

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA: IMPLICAÇÕES NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E NO ERRO JUDICIAL

Leonio José Alves da Silva¹

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará uma breve exposição sobre o fenômeno do direito ao esquecimento e direito à memória no contexto da sociedade de massa e de informação, tema obrigatório na disciplina de Responsabilidade Civil ministrada na Faculdade de Direito do Recife – CCJ/UFPE.

Discorreremos sobre os contornos dos direitos de personalidade e sua tutela, alguns dos principais casos pertinentes à matéria (envolvendo a memória histórica e a justiça de transição, a memória privada e o direito penal e as implicações do erro judicial, tão comum em nossa sociedade).

Sem qualquer pretensão de exaurir temas ou muito menos de levar o leitor a uma análise profunda dos grupos de assuntos, pretendemos focar as principais repercussões e diálogo com outras áreas do conhecimento e demonstrar a potencialidade preventiva e social da responsabilidade civil.

Direito à informação, investigação histórica e ruptura do silêncio institucional são pontos caros no presente debate; contudo, não se pode esquecer do respeito aos direitos de personalidade próprios da preocupação reinante em uma sociedade ávida pela vigilância² e o determinismo das informações publicitárias, além de uma imprensa muitas vezes irresponsável e inconsequente, sedenta por quebrar quaisquer barreiras éticas em nome de uma pretensa liberdade de expressão e acesso aos fatos.

¹ Professor Associado de Direito Civil – UFPE CCJ. Professor Colaborador de Direito Ambiental – UFPE PRODEMA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Tutela dos Interesses Difusos – CNPq. Pós-Doutor em Direito – UFSC. Pós-Doutorando em Direito – UC – Portugal. Pós-Doutorando em Direito – UNIME – Itália. Pós-Doutorando em Direito – UM1 – França.

² A expressão sociedade de vigilância encontramos muito bem retratada na obra do Professor de Direito Civil Stefano Rodotà, sempre preocupado com os assuntos mais delicados na sociedade moderna incluindo-se os contornos e limites da chamada sociedade de vigilância: “Se alguém enxerga a realidade com imparcialidade, encontra razões para o pessimismo. Mesmo antes do 11 de setembro, particularmente por conta de exigências do mercado e da tendência de montagem de bancos de dados cada vez maiores de consumidores e de seus comportamentos, havia comentários sobre o “fim da privacidade”.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E MEMÓRIA

2.1 Direitos da personalidade e memória positiva

Qual a pessoa, instituição ou Estado capaz de desprezar seus vínculos com o passado e o registro dos melhores momentos da sua história, existência, experiências e aprendizado?

O registro de fatos representa, na maior parte das vezes, parte da identidade de uma pessoa, instituição ou mesmo país, merecendo, assim, tratamento diferenciado com enfoque na história, no resgate da oralidade, tradições, costumes e outras fontes de saberes populares.

O Direito, incapaz de absorver a magnitude dos fatos sociais, incompleto por essência e falho na sua composição, limita-se, quando muito, a tentar tutelar as consequências dos eventos danosos ou desconstituir relações jurídicas a estes pertinentes.

Ora, se a memória é componente indissociável da identidade humana e das instituições, revelando nítido conteúdo de direito personalíssimo³, qual o exato limite para o seu uso e manutenção e até que ponto haveria o direito à correção dos fatos (direito de resposta, na tutela da imagem de modo amplo e contrapropaganda, na tutela consumerista)?

Naturalmente, pessoas físicas e jurídicas desejam recordar e registrar fatos de relevo na sua história e, concomitantemente, dados agradáveis no seu passado recente ou remoto; tal acervo de impressões, registros ou outros dados afins, em diferentes mídias ou bases, inclusive as imemoriais ou tradicionais, representam o que passamos a denominar de memória positiva de dados, desejável e até mesmo mantida como referencial na existência civil ou ficta, pois sempre repercutirá de modo saudável consolidando a imagem daqueles que a utilizam.

A memória positiva ingressa no dinâmico e eternamente incompleto acervo dos direitos de personalidade⁴ por integrar uma dimensão imaterial própria da imagem, identidade,

³ Nenhum bloco legislativo mundial consolidou, até o presente momento, os direitos de personalidade em grupamentos ou modelos exaurientes; ao contrário, a tutela personalista exige sempre um renovar metodológico e de dinamismo incomum: “Il serait vain d’essayer d’établir une liste des droits de la personnalité, car elle risquerait d’être incomplète. Si elle ne l’était pas au moment où elle est dressée, elle ne manquerait pas d’être à plus ou moins brève échéance.”

⁴ Sobre a incompletude dos direitos de personalidade, constituem referências os estudos de Adriano de Cupis, Alvino Lima, Pierre Kayser, Digo Campos entre outros autores a ressaltar o peculiar dinamismo e singularidade: “Che la denominazione di diritti della personalità sia riservata ai diritti essenziali, ben si giustifica colla considerazione che i medesimi costituiscono della personalità il nocciolo più profondo. Ogni ambiente sociale ha una propria particolare sensibilità rispetto alla essenzialità dei diritti: mutando la coscienza morale, mutando il modo di ravvisare la posizione dell’individuo nel seno della società, muta correlativamente l’ambito dei diritti che vengono concepiti come essenziali per la personalità. DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: A. Giuffrè, 1950. p. 19

culturalismo e projeção dos indivíduos ou instituições no mundo das relações pessoais, profissionais, empresariais e de outros cunhos.

Assim, compreensível a dimensão que os registros alimentam na identidade das pessoas e instituições, capazes de afirmar de per se a própria sobrevivência e parte da existência dos seus titulares.

Consultar arquivos históricos, fotografias, periódicos, imagens em pinturas, gravuras, mapas, plantas, estudos antropológicos e arqueológicos, modos de preparar alimentos, elementos musicais e registros sonoros, além de outras fontes de informações não passíveis de enumeração, constituem modo de preservação da identidade, desejável se contiver fatos que interessam aos destinatários e lhes fazem recordar elementos do seu querer.

Tais dados revelam exemplos da memória positiva a conviver com novas fontes de armazenamento nas sucessivas eras do conhecimento humano e tecnologias a descobrir (v.g. mídia virtual, bases de dados digitais e demais modos de divulgação que certamente surgirão).

Logo, todas as recordações que ao sujeito de direito (pessoas físicas ou jurídicas) mereçam o regozijo, confortem e até mesmo sejam imprescindíveis para o resgate da sua própria identidade, afirmação cultural, territorial e sensorial, são típicos exemplos daquilo que denominamos memória positiva desejável de lembrança (aspectos da família, infância, uniões, conquistas profissionais, conquistas pessoais, feitos históricos e fatos sociais).

2.2 Direitos da personalidade e memória negativa

Da mesma forma que os fatos de boa recordação histórica ou social merecem o zelo por seus detentores, com o esforço na preservação da identidade e transmissão para gerações futuras, incluindo-se a participação das pessoas jurídicas, a sociedade também reclama o apagar de dados desagradáveis ou suficientes para abalar a naturalidade do cotidiano, seja pelo incômodo, seja pela dor ou constrangimento; para tais situações atentatórias aos direitos de personalidade, decidimos denominar de memória negativa de dados, indesejável e até mesmo corrigida ou preservada em silêncio por determinação judicial.

Ao leitor cumpre indagar da justificativa de um aparente sigilo abusivo de dados, numa época onde a privacidade das informações foi abrandada e o conhecimento dos fatos sociais caminham em velocidade impressionante⁵.

⁵ “Não se pode, portanto, traçar um limite, como se o mundo da defesa da privacidade e o ação pública fossem hostis ou não comunicantes. Não existe uma separação, mas um continuum. Dessa forma, os problemas

Aos sujeitos de direitos, pessoas físicas ou jurídicas, pode ocorrer necessidade de resguardo das situações constrangedoras ou até mesmo violentas, representativas de abalo psicológico ou moral durante toda a sua existência; logo, competirá aos próprios destinatários da tutela dos dados individuais afirmar da gravidade que tal divulgação, inicialmente irrelevante, pode representar.

A linha limítrofe entre a proteção de tais informações e o interesse social/público é tênue e extremamente delicada, uma vez que o caráter irrenunciável dos direitos de personalidade afasta, de pronto, o direito dos seus titulares em abdicar da sua proteção.

Dessa forma, como mensurar o exato momento onde a relativa supremacia do interesse público (lembramos que não concordamos com o conceito absoluto de tal prerrogativa/valor), pode arrefecer a privacidade sobre informações de caráter doloroso para os seus titulares?

Talvez, no intuito de responder tal indagação, possamos sopesar o impacto dos interesses constitucionais envolvidos para minorar o resguardo de um em benefício da promoção do outro.

Na tentativa de ilustrar essa perspectiva de ponderações constitucionais, usemos o seguinte exemplo: a repercussão dos fatos históricos oriundos dos regimes de exceção/ditatoriais em diversos países durante a primeira (fascismo/nazismo) e segunda metade (ditaduras militaristas ou populistas) do século XX, onde atos de extrema violência e negação aos direitos fundamentais foram praticados (cárcere privado, tortura, supressão, destruição e adulteração de documentos, negativa de identidade, sequestro, ocultação de cadáveres, confisco da propriedade produtiva, confisco de registros históricos, além de outras máculas que o tempo ainda não cicatrizou).

Em tais circunstâncias, desagradando os titulares diretos de tais direitos ou seus sucessores, como ocorrera em diversas ocasiões no território brasileiro, argentino, chileno, espanhol, português e de outros países, a memória e o registro póstumo de tais fatos é cobrada pela sociedade com o objetivo precípuo de usar a história como ferramenta pedagógica e construtiva que, em conjunto com outras atitudes, afaste por completo ou minimize qualquer possibilidade de repetição das atrocidades praticadas.⁶

certamente se tornam mais difíceis. Não se trata somente de escolher entre valores contrapostos, fazendo prevalecer secamente um ou outro. É necessário realizar balanceamentos mais complexos entre os interesses em jogo, para assegurar a coexistência da garantia dos direitos individuais com a progressiva abertura da sociedade. Caso contrário, insistindo nas antigas enunciações, surgiria o risco de enquadrar os defensores da privacidade entre aqueles que Karl Popper denominaria de “os inimigos da sociedade aberta”.

⁶ “As formas de limitação mais difundidas, que chegam a sacrificar a tutela da privacidade em prol de outros interesse, considerados temporariamente ou não como prevalecentes, são bem conhecidas e em muitos casos estão previstas na própria legislação sobre bancos de dados. Dizem respeito sobretudo a interesses do Estado

Possibilita-se, assim, não apenas a divulgação histórica de tais dados, incluindo a sua preservação e estudo crítico continuado, inclusive em centros de pesquisa nas universidades mundiais ou organismos independentes do meio acadêmico, com a criação de memoriais (v.g. sobre o holocausto, sobre o apartheid, centros de “tratamento” de doenças psíquicas, prisões políticas, a exemplo da Ilha de Fernando de Noronha – PE, a Ilha da Marambaia – RJ, Florianópolis – SC).

Além de tais fatos, o próprio comportamento social perante temas delicados como a discriminação por motivos religiosos, pelo fator das deficiências (onde a segregação era a conduta mais utilizada), pelo fator de doenças incuráveis nos últimos séculos ou na atualidade, incluindo-se epidemias e pandemias, motivou a necessidade de repensarmos o apagar direto de tudo aquilo que incomodava ou chocava nossos sentidos.

Precisamos recordar que a preservação e divulgação de grandes equívocos ou violências contra a humanidade, quando desprovidas de qualquer senso lucrativo, ideológico ou de apologia à própria violência, podem ser concebidos como instrumentos educativos no nosso lento e fustigante processo evolutivo.

Assim, no cotejo da memória negativa dos dados podemos tirar alguma lição positiva para a manutenção da paz e da dignidade do ser humano, mensurando com a devida cautela e serenidade quais os elementos merecedores de preservação coletiva, justificados, talvez, pela eterna necessidade dos freios sociais de violência.

Logo, ainda que desagradáveis o registro e o lembrar de fatos sociais ou históricos para alguns indivíduos se faz necessário; preservada a tutela do conteúdo mínimo da privacidade, cuidando-se para que a própria divulgação não constitua uma violência maior do que o ato em si, ao Estado seria assegurada a possibilidade de divulgação de tais dados.

Inadmissível, na aplicação da memória negativa de dados, é a exposição de situações vexatórias quanto aos chamados dados sensíveis,⁷ capazes de comprometer o núcleo mínimo do direito à intimidade (genuíno espectro dos direitos da personalidade); não podemos buscar a divulgação histórica para constranger ou menoscabar, mas, inversamente, educar, prevenir e reprimir condutas de idêntica capacidade danosa.

(segurança, interna ou internacional, polícia, justiça) ou a relevantes direitos individuais e coletivos (tradicionalmente, o direito à informação, sobretudo como liberdade de imprensa; e cada vez mais intensamente o direito à saúde, principalmente em sua dimensão coletiva).”

⁷ A definição de dados sensíveis encontramos amplamente difundida no direito europeu, a exemplo do Código Italiano em matéria de tratamento de dados pessoais, no seu Art. 4, 1, d): dados sensíveis, ao dados pessoais capazes de revelar a origem racial e étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou de outro gênero, as opiniões políticas, a adesão a partidos, sindicatos, associações e organizações de caráter religioso, filosófico, político ou sindical, bem como os dados pessoais capazes de revelar o estado de saúde e a vida sexual’.

3 DIREITO À MEMÓRIA E DIREITO AO ESQUECIMENTO.

3.1 Proximidade de conceitos.

Indisfarçável é a proximidade do direito à memória e do direito ao esquecimento; verdadeiros polos de um mesmo conjunto de valores a mensurar na proporcionalidade do juízo constitucional.

Para um destinatário da norma jurídica ou social, a memória é indeclinável; para o outro, o esquecimento é desejável e insubstituível.

Se a história e os fatos sociais reclamam preservação de dados desagradáveis, violentos e aviltantes a qualquer senso de respeito ao próximo, os envolvidos diretos/titulares dos direitos personalíssimos cobram o velar de tais informações de caráter delicado, excetuando-se os momentos de promoção coletiva de direitos (v.g. populações atingidas pela escravidão, pela estratificação religiosa na segunda guerra mundial, militantes de movimentos contra as diferentes formas ditatoriais etc).

Por isso, tratar do esquecimento exige o cotejar da memória e vice-versa; impossível conceber um tema olvidando o outro; contudo, não existe uma fórmula pré-concebida e acertada para a devida dosagem e ponderação de interesses constitucionais conflitantes; aliás, as Constituições modernas foram, em sua maior parte, silentes quanto ao tema e delegando, de modo natural ou mecânico, o debate à legislação ordinária (Códigos ou leis federais extravagantes).

No caso brasileiro, colhemos preceitos gerais na Constituição Federal de 1988 e dirigimos a discussão ao Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002) ao regular a tutela dos direitos personalíssimos no âmago dos seus artigos iniciais para atender um reclamo jurisprudencial antigo.

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: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

3.2. Impressões no Código Civil brasileiro.

O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002) disciplinou a matéria dos direitos de personalidade em diferentes artigos, mais didáticos e correspondentes aos reclames da doutrina e jurisprudência da época:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

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.

Da exegese dos arts. 12, 17 e 20, precipuamente, podemos requerer a correção imediata de dados inverídicos ou que exponham ao constrangimento, humilhação e pré-julgamento, todos propícios de uma mídia irresponsável nos seus diferentes canais, invasiva nas diferentes esferas da privacidade.⁸

⁸ “A extensão da área abrangida pela tutela da privacidade fez com que aumentasse, paralelamente, o número de sujeitos interessados em tal proteção bem como sua relevância social. Logo, deve-se considerar superada, em seu

Cabe, por oportuno, recordar que o ramo da imprensa sequioso por divulgar, e não apenas informar, trata a notícia como fonte exclusiva de renda, pouco importando os efeitos derivados da sua veiculação, de modo que a inserção direta de tais artigos atende a um antigo reclame da sociedade, previamente reconhecido pela jurisprudência nacional, capaz de modular os efeitos da responsabilidade civil da imprensa irresponsável e socialmente reprovável.

3.3. Enunciado da Jornada de Direito Civil.

Na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF, foi debatido e aprovado o enunciado n. 531, cujo teor e justificativa são os seguintes:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais.

Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Observamos na justificativa do enunciado 531 – VI Jornada de Direito Civil – Conselho da Justiça Federal, latente preocupação preventiva das distorções ocasionadas com o uso abusivo das informações com nítida finalidade especulativa, afastando a ideia da ressocialização da pessoa que tenha cumprido pena e fomentando a perpetuação da condenação social não adstrita ao tempo da execução penal.

conjunto, a posição que culturalmente vinculava a construção do right to privacy com base em uma dupla identificação: com o século XIX – entendido com a idade de ouro da privacidade – e com a classe burguesa, tida como a natural (se não exclusiva) interessada na proteção de uma esfera privada. A preocupação com a proteção da privacidade, de fato, nunca foi tão grande como no presente; presume-se destinada a crescer no futuro; interessa a camadas cada vez mais amplas da população.”

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO EM CASOS CONCRETOS.

4.1 A memória desejável e o interesse público: Comissões da Verdade e Justiça de Transição.

Outro tópico de grande questionamento sobre a incidência do direito ao esquecimento e o direito à memória reside na chamada “justiça de transição” e no trabalho das “comissões da verdade” e da Comissão de Anistia (vide Lei n. 10.559/2002).

Na história recente brasileira e de outros Estados, registros de graves violações aos direitos humanos são encontrados com frequência, revelando a truculência institucionalizada e o uso da força para a manutenção do poder.

Na reconquista do espaço democrático, diferentes movimentos de resistência foram criados e na tentativa da preservação dos ideais democráticos ou mesmo o direito de expressão, registramos no Brasil um número elevado de mortes no período ditatorial de 1964 até a redemocratização.

A instituição das “Comissões da Verdade”, realização de documentários, pesquisas em laboratórios, produção de dissertações e teses sobre tal período revelam a plena necessidade de preservação da memória nacional e divulgação pedagógica dos prejuízos causados pela ação do Estado na sua face mais violenta.

A instituição da anistia ampla ou bilateral no Brasil, debatida no STF por intermédio da ADPF 153, adiante citada, não pode implicar no apagar dos dados históricos da recente trajetória brasileira; a despeito de ser concedida a remissão política aos crimes praticados contra a dignidade da pessoa, por diferentes canais e formas institucionalizadas de tortura, a Corte Suprema ressaltou o aspecto do perdão concedido aos responsáveis pela repressão.

Em São Paulo, um projeto de investigação e documentação histórico-política revirou a situação do Cemitério de Dom Bosco – na localidade de Perus, periferia da cidade de São Paulo, sendo detectada a inumação clandestina de vários corpos de pessoas vinculadas à resistência contra a ditadura.⁹

⁹ “O dia 04 de setembro de 1990 se insere na História como a data em que se registra a abertura da vala de Perus, localizada no Cemitério Dom Bosco, na periferia da região oeste da cidade de São Paulo. As dimensões da vala eram 30 m de comprimento por 50 cm de largura e 2,70 m de profundidade. Era uma vala clandestina que trazia ossadas da tragédia vivida no Brasil e, em especial, em São Paulo, nos anos 1970, quando dominava o terror da ditadura. Nesta vala, foram encontradas aproximadamente 1.500 ossadas, de desconhecidos, vítimas das mazelas e preconceitos sociais: indigentes, mendigos, jovens negros; vítimas dos esquadrões da morte, como alguns presos que foram retirados do antigo Presídio Tiradentes, ou que foram arrancados de suas casas para serem assassinados; crianças vítimas da desnutrição infantil e de doenças como a meningite que, em São Paulo estava sendo intensamente disseminada, pois havia um surto da doença que foi proibido de ser divulgado nos meios de comunicação de massa, aumentando assim, por falta de informações, o número de casos fatais. Havia também naquela vala, conforme denúncia dos familiares de mortos e desaparecidos políticos, as ossadas de pelo menos

Figura 1: Retirada dos ossos e restos do cemitério de Perus – SP



Fonte: Desaparecidos Políticos um capítulo não encerrado da História Brasileira / [edição de texto Instituto Macuco]. — São Paulo: Ed. do Autor, 2012. p.150.

Figura 2: Técnicos da Unicamp fazendo a análise e separação das ossadas. Material foi transferido para o Columbário do Cemitério do Araçá em São Paulo.



Fonte: Desaparecidos Políticos um capítulo não encerrado da História Brasileira / [edição de texto Instituto Macuco]. — São Paulo: Ed. do Autor, 2012. p.154. Foto Marcelo Vigneron

seis presos políticos, sequestrados, torturados e assassinados nas dependências do DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna), órgão da repressão política comandado pelo Exército: dos irmãos Denis Antonio Casemiro (1946-1971), Dimas Casemiro (1941-1971); dos estudantes Flávio de Carvalho Molina (1947-1971), Francisco José de Oliveira (1943-1971), Frederico Eduardo Mayr (1948- 1972); e do marinheiro Grenaldo de Jesus da Silva (1941-1972).” TELES, Maria Amélia de Almeida; LISBOA, Suzana Keninger. **A vala de Perus:** um marco histórico na busca da verdade e da justiça! In. CARDOSO, Ítalo. (org). Vala clandestina de Perus. Desaparecidos Políticos: um capítulo não encerrado da História Brasileira / [edição de texto Instituto Macuco]. — São Paulo: Ed. do Autor, 2012. p.51-52.

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de

generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

STF. Tribunal Pleno. ADPF 153. Rel. Min. Eros Grau. DJ: 29/04/2010.

4.2 A memória desejável e o interesse público: o erro judicial e suas consequências.

Provavelmente, o mais grave erro judiciário recente¹⁰ do Brasil verifica-se na teratologia praticada contra o pernambucano Marcos Mariano da Silva, levado ao Presídio Professor Aníbal Bruno (PPAB) sem qualquer processo regular, direito ao contraditório ou mesmo ampla defesa, em nítida e vergonhosa omissão do Estado de Pernambuco.

Trancafiado injustamente por 19 anos, sem direito a qualquer vestígio de defesa ou formação regular de um processo, amargou o descaso do Estado de Pernambuco para com a dignidade da pessoa, contraindo tuberculose e ficando cego em decorrência de uma bomba de gás lacrimogênio.

Recebeu a ajuda de advogado particular que patrocinou a sua causa na modalidade *pro bono* e, após longa tramitação de feito sobre a responsabilidade civil do Estado, conseguiu em 2009 a condenação do Estado de Pernambuco ao pagamento de R\$ 2.000.000,00, valor que não chegou a receber, pois faleceu de infarto aos 63 anos, em 22/11/2011.

Preso pela primeira vez em 1976, fora acusado de um assassinato no Cabo de Santo Agostinho, na Região Metropolitana do Recife; à época com 28 anos, dirigia um táxi quando um homem ferido encostou-se no veículo manchando-o de sangue, fato que serviria para a infundada acusação.

¹⁰ Em toda a história brasileira registram-se infelizes casos de erro judiciário. No período imperial ressalta-se o caso Mota Coqueiro, proprietário de terras e comerciante do norte fluminense, executado na forca em 1855, após a negação do perdão imperial, acusado em Processo Penal duvidoso e assinalado por nulidades. Outras condenações ocorreram até a chegada da República brasileira, quando a pena capital foi afastada do ordenamento brasileiro. A doutrina nacional, em diversas oportunidades, debateu o tema da prisão indevida: “ E a dificuldade maior está em que a prisão indevida, da perspectiva do juízo cível, não coincide necessariamente com a noção de prisão ilegal do juízo criminal. E se esta última visa restaurar o status libertatis do indivíduo, a primeira visa definir eventual responsabilidade civil do Estado, pelo danos sofridos por aquele em razão da prisão.” CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.478-479.

Figura 3: O pernambucano Marcos Mariano da Silva, alvo de um dos grandes erros judiciários do Brasil.



Fonte: Reportagem da folha de Exu (2011).

Após a prisão foi abandonado pela família e perdeu o emprego fixo; seis anos após, o verdadeiro culpado foi preso e confessou o crime pelo que foi concedida a sua liberdade, aos 34 anos, e um pedido de desculpas do Governo de Pernambuco.

Três anos após, quando dirigia um caminhão, foi detido por um policial que o confundiu com um foragido, sendo preso por ordem do juiz Aquino de Farias Reis, depois Desembargador aposentado do TJPE.

Após uma revisão interna nos arquivos do PPAB, o então diretor, Major Galindo, descobriu o segundo erro cometido contra Marcos Mariano.

Recebera a notícia do seu advogado sobre o indeferimento dos pedidos recursais do Estado de Pernambuco, às 15h de 22/11/2011 e, às 19h da mesma data, quando a sua esposa Dona Lúcia o acordaria para o jantar, verificou a sua morte.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de **27/09/1985 a 25/08/1998**, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados,

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso *sub judice* destacam-se: *XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...)*

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; (...)

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

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.

6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escoreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ)

7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua *ratio essendi*, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

8. *In casu*, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais.

9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial.

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma "morte em vida", que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?

11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que *"a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. De flui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual"*. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004)

12. Recurso Especial desprovido.

STJ. 1ª Turma. RESP. 802.435. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 30/10/2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O direito ao esquecimento, também denominado de direito de ter paz e ficar sozinho ou direito ao recolhimento, como ressalta a língua britânica, apesar de nítida manifestação dos direitos personalíssimos, depaupera-se progressivamente diante da difusão da sociedade de massa e de vigilância.

Sua base verifica-se cada vez mais prejudicada em função do comportamento e características do modelo social moderno, tecnológico e indisposto a aceitar o respeito à individualidade como fronteira ética.

Por outro lado, diante dos exemplos citados ao longo do breve estudo desenvolvido, imprescindível afirmar que a memória dos fatos históricos reclama maior conhecimento destacando-se o caráter educativo da informação e a cautela contra a exposição desnecessária dos sujeitos de direito.

Encontrar o ponto de equilíbrio entre as tensões do direito à informação e acesso às fontes históricas e o direito à preservação da paz e ao esquecimento de fatos desabonadores individuais é a tarefa demandada.

No Brasil, algumas iniciativas hermenêuticas foram lançadas e o tema avança na jurisprudência; contudo, ainda carecemos de boa e especializada regulamentação dos bancos de dados virtuais e do tratamento das informações de dados históricos contra arbitrariedades praticadas em regimes de exceção; de igual modo, observamos durante a exposição do tema que sua aplicabilidade transita em diferentes setores da vida e do Direito, a saber: a tecnologia da informação, os bancos de dados consumeristas, acervos históricos de guerras e revoluções, ao Direito Penal (notadamente no aspecto da vítima) etc.

REFERÊNCIAS.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARDOSO, Ítalo. (org). **Vala clandestina de Perus.** Desaparecidos Políticos: um capítulo não encerrado da História Brasileira / [edição de texto Instituto Macuco]. — São Paulo: Ed. do Autor, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade .** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile.** Milano: A. Giuffrè, 1954.

_____. **I diritti della personalità.** Milano: A. Giuffrè, 1950.

FOLHA DE EXU. **O pernambucano Marcos Mariano da Silva, alvo de um dos grandes erros judiciais do Brasil.** 2011. Disponível em:
<<http://www.folhadeexu.com.br/fantastico-divulga-nome-do-juiz-que-cometeu-maior-erro-judicial-da-historia-do-brasil-contra-o-pernambucano-marcos-mariano>> Acesso em: 05 abr. 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2001

KAYSER, Pierre. KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques. **Revue trimestrielle de Droit Civil.** Paris, v.70, n.3, p. 445-509, 1971.

PATROCÍNIO, José do. **Mota Coqueiro ou a pena de morte.** Rio de Janeiro: Francisco Alves/SEEC, 1977.

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

_____. **Intervista su privacy e libertà.** Roma: Editori Laterza, 2005.