pensa, porque pensar é esquecer as diferenças, é generalizar, é abstrair.

Portanto, Ost reconhece que o esquecimento é necessário, como repouso para o corpo e para a alma. A memória é importante para mantermos a sociedade temporalizada. Devemos dosar de forma que o esquecimento não apague a memória, seja apenas um alívio. E ainda questiona, que sinal mais revelador de uma sociedade

virtualmente totalitária que um tribunal que nunca esquece nada? Como podemos viver em uma democracia, se o tribunal, se a justiça for totalitária? Ost, afirma: Concluimos que o bom direito, como a boa consciência, passa pelo sono e pelo esquecimento (Ost.2005, p.145).

5- CONCLUSÃO

O tempo para Ost é uma construção social. A história dos calendários, dos instrumentos de medida do tempo são provas disso, não passam de um sistema social de medida do tempo tanto com base em fenômenos astronômicos, como a luz, o sol para contabilizarmos o dia, o mês o ano, mas nem por isso deixou de ser objeto de interesse mítico ou político

O que se vislumbra quanto a medida do tempo em toda a história revela sua dependência em relação as necessidades sociais e configurações culturais do momento. Segundo Ost estas alterações nunca são meramente técnicas, ela advém das relações de força na sociedade, quem for apto a impor aos outros componentes sociais da construção temporal é o verdadeiro detentor do poder.

Existem as figuras da destemporalização, recusa do tempo. A primeira forma apresentada pelo autor é a nostalgia da eternidade é a recusa do tempo como mudança, evolução, finitude e por conseguinte mortalidade.

A segunda forma apresentada é a vertigem a entropia, um movimento simultaneamente irreversível e unidirecional. A sociedade estaria condenada a viver no instante de atualidade, ignorando seu passado e seu futuro, seria órfã da sua história, por se preocupar demais com o presente esquecendo que o futuro se constrói desde já.

A terceira forma de destemporalização é o determinismo. Ele representa um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo.

O risco de discronia é apresentado como a quarta forma de destemporalização, enquanto certas esferas da vida ganham velocidade, outras parecem diminuir ou até mesmo parar. Trata-se da fragmentação do tempo contemporâneo, a sociedade avança em várias velocidades e não há um organismo regulamentador das diversas forças.

A tentativa de retemporalização na discronia seria o “direito ao tempo” ou “direito ao seu tempo”, “ a seu ritmo”. Cada sociedade deveria descobrir sua diagonal, entre duração e momento e reconstruir um passado segundo suas experiências e um futuro segundo suas expectativas.

Apresenta as quatro figuras de retemporalização, a memória, o perdão, a

promessa e a retomada da discussão (requestionamento).

A memória é dedicado o primeiro capítulo do livro, em suma, ela liga o passado, assegurando-lhe um registro, uma fundação, uma transmissão. Surge como a projeção da promessa no passado. O respeito a memória constitui a própria condição de um perdão sensato. É também pela memória que a sociedade mergulha nas suas raízes, que lhe asseguram raízes e estabilidade.

O perdão é entendido como a capacidade da sociedade em saldar o passado, ultrapassá-lo, destruindo o ciclo de vingança e violência de Kronos. Desliga o passado e lhe dá um novo sentido, portador do futuro. O perdão está intimamente ligado a memória, a sociedade precisa de lembrar dos erros cometidos no passado, aprender com eles, perdoar e seguir em frente. O perdão sem memória nos remete ao caos inicial, nos reconduz ao abismo do esquecimento.

A promessa, outra forma de retemporalização, é a capacidade da sociedade em “creditar o futuro”, comprometer-se em relação a ele e dele se apropriar, garantindo-o contra o imprevisível, o radical, conferindo-lhe de alguma forma um passado, ou seja, liga o futuro através de compromissos normativos.

O questionamento, quarta forma de retemporalização que nos é apresentada por Ost, ele antecede o perdão. Em tempo útil, desliga o futuro com vista a operar as revisões que se impõem para que na hora das mudanças as promessas sobrevivam.

O imbróglio estudado por este artigo ocorre de que forma podemos usar o direito ao esquecimento para proteger os direitos individuais da personalidade sem prejudicar a memória e o perdão, figuras da retemporalização buscada por Ost. O próprio autor se encarregou de responder o questionamento na sua obra, O tempo do direito, admite que mesmo tentando a deixar de lado o esquecimento e focar na memória, observou que este era inevitável e necessário.

Apesar da memória ser de extrema importância para Ost, ele reconhece que o esquecimento é necessário, mas alerta que ao lado das figuras do esquecimento apaziguamento, operam também formas do esquecimento engano e do esquecimento recalque. O esquecimento falsário é aquele que se utiliza de mil e uma formas de mentiras piedosas da história oficial para legitimar um regime ou reforçar uma ideologia. Já o esquecimento recalque é aquele através do qual se visa fenômenos de amnésia coletiva, que dizem respeito aos vencedores em relação à sorte que suas conquistas impuseram aos vencidos.

Nessas formas de esquecimento a cima citadas faz-se valer o direito à

memória, pois este esquecimento só deturpa a memória social, gerando desta forma uma destemporalização.

Para ele, o esquecimento, como a memória, exige ser revisitado, selecionado, ultrapassado, superado, subsumido num tempo que não se tão somente ao passado (Ost.2005, p.145). Coloca em destaque o pensamento de Pierre Vidal-Naquet “Só há memória sobre um fundo de esquecimento e “este esquecimento ameaçador e, contudo, necessário.

Da memória a promessa, fica então demonstrado que o esquecimento não é uma figura de destemporalização social, na verdade, aplicado de forma correta este ajuda as figuras da retemporalização e protege a personalidade individual.

REFERÊNCIAS

OST, François. **O tempo do direito**. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado coração, 2005.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

RAMOS, Evilásio Almeida. **Direito ao esquecimento versus a liberdade de informação e de expressão**: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. Monografia de Especialização em Direito Constitucional) – Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, Ceará, 2014.

FRATTARI, Rafael. O projeto de pesquisa e a iniciação científica em Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, n. 1, p.231-263, jan/jul, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Direito constitucional simplificado**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2006.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Renovar, 2006.

