



## MEMÓRIA OU ESQUECIMENTO: O TEMPO SOCIAL COMO NOVO PARADIGMA PARA INSTITUIR O DIREITO

### MEMORY OR OBLIVION: THE SOCIAL TIME AS NEW PARADIGM TO ESTABLISH THE RIGHT

Aline Moura da Silva Boanova<sup>1</sup>  
Evandro Luis Sippert<sup>2</sup>  
João Luis Severo Cunha Lopes<sup>3</sup>

#### RESUMO

Analisa-se neste estudo o tema memória ou esquecimento. A relevância desse trabalho reside em identificar uma alternativa para a colisão desses dois direitos que derivam de preceitos fundamentais. O ensaio tem por objetivo geral demonstrar a possibilidade de o tempo ser instituidor do direito por meio da evolução do tempo social. São seus objetivos específicos discorrer sobre a fundamentação e colisão dos direitos fundamentais, expor a institucionalização do tempo social operando em quatro aspectos: memória, perdão, promessa e questionamento. A metodologia consiste em utilizar o método hipotético-dedutivo, a pesquisa será bibliográfica utilizando livros, meios eletrônicos e legislação. Com o resultado se espera conseguir contribuir para uma nova alternativa de solução da colisão entre o direito à memória e ao esquecimento.

Palavras-chave: Direito à memória; direito ao esquecimento; novo paradigma; tempo social.

#### ABSTRACT

This study analyzed the subject memory or forgetfulness. The relevance of this work is to identify an alternative to the collision of these two rights that derive from the fundamental precepts. The test is intended to demonstrate the General possibility of the settlor being the right time through the evolution of social time. Are your specific goals speak about the rationale and collision of fundamental rights, expose the institutionalization of social time operating in four aspects: memory, forgiveness, promise and questionamento. The methodology is to use the hypothetico-deductive, bibliographic search using books, electronic media and legislation. With the result are expected to be able to contribute to a new alternative of solution of the collision between the right to memory and oblivion.

Keywords: new paradigm; Right to memory; right to oblivion; social time.

<sup>1</sup> Advogada - OAB/RS 107.289. Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade de Passo Fundo (Turma 2017-1) e bolsista CAPES/PROSUC - Modalidade II. E-mail: 47950@upf.br.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo PPGD - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ, Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, MBA em Gestão das Tecnologias de Informação e Comunicação em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Pós-Graduação em Docência do Ensino Superior pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Contato: evandro.sippert@gmail.com.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito pelo PPGD - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, Bolsista Capes/PROSUC - Modalidade II, Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Advogado. Contato: jlscl@hotmail.com.



## INTRODUÇÃO

O direito enquanto fato social se formará a partir da complexidade das relações humanas, atuando como uma resposta à sociedade e estabelecendo uma espécie de medium social. A necessidade de uma contrapartida do ordenamento jurídico se dá, muitas vezes, em função da colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. No presente trabalho abordaremos a tensão entre a memória e o esquecimento mirando uma nova perspectiva acerca da institucionalização do tempo social como novo paradigma para o direito em quatro tempos: memória, perdão, promessa e requestionamento. Para tanto utilizaremos a obra *O tempo do Direito* de François Ost.

A resposta do direito ao conflito aqui exposto tem se dado por meio da ponderação, porém a proposta do estudo é demonstrar que o tempo social é capaz de criar um novo paradigma para o reconhecimento do direito de ser esquecido ou do direito a construir uma memória, tudo isso visando o futuro.

Para responder ao problema dividimos o ensaio em três seções, quais sejam: (I) Direito à memória e ao esquecimento: tensão entre direitos fundamentais e tempo social; (II) Para além da ponderação, o papel da memória e do perdão no direito, primeira etapa do tempo social e (III) Promessa e requestionamento, ligar e desligar o futuro: o tempo social como paradigma da formação do direito.

Na primeira seção abordaremos a tensão entre a memória e o esquecimento expondo o fundamento constitucional e o impacto desses direitos na legislação brasileira, perfazendo a dicotomia público versus privado. Ainda faremos uma introdução à memória e ao tempo social.

Na segunda seção iremos ultrapassar a ponderação e começar a construção da ideia de tempo social como um novo paradigma para o reconhecimento do direito. Evidenciaremos a ideia do tempo social com a sua justa medida para a aplicação do direito. Demonstraremos o contraponto do perdão à memória e ao esquecimento. Ainda versaremos sobre a forma de se ligar ao passado buscando uma verdade histórica e de se desligar dele por meio do perdão.

Na terceira e última seção nos debruçaremos sobre discussão da influência do tempo social para um novo paradigma do direito. A concretização da memória social e sua



transformação no perdão e como ocorre a superação dos dois primeiros tempos para a promessa, ligando o futuro, e o questionamento, desligando-o. Para encerrar se verifica se o tempo social fornece respostas ao conflito entre o direito à memória e o direito ao esquecimento.

## 1 DIREITO À MEMÓRIA E AO ESQUECIMENTO: TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEMPO SOCIAL

A memória e o esquecimento são consequências de direitos fundamentais previstos na Carta Magna brasileira. A colisão entre esses direitos não é novidade, pois pertencem aos conflitos da dicotomia interesse público/interesse privado. Todavia o avanço tecnológico que incluiu novos meios de comunicação para a disseminação da informação tem feito com que os debates se intensifiquem nesse campo. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>4</sup>:

[...] embora o novo rótulo, em termos gerais, a ideia subjacente ao assim chamado direito ao esquecimento é bem mais antiga e guarda relação com o já clássico conflito que tantas vezes se estabelece entre a proteção da personalidade e outros bens jurídicos, como a segurança e o interesse público etc. e a liberdade de expressão e informação.

Por um lado, o pleito se fundamenta na construção da memória revestida na liberdade de expressão<sup>5</sup>, de informação<sup>6</sup> e de imprensa<sup>7</sup>. De outro lado o esquecimento é uma consequência dos direitos da personalidade<sup>8</sup>: direito à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem, relacionadas intimamente ao Princípio da Dignidade Humana.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em 01 de ago. de 2017 [s.p]

<sup>5</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220, §1º e §2º. Fonte: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 de ago. de 2017, [s.p].

<sup>6</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Artigo 5º, inciso XIV. Fonte: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** [s.p].

<sup>7</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Artigo 5º, inciso XIV. Fonte: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** [s.p].

<sup>8</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Artigo 5º, inciso X. Fonte: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** [s.p].



Sobre o primeiro podemos afirmar que é evidente a relevância da liberdade de expressão como direito fundamental, pois não há como justificar um Estado Democrático de Direito sem que o povo seja livre para manifestar suas opiniões. Também a liberdade de informação e imprensa são cruciais para o desenvolvimento social, pois fornecem subsídios que proporcionam às pessoas fazerem as mais diversas escolhas. Mas talvez o maior desafio desses direitos fundamentais seja criar uma memória histórica acerca de fatos ocorridos formando uma memória social. Essa tarefa não é fácil, pois a construção de uma verdade histórica tem o escopo de proporcionar uma regeneração social. Diferente do que pode ocorrer com a disseminação de fatos ocorridos no passado como forma de entretenimento e busca por audiência.

Na construção da verdade histórica e da memória social os acontecimentos do passado se ligam ao presente e servirão de exemplo para uma transformação, uma regeneração da sociedade.

Um exemplo de regulamentação do direito à memória é a Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, no seu artigo 1º fica evidente seus objetivos:

Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade 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<sup>9</sup>.

Como descrito no texto legal o resgate da memória e a construção da verdade histórica têm como objetivo uma reconciliação nacional, a Comissão da Verdade não busca culpados, mas sim garantir um futuro em que atrocidades como a ditadura civil militar que se iniciou da década de 1960 e perdurou até a década de 1980<sup>10</sup>. Nesse caso o direito determina de forma cogente a formação da memória como algo à não ser repetido.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm). Acesso em 01 de ago. de 2017, [s.p].

<sup>10</sup> Sobre isso visitar: <http://memoriasdaditadura.org.br/periodos-da-ditadura/index.html>.



Já sobre o segundo bloco de direitos, podemos dizer que é um dos limitadores da liberdade de expressão, de informação e de imprensa. Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>11</sup> o fundamento dos direitos de personalidade é:

[...] o reconhecimento, pela ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana e da necessidade de proteger as diversas manifestações de tal dignidade e personalidade. [...] Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são sempre direitos humanos e fundamentais, mas nem todos os direitos humanos e fundamentais são direitos da personalidade.

O direito ao esquecimento atua como proteção dos direitos de personalidade, ainda que não haja disposição constitucional expressa, conforme Ingo Sarlet<sup>12</sup>, ele é um “direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana”, e ainda acrescenta que ele está presente em “direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros”. Assim o autor conclui que:

Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões<sup>13</sup>.

Nesse sentido é o Enunciado 531, aprovado por ocasião da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que diz “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento<sup>14</sup>”. Embora os enunciados não tenham um valor vinculativo ele demonstra a presença do esquecimento como um direito implícito que deriva da própria dignidade humana e dos direitos da personalidade.

<sup>11</sup> JORNAL ESTADO DE DIREITO. SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito no lugar comum**. 26. ed., Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/944365-26-EDI%C3%87%C3%83O-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 14-15.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**, [s.p].

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**, [s.p].

<sup>14</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados Na Vi Jornada De Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em 01 de ago. de 2017, p.1.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Na esfera legislativa o Marco civil da internet, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, é uma importante manifestação do direito ao esquecimento e sua menção é direta no artigo 7º, inciso X:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei<sup>15</sup>.

Muito embora a ponderação seja um meio de resolução de muitos conflitos entre direitos fundamentais, entendemos que o tempo social pode ser um novo paradigma para resolução de questões como o caso em tela que irá auxiliar na adequação do tempo social do conflito.

As questões que envolvem a memória e o esquecimento têm em comum a figura do tempo e sua influência sobre o direito. O homem pode manipular o tempo de forma reflexiva para o passado ou para o futuro. Assim nas palavras de François Ost<sup>16</sup>:

Com o homem surge com efeito a possibilidade de uma repetição reflexiva do passado e de uma construção antecipativa do futuro - a capacidade de reinterpretar o passado [...] e a faculdade de orientar o futuro [...] é nessa propriedade humana seguramente notável de reflexão de tempo que se indica a possibilidade de uma construção neguentrópica do tempo social.

A manipulação do tempo pelo direito se manifesta na sua aplicação aos casos concretos, assim o jurista faz uma relação intertemporal:

[...] não é o juiz chamado a decidir casos de hoje com a ajuda de textos de ontem, tendo simultaneamente em mente o precedente que sua decisão poderá representar amanhã? Reinterpretando doutrinas antigas à luz das questões de hoje, dá vida a soluções que não tinham esgotado todas as suas promessas; traçando novas vias com a ajuda de textos

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em 01 de ago. de 2017, [s.p].

<sup>16</sup> OST, François. O tempo do Direito. Lisboa: Piaget, 1999, p. 30-31.





normativos, restitui à tradição a sua verdadeira dimensão: o poder de transmitir mundos possíveis<sup>17</sup>.

A posição do direito e do tempo pode deixar dúvidas quanto a justa medida temporal a ser aplicada, causando um duplo temor:

[...] por um lado, do lado do passado, o perigo de ficar fechado na irreversibilidade do já acontecido, um destino de erro ou infelicidade, por exemplo, condenado a perpetuar-se eternamente, por um lado, do lado do futuro o terror inverso que um futuro indeterminado suscita, já que a sua imprevisibilidade radical nos priva de qualquer referência<sup>18</sup>.

Dessa forma o direito pode se apropriar de “mecanismos destinados, pelo menos em parte, a desligar o passado e ligar o futuro<sup>19</sup>”. Haverá assim uma necessidade de regulação jurídica do tempo social, aí que surgem as figuras do perdão e da promessa.

Podemos definir o perdão como “essa capacidade da sociedade para saldar o passado: ultrapassá-lo ao estabelecê-lo, libertá-lo destruindo o ciclo sem fim de vingança e do ressentimento”. Já a promessa pode ser entendida como “essa capacidade da sociedade para creditar o futuro, comprometer-se em relação a ele por meio de antecipações<sup>20</sup>”.

Dessa forma o passado e o futuro são conjugados pelo perdão e a promessa, porém somente esses dois elementos não são capazes de fazer uma instituição jurídica do tempo social, para isso será necessário que:

[...] cada um dos dois termos se desdobre, realçando a dialética no campo do passado e no campo do futuro [...] ao perdão associamos a memória, e à promessa o questionamento. A memória surge como uma projeção da promessa no passado; quanto ao questionamento, ele será a antecipação do perdão<sup>21</sup>.

Dessa forma surgem quatro tempos distintos: ligar e desligar o passado e ligar e deligar o futuro, esses tempos também podem ser compreendidos como memória, perdão, promessa e questionamento, conforme veremos nas próximas seções respectivamente.

<sup>17</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 32.

<sup>18</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 42.

<sup>19</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 42.

<sup>20</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 42.

<sup>21</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 43.



## 2 PARA ALÉM DA PONDERAÇÃO, O PAPEL DA MEMÓRIA E DO PERDÃO NO DIREITO, PRIMEIRA ETAPA DO TEMPO SOCIAL

A influência do tempo na formação do direito é de suma importância e capaz de alterar sua forma de solução dos conflitos. Sua utilização é capaz de fornecer um certo controle temporal, refletindo no passado e, de certa forma, evitando que o futuro seja totalmente desconhecido. Nesse sentido, Ost ressalta que:

[...] a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê muito frequentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia<sup>22</sup>.

Uma das etapas da formação da instituição jurídica do tempo social é ligar e desligar o passado. Assim ligar o passado é instituir a memória como uma promessa para o que já ocorreu, ela é construída para que haja uma reflexão no para o que passou visando uma reconciliação.

Para entender a relação entre memória e passado precisamos dividir o passado em dois tipos: o simples e o composto, ou seja, “este passado simples nos escapa, se é que algum dia existiu. Em termos de passado, é um passado composto que se apresenta à análise<sup>23</sup>”. Assim o que deve ser transformado em memória é o passado composto.

O passado composto volta todos os seus aspectos para o presente e se choca com a tradição com o intuito de reconstruir o tempo que se vive:

Este passado composto é algo sempre pensado, escrito e recriado no presente. Isto ocorre ao contrário do que se imagina, como se fosse uma memória que opera do passado para o presente. É importante tratar que o nosso entendimento da tradição, destes elementos do passado tão importantes à hermenêutica, não são entendidos por uma maneira que acredita ser capaz de compreender o sentido deste passado como se ele estivesse limitado ao próprio passado. Em vez disto, esta tradição precisa ser reconstruída a partir do presente, ela deve se chocar com o nosso

<sup>22</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 13.

<sup>23</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 51.





próprio tempo, com nossos sentidos, para que possamos dar a ela um sentido social<sup>24</sup>.

Um exemplo de transformação de passado composto em memória, ocorrido no Brasil, é a Comissão Nacional da Verdade, conforme já referidos, ela não foi criada para qualquer forma de vingança ou punição, mas sim para uma regeneração social.

O direito assume o papel de guardião da memória social: “reunindo e protegendo as informações relativas a um número considerável de atos e de fatos contra os riscos do esquecimento, permite à vida social desenrolar-se na continuidade de uma memória comum cujos dados estão permanentemente acessíveis a todos<sup>25</sup>. Todavia, o tempo da memória deve ser ultrapassado ou superado, isso ocorrerá com o perdão que desliga o passado. Mas como desligar o passado sem aboli-lo? Ost remete à seguinte questão:

A questão não é mais, desde então, de liquidar a tradição, mas de submetê-la ao processo permanente, crítico e reflexivo de revisão, que ao mesmo tempo lhe garanta uma consciência mais exata de sua singularidade e lhe organize uma abertura dialógica com as outras tradições num espaço público de discussão - científica, artística ou política - que continua em grande parte a se construir<sup>26</sup>.

Ao ultrapassar o tempo da memória surge a ideia de esquecimento. Então se passa a uma nova etapa, em que serão necessários ajustes temporais de equilíbrio. Dessa forma chegaremos ao dever de memória ou o direito ao esquecimento. Porém o esquecimento tem um sentido depreciativo de transição, pois o esquecimento pode remeter ao temos de que os fatos passados se perderam e que de nada serviram para a antecipação do futuro.

Na proposta de Ost o esquecimento é o perdão e nesse viés acrescenta que: “[...] o perdão que nos interessa acima de tudo, era mais e melhor que o esquecimento: o ultrapassar consciente do passado (com conhecimento de causa, e não uma deambulação sonâmbula de labirintos do sistema jurídico<sup>27</sup>”.

A transição da memória à promessa pode passar pelo esquecimento, mas não de forma a contemplar um esquecimento perverso que se configura em falsidades que

<sup>24</sup> BLOCH, M. *Apologia da História: ou o ofício de historiador*. Rio de Janeiro: ed. Jorge Zahar, 2001, p.56-57.

<sup>25</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 88.

<sup>26</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 147.

<sup>27</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 154



acobertam mentiras ou querem legitimar ideologias e sim um esquecimento. Dessa forma François destaca:

Da memória à promessa o caminho, no entanto, não é direto: não só passa [...] pelo bom esquecimento, o esquecimento-apaziguamento e o esquecimento-seleção, que faz a triagem do necessário na soma do passado como ainda requer que se faça o desvio do perdão que, não se limitando a conservar-selecionar o passado, o transforma inscrevendo-o de um outro futuro<sup>28</sup>.

O esquecimento deve estar aliado ao perdão, assim Ost destaca que:

[...] o tempo do perdão não é o inverso da memória e da tradição; operando ele também uma anamnésia, é antes o tempo de uma “outra” memória, de uma memória segunda, de uma memória crítica que, do próprio interior da instituição comemorativa, que é toda sociedade organizada, traça as primeiras linhas de uma outra interpretação do passado, ou seja, de um outro programa para nossos dias<sup>29</sup>.]

A figura do perdão não está codificada no ordenamento jurídico brasileiro, porém ela pode ser inserida como um viés de interpretação do melhor sentido de esquecimento, pois nessa fase a construção da memória já teve seus reflexos no passado e já alterou a tradição, para novo futuro, dessa forma interpreta Ost:

[...] se não pertence à ordem jurídica, não é proibido pensar que o perdão possa constituir um seu horizonte regulador: uma ideia limite que inspira algumas das suas instituições, quando a justiça confina à equidade [...] seria redutor cercar o direito de uma aspiração a uma concepção mais exigente da justiça em que a ideia de perdão é sem dúvida um dos modelos<sup>30</sup>.

Baseado nisso Ost ressalta a necessidade da instituição do perdão, inovando para a instituição do tempo social. Contudo ressalta que o perdão não pode ser alcançado pelo esquecimento e sim o contrário, o esquecimento deve se dar por meio do perdão, desligando o passado para que a memória tenha cumprido seu papel. A seguir passaremos aos outros aspectos para formação da instituição do tempo social, a promessa e o questionamento.

<sup>28</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 172.

<sup>29</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 152.

<sup>30</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 175.



### 3 PROMESSA E REQUESTIONAMENTO, LIGAR E DESLIGAR O FUTURO: O TEMPO SOCIAL COMO PARADIGMA DA FORMAÇÃO DO DIREITO

A influência do tempo sobre o direito, até aqui operou utilizando a memória como um instrumento capaz de se ligar ao passado para transformar o presente, e o esquecimento por meio do perdão como superação e uma porta para se conectar com o futuro. Ultrapassada a etapa de ligar e desligar o passado, ainda temos que ligar e desligar o futuro. Essa última etapa se relaciona com a promessa e o requestionamento completando as condições para que se institua o tempo social do direito.

Antes de mencionar a promessa e o requestionamento é necessário fazer considerações sobre o tempo como elemento institucionalizante. Conforme Leonel da Rocha:

Na atualidade, o grande problema é que essa noção de Tempo e espaço, kelseniana, saussureana, não funciona mais. Essa noção de Tempo e espaço não mais é válida, porque nós estamos numa outra forma de sociedade globalizada. A concepção de Tempo e espaço de Newton, que se mantinha filosoficamente com Kant, é uma categoria que permitiria duração, permitiria antecipação: Tempo para pensar, Tempo para refletir, Tempo de continuidade. O fato é que depois de Albert Einstein, que também não é o culpado por ser o mensageiro, a Teoria da Relatividade vai destruir a noção de Tempo linear. Isto é, não há mais o Tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Assim deixa de ter sentido toda epistemologia montada numa racionalidade ligada à idéia de Tempo e espaço newtoniano. (...) O Tempo é imediato, impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas kelsenianos<sup>31</sup>.

Ainda como menciona Leonel Rocha, há uma relação entre tempo, direito e sociedade:

[...] O Tempo e o Direito estão relacionados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história. Há uma obra de Cornelius Castoriadis, A instituição imaginária da sociedade, em que ele afirma claramente isso: não existe Tempo, direito e sociedade isolados, tudo isso é uma instituição. Uma instituição imaginária, na qual o Tempo constrói e é

<sup>31</sup> ROCHA, Leonel S. **A construção do tempo pelo direito**. In: STRECK, Lenio L. Anuário do programa de pós-graduação em direito (Mestrado e Doutorado 2003). São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003, p. 303.



construído, instituí e é instituído, ou seja, o Direito é uma instituição temporal<sup>32</sup>.

Nesse viés que o tempo, direito e sociedade se reveste o fundamento de que o tempo institui e é transformador social e jurídico, assim reforça Luhmann:

En lo particular, existen muy diversas formas de solucionar el problema de ganar tiempo. (...) Pueden existir dispositivos que hagan posible guardar “experiencias” exitosas para su reutilización. (...) En segundo término, hay que pensar en la velocidad. Existen disposiciones que hacen posible que el sistema otorgue una mayor velocidad a sus procesos, en comparación con los procesos del entorno para ellas relevantes. (...) Un tercer modo de solucionar el problema podría denominarse agregación e integración de relaciones temporales. Supone la capacidad de captar puntualmente circunstancias extremadamente complejas (...) de manera que solo se le puede esperar de los sistemas psíquicos y sociales capaces de dar sus relaciones de complejidad a forma de sentido<sup>33</sup>.

Então a inclusão do tempo é uma quebra de paradigma e sua compreensão é de que o tempo é institucionalizante do direito. Para completar a instituição do tempo social temos a figura da promessa que se liga ao futuro e isso se dá como forma de comprometimento para o que está por vir:

A promessa [...] compromete o futuro ao comprometer o promitente; este arrisca aí algo de si mesmo sob o regime da auto-obrigação. Pela promessa, o futuro é tornado menos imprevisível e-lhe dado um sentido no modo normativo: as coisas serão assim, pois a isso me comprometo; este compromisso não é uma questão de imaginação nem de esperança, nem de cálculo estratégico, é da ordem da norma - uma norma que é aplicada a si mesmo<sup>34</sup>.

Com a promessa se pretende romper com um passado e se ligar ao futuro, inserindo-se em um tempo regenerado. Ost destaca que o “tempo da promessa [...] recusa a história morta que esmaga os homens sob o seu próprio peso, aquela que gera a doença histórica, [...] que acarreta a impotência para construir o presente e desejar o futuro<sup>35</sup>”.

<sup>32</sup> ROCHA, Leonel S. *A construção do tempo pelo direito*, p. 314.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales (lineamentos para uma teoría general)*. Tradución de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Iberoamericana; Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 66-67.

<sup>34</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 207.

<sup>35</sup> OST, François. *O tempo do Direito*, p. 224.



Assim toda promessa não se utilizará da história passada sem que antes ela tenha sido modificada por uma memória social e sem que ela tenha se desligado do passado pelo perdão.

A exposição contínua na mídia de casos ocorridos no passado está disfarçada de uma tentativa de impor ao poder público promessas para o futuro, porém essas tentativas fracassam, pois não são capazes de transformação na ordem legislativa e jurídica. Mas sim como destacado por Ost um resgate da “história morta que esmaga os homens, uma doença histórica” e não uma nova etapa que se encaminha para a regeneração, como se dá na formação da memória social.

Primeiramente seria necessário a instituição de uma memória social reflexiva ao passado e com aplicação no presente, para posteriormente intentar o perdão e por consequência o esquecimento. Desse processo o poder público de posse da memória social elabora promessas para o futuro em que se compromete a evitar as situações passadas desastrosas.

No direito brasileiro os casos emblemáticos do passado que continuam repercutindo e causando violação aos direitos fundamentais ligados à personalidade fica claro que a simples lembrança ou exposição dos envolvidos não será capaz de gerar uma promessa para o futuro.

O caminho para se atingir as promessas para o futuro pode se dar por meio das etapas de institucionalização do tempo social que irá se concretizar após vencer todos os obstáculos do passado e do futuro para que haja uma transformação do direito pelo tempo social.

Não obstante ainda temos o questionamento. Ele irá desligar o futuro, ou seja, “o tempo do questionamento - esse tempo que desobriga o futuro - exprime a radicalidade do gesto emancipador da crítica<sup>36</sup>”.

O questionamento não apenas desliga o futuro, mas está presente no “tempo da memória que tem caráter ativo, seletivo e criador, ele inspira diretamente o tempo do perdão que desliga o passado e está presente no tempo das promessas”, pois “toda temporalidade que se absolutiza é virtualmente desistituente<sup>37</sup>”.

<sup>36</sup> OST, François. **O tempo do Direito**, p. 324.

<sup>37</sup> OST, François. **O tempo do Direito**, p. 324-325.



No questionamento a incerteza do futuro não pode ser vista como um fator prejudicial e sim como uma libertação de constrangimentos e marcas do passado e também como um impulso para que se foque na construção de uma nova sociedade capaz de partilhar valores comuns.

## CONCLUSÃO

As questões abordadas primeiramente levaram à constatação de que o direito à memória e o direito ao esquecimento são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 de forma indireta. Embora sua presença na Lei Maior seja dessa forma, já há manifestações legislativas acerca do tema. Constatou-se que a colisão de direitos embora revestida de novos termos, guarda relevância com a clássica dicotomia interesse público/interesse privado. Foi referido que a solução desses conflitos tem se dado por meio da ponderação, mas que a proposta do ensaio era de utilizar o tempo social como fator de resposta do direito.

Após foi demonstrado que além da ponderação a instituição do tempo social dividido inicialmente em memória e perdão constrói um viés totalmente novo para os termos em tensão. A memória fundamentada nas liberdades de expressão, de informação e de imprensa não é proporcional à memória social (liga o passado) que constitui uma verdade histórica, pois não tem como escopo a regeneração social, mas sim a exposição como mero entretenimento, banalizando o direito à memória. O direito ao esquecimento como consequência da violação dos direitos de personalidade pode ser substituído pelo perdão, que configura o desligamento do passado para uma nova etapa, a promessa.

Por último demonstramos que o último passo para a instituição do tempo social é a promessa e o questionamento. O primeiro se liga ao futuro e o segundo desliga-se dele. Para se chegar à promessa é necessário antes se ligar ao passado por meio da memória social e se desligar dele pelo perdão. Foi demonstrado que a veiculação de informações nos meios de comunicação não é capaz de construir uma memória social, tampouco uma verdade histórica. Portanto, com a prática dos meios de comunicação utilizarem fatos como mero entretenimento às massas não se atingirá a promessa se ligando ao futuro. sobre o questionamento, que desliga o futuro, constatamos que toda forma de absolutização do tempo é desistituente e que o questionamento está presente nas outras





três formas de tempo (memória, perdão e promessa). O fato de se desligar do futuro não é sinônimo de insegurança no cumprimento das promessas, mas sim uma forma do tempo instituir novos preceitos no direito sem que se mantenha antigos constrangimentos e na esperança da construção conjunta de um futuro totalmente desconhecido.

Como vimos, é possível solucionar a colisão entre o direito à memória e o direito ao esquecimento utilizando a instituição do tempo social de François Ost, pois toda garantia de memória que conflitar com os direitos inerentes à personalidade deve ser com o intuito de formar uma memória social e uma verdade histórica que é o primeiro passo para a regeneração social do conflito.

## REFERÊNCIAS

BLOCH, M. **Apologia da História: ou o ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 de ago. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011**, Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm). Acesso em 01 de ago. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**, Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em 01 de ago. de 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados Na Vi Jornada De Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em 01 de ago. de 2017.

JORNAL ESTADO DE DIREITO. SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito no lugar comum**. 26 ed., Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/944365-26-ED1%C3%87%C3%83O-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais (lineamentos para uma teoria general)**. Tradución de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Iberoamericana; Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

ROCHA, Leonel S. **A construção do tempo pelo direito**. In: STRECK, Lenio L. Anuário do programa de pós-graduação em direito (Mestrado e Doutorado 2003). São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em 01 de ago. de 2017.