

## O AGORA PARA SEMPRE: NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET A PARTIR DE MICHEL LAUB

### NOW FOR EVER: NOTES ABOUT RIGHT TO BE FORGOTTEN ON THE INTERNET BASED ON MICHEL LAUB

RENATO LUIZ F. DOWSLEY DE MORAIS<sup>1</sup>

**Resumo:** O direito ao esquecimento que, já na sua construção tradicional, é capaz de gerar diversos questionamentos, adensa-se ainda mais quando inserido no contexto das relações cibernéticas. A constatação de que os avanços tecnológicos não foram acompanhados por idênticos progressos no campo normativo; que o direito à privacidade passa por um processo irreversível de ressignificação em razão da crescente exposição dos indivíduos no meio digital; e que a própria forma como está estruturada a internet impõe obstáculos incontornáveis a qualquer intenção de esquecimento, todos esses elementos gravitam em torno da difícil questão de saber se há limites para a memória nesse *deserto do real* em que vivemos. Nesse contexto, a narrativa de Michel Laub em *O tribunal da quinta-feira* ganha relevo, na medida em que problematiza em prosa as questões-problema para as quais o Direito está longe de fornecer uma alternativa normativamente eficiente.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento; internet; Michel Laub; lacuna normativa

**Abstract:** The right to be forgotten which, in its traditional construction, is capable of creating several questions, becomes even more relevant when introduced in the context of cybernetic relations. The confirmation that technological advances have not been followed by similar progress in the normative field; the right to privacy goes through an irreversible process of resignification due to the increasing exposure of individuals in the digital environment; and the own shape in which the internet is structured imposes inescapable obstacles to any intention of forgetting, all these elements spin around the hard question of whether there are limits to the memory in this *desert of the real* in which we live. In this context, Michel Laub's narrative (on *O tribunal da quinta-feira*) is highlighted, because problematizes issues for which the Law is far from providing a normatively efficient alternative.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife – PE. Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3914372795023935>. Endereço de e-mail: [renatodowsley@hotmail.com](mailto:renatodowsley@hotmail.com).

**Keywords:** The right to be forgotten; internet; Michel Laub; regulatory gap

## 1 INTRODUÇÃO

Esquecer. Dessa forma, no infinitivo, simples e natural, como quem sente o correr da rotina a embrulhar lembranças, rostos, nomes, lugares. Esquecer é quase um reflexo natural do tempo, cuja flecha entrópica “implica a irremediável fugacidade das coisas” (Ost, 2000, p. 289). Mas o que acontece quando o tempo para, quando a fragilidade da lembrança é anulada pela onisciência do virtual?

Sim, porque a tradicional construção doutrinário-jurisprudencial que cerca a temática do direito ao esquecimento, cunhada no que se poderia chamar de *dimensão analógica* das informações, senão tem seu conteúdo completamente esvaziado quando transportada para o universo digital, fragiliza-se sobremaneira no contexto do trânsito de dados da internet.

Um dos argumentos mais evidentes está relacionado ao necessário redimensionamento da velocidade com que as informações alcançam seus destinatários. Assim é que, voltar os olhos ao primeiro momento no qual se discutiu a temática do direito ao esquecimento, traz consigo o dever de matizar as ponderações feitas naquela ocasião a partir das formas de tecnologia disponíveis:

Esse programa [*O assassinato de soldados em Lebach*] pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, §2º, e 2º, §1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada (Alexy, 2011, p. 100).

O posicionamento da Corte Alemã data de junho de 1973, quando o mais próximo de compartilhamento de informações em rede que se tinha notícia era o projeto

ARPANET, patrocinado pelo governo dos Estados Unidos no contexto da Guerra Fria e da corrida tecnológica trava com a então União Soviética<sup>2</sup>.

Mais de quatro décadas depois, a dinâmica das relações sociais modificou-se por completo. Caminha-se entre um *tweet* e outro através de realidades que se entrecruzam no universo virtual – que é tão fluido quanto só fronteiras de *bytes* podem ser.

Com efeito, descontando o incontornável limite horário e seus fusos a leste e oeste de *Greenwich*, pode-se travar relações com os mais diversos idiomas sem percorrer um único centímetro no mundo físico e, portanto, sem as exigências alfandegárias e protocolares que seriam feitas a cada desembarque.

Assim é que, se o conceito de esquecimento remanesce<sup>3</sup>, os matizes em torno dele encerram discussões muito mais complexas, relacionadas à carência de regulamentação, mas sobretudo à perplexidade e limitações materiais à implementação dessa espécie de direito negativo relacionado à personalidade.

O paradoxo salta aos olhos e pode ser reduzido ao seguinte argumento: como a recorrente e diuturna afirmação de um universo informacional tão fluido é incapaz de lidar eficazmente com o esquecimento, com o apagar de dados e o resguardo da intimidade do indivíduo?

É desse tema, que parece estar cada vez mais na ordem do dia, que trata uma das tantas provocações feitas por Michel Laub (2016) no seu romance mais recente. É a partir da narrativa de Laub, então, que essa análise ganhará contornos mais claros doravante.

## **2 PARA ENXERGAR O DIREITO ATRAVÉS DA LITERATURA**

Afirmar a importância da literatura para o direito nesse contexto de escrita é (quase) um truísmo que não se imporá ao leitor – o que não afasta, no entanto, a obrigação metodológica de evidenciar a partir de que marcos e construções teóricas esse diálogo transdisciplinar será afirmado.

---

<sup>2</sup> Para um breve apanhado das origens da internet tendo como base a ARPANET, sugere-se ao leitor a leitura de LEINER, Barry M. et al. A brief history of the internet. Disponível em: <[https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet\\_1997.pdf](https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf)>. Acesso em 05 dez. 2017.

<sup>3</sup> Dentre todos, Cécile de Terwangne, para quem “el derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (2012, p. 54)

A postura adotada nessa abordagem parte de uma constatação em certa medida óbvia: a de que tanto a narrativa literária quanto a jurídica são erigidas com palavras. O consequente obrigatório dessa afirmação está em que, se palavras são, ambas as estruturas narrativas/argumentativas não podem ser pensadas sem a necessária atividade interpretativa do destinatário do texto – que, por sua vez, preso em uma espiral hermenêutica de movimento permanente, tem de lidar com as zonas cinzentas de significação inerentes à própria textura aberta da linguagem<sup>4</sup> (Struchiner, 2001).

Assim,

A partir desse instigante encontro com a literatura, os teóricos do direito começaram a entender melhor o próprio papel que a ficção desempenha na cognição humana, isto é, o fato de que toda nossa relação com os fenômenos é ficcional exatamente porque o real é irrepresentável no sentido da concordância exata, da imagem perfeita ou da cópia conforme. Nossas representações, com efeito, não podem ser idênticas ao que elas representam. Como não acessamos o real senão indiretamente, isto é, por intermédio da linguagem, nossa representação do mundo sempre será de algum modo ficcional. (Rabenhorst, 2016, p. 128)

O ponto de partida, portanto, está em retirar do direito a condição de incomunicável, como se o conhecimento jurídico fosse algo reservado àqueles eleitos que, no panteão da civilização moderna, escrevem obras herméticas que dimensionam o fenômeno jurídico por trás dos muros da Academia.

A complexidade do direito não se esgota na doutrina tecnicista, pelo contrário. Se a literatura é capaz de captar o imaginário coletivo e se postar criticamente no tempo de sua construção, é de se supor que muitas das questões jurídicas possam ser trabalhadas pelo discurso literário sem que se façam revestir da racionalidade cientificista própria dos juristas.

Sem bem pensadas as coisas, ocorre precisamente que a literatura, despida desse rigor técnico da doutrina jurídica e se permitindo um olhar crítico sobre o suporte fático (para utilizar aqui uma expressão própria da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda

---

<sup>4</sup> “Por textura aberta entende-se que a palavra entende-se que a palavra que apresenta essa qualidade não teve seu uso previsto para todas as situações possíveis que poderiam surgir (ex.: no caso do gato, nós nunca pensamos se um gato que assume um tamanho gigantesco ou que é capaz de ressuscitar, ainda assim, pode ser considerado um gato). A textura aberta engloba os casos em que não sabemos se um termo se aplica ou não em função de não termos previsto essa nova situação no momento em que constituímos o significado original da palavra. Como não sabemos se a palavra se aplica ou não, ou seja, como não sabemos o seu uso em todas as situações possíveis, podemos dizer que a definição do conceito não é exaustiva ou é incompleta” (Struchiner, 2001, p. 13 e 14)

e mesclar tudo de uma vez), fornece “subsídios capazes de contribuir diretamente na compreensão das relações humanas (...), isto é, o caldo da cultura no qual, ao fim e ao cabo, opera o direito” (Trindade; Gubert, 2008, p. 50).

Alguém acaso haveria de questionar a dimensão jurídica existente em *O Mercador de Veneza* de Shakespeare e seu contributo inesgotável para discussão em torno dos limites interpretativos do direito<sup>5</sup>? Alguém haveria de questionar que Guimarães Rosa, no monumental *Grande Sertão: Veredas*, a versar sobre o pacto demoníaco e a sua interferência na formação da alma brasileira (Cunha, 2015), não trata também daquilo que se pode entender como devido processo correto (*rectius*, legal)<sup>6</sup>?

Indiscutível, nesse sentido, a ponderação de Antônio Candido (2004, p. 175-176), para quem,

Os valores que a sociedade preconiza, ou os que considera prejudicial, estão presentes nas diversas manifestações da ficção, da poesia e da ação dramática. A literatura confirma e nega, propõe e denuncia, apoia e combate, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas [...]. Isto significa que ela tem papel formador de personalidade, mas não segundo as convenções; seria antes segundo a força indiscriminada e poderosa da própria realidade. Por isso, nas mãos do leitor o livro pode ser fator de perturbação e mesmo de risco<sup>7</sup>.

Será, portanto, na condição de espelho-da-realidade e de recurso argumentativo crítico que a literatura será tratada nessa abordagem – ou, para pegar de empréstimo as palavras de André Karam Trindade e Roberta Magalhães Gubert (2008, p. 50), “o interesse que suscita o conhecimento da literatura para o direito reside na sua singular

---

<sup>5</sup> Cf. TRINDADE, André Karam. Entre pequenas injustiças e grandes justiças: O Mercador de Veneza e a representação do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Os modelos de juiz*. Ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-185.

<sup>6</sup> “Ao menos Diadorim raiava, o todo alegre, às quase danças: – ‘Vencemos, Riobaldo! Acabou-se a guerra. A mais, Joca Ramiro apreciou bem que a gente tivesse pegado o homem vivo...’ Aquilo me rendia pouco sossego. E depois? – ‘Para que, Diadorim? Agora matam? Vão matar?’ Mal perguntei. Mas o João Curiol virou e disse: – ‘Matar não. Vão dar julga; mento...’  
– ‘Julgamento?’ – não ri, não entendi.  
– ‘Aposto que sei. Aí foi ele mesmo quem quis. O homem estúrdio! Foi defrontar com Joca Ramiro, e, assim agarrado preso, do jeito como desgraçado estava, brabo gritou: – Assaca! Ou me matam logo, aqui, ou e n tão eu exijo julgamento correto legal!... e foi. Aí Joca Ramiro consentiu, apraz-me, prometeu julgamento já...’ – isto o que falou João Curiol, para me dar a explicação. (Rosa, 1994, p. 354)

<sup>7</sup> Nesse sentido também Mario Vargas Llosa (2015, p. 19-20): “Quem duvida que a literatura, além de nos submergir no sonho da beleza e da felicidade, nos alerta contra toda forma de opressão, deve se perguntar por que todos os regimes emprenhados em controlar do berço ao túmulo a conduta dos cidadãos a temem tanto que estabelecem sistemas de censura para reprimi-la e vigiam com tanta suspeita os escritores independentes”

capacidade de elucidação e reflexão crítica de questões transcendentais que se colocam no campo jurídico”.

É isso que se tem em mente quando a porta é aberta: os julgadores tomam seu assentos e tem início a sessão [d]*O tribunal da quinta-feira*.

### 3 SITUANDO O PROBLEMA EM O TRIBUNAL DA QUINTA-FEIRA

José Victor é um publicitário de quarenta e três anos bem-sucedido o bastante como faz prova a vaga de garagem reservada aos sócios da agência em que trabalha; é amigo de Walter, marido de Teca e namorado de Dani.

Os amigos se conhecem na faculdade de publicidade e, durante vinte e cinco anos, criam uma forma própria de se comunicar. Uma espécie de humor que somente tem seu sentido plenamente preenchido – e se retoma aqui, nalguma medida (e ainda que de soslaio), o apontamento anterior acerca das dimensões cinzentas de significação inerentes às palavras – por aqueles que construíram aquela forma de comunicação. Laub deixa claro essa privacidade artificialmente construída por ressignificações lexicais: “há toda uma história de evolução do humor que se tornou o nosso código preferencial fora e dentro das mensagens” (2016, p. 65); “o fato de essa evolução ter sido acompanhada apenas por mim e por Walter, sendo impossível a qualquer um de fora entender o contexto em que aquelas expressões foram usadas, também não muda”(2016, p. 65-66).

O problema está em que José Victor e Teca decidem se separar; o problema está em que, três meses após a separação, ela descobre num papelzinho a senha da conta de e-mail particular do ex-marido; o problema está no fato de Teca não resistir à curiosidade, entrar sorrateiramente no espaço-virtual-particular de José Victor e lá encontrar diversas mensagens trocadas com Walter, na linguagem própria dos dois; o problema está em que, entre essas mensagens, ela descobre que o ex-marido a traía com a estagiária de vinte anos; o problema mesmo está em que, ao descobrir tudo aquilo, Teca faz uma compilação das mensagens (algo como o *top 12* do escárnio) e as divulga na internet.

É nesse momento que a sessão do Tribunal tem início: no exato instante em que os limites da vida privada ondulam, espicham, rompem e o humor privado de José Victor e Walter ganha o espaço público. Mais do que isso – porque o ponto de virada vem agora –, o espaço público virtual, onde nada se esquece e tudo se execra.

Sempre há uma combinação de morbidez e azar nesses casos, a coincidência de o post ter sido publicado em determinado horário, ou de alguém com muitos seguidores ter se interessado pelo caso, ou de estarmos num tempo em que não apenas celebridades podem ter a vida íntima exposta para as massas – e eis que me vejo lá, no presente eterno do espaço virtual, para escrutínio e comentários de arquitetos, publicitários, economistas, professores, marceneiros, cobradores de ônibus e juízes interessados (2016, p. 55).

O que Laub faz, a partir dos ficcionais José Victor, Walter, Teca e Dani – e dos tantos outros anônimos julgadores que censuram e atacam a partir das coxias – é problematizar um fenômeno para o qual ainda se aprende a lidar, o da resignificação do espaço público e do privado em uma época em que espaços físicos são (também eles) redimensionados pela abstração do universo digital.

O espaço público de julgamento não é novidade. A censura social sempre existiu em diferentes graus de abrangência: na forma de cochicho por carolas interioranas, de nota ácida no jornal da cidade<sup>8</sup>, de chacota televisionada e satirizada pelos incontáveis e incansáveis programas de humor. A novidade, repita-se, não está na censura pública mas na dimensão que ela ganha nesse novo universo de tecnologias globais.

Quando Philip Roth diz que “se você não viveu 1998, você não sabe o que é santimônia” (2014, p. 8), contextualiza a narrativa na sociedade americana de crescente espetacularização em torno do caso Bill Clinton e Monica Lewinsky e, então, narra a história do Professor Coleman Silk – que, “após utilizar a palavra *spooks* para se referir a dois alunos ausentes, Silk é acusado de racismo e vê sua carreira universitária em declínio” (Penteado, 2015, p. 2) – ele constrói uma narrativa de dimensão *analógica*.

Quando Laub instala *O tribunal da quinta-feira* os parâmetros são outros porque o momento de escrita é distinto. O que se discute, agora, não é mais o espetáculo transmitido por ondas de tevê e o julgamento público dos comentaristas políticos e dos tabloides de fofoca. O que se coloca em perspectiva é o avanço incontrolável da tropa

---

<sup>8</sup> O que trouxe essa lembrança foi o punhado de realidade romanceado em *Machado. Romance*, acerca da repercussão negativa da eleição de Mario de Alencar para a Academia Brasileira de Letras em 1905: “Com a candidatura patrocinada por Machado de Assis, Mário de Alencar veio a ocupar a vaga aberta pela morte de José do Patrocínio, derrotando por dezessete votos contra nove o romancista e jornalista Domingos Olímpio, autor do aclamado romance *Luzia-Homem* e conterrâneo do seu pai. Toda a imprensa carioca julga a vitória injusta e deplorável. No dia seguinte ao da eleição, 1º de novembro, o colunista do jornal *O País* não só condena a Academia de Letras pela má decisão, como também reprova o vencedor. (...) E lavra o veredicto: ‘o jovem escritor mereceria sem dúvida o prêmio de animação’. Em apoio à própria argumentação, relembra a velha frase de João Ribeiro: ‘Presume-se que a Academia é uma consagração pelos trabalhos feitos. Aqui não é lugar dos que principiam’” (Santiago, 2016, p. 103)

inimiga, a queda definitiva das barricadas, a exposição inclemente não do sujeito-famoso, mas do publicitário-comum, que em algum momento trocou mensagens privadas com um amigo, utilizando o contexto de fala próprio dos dois, e que, por essa razão, agora tem sua vida exposta e, sentado no banco dos réus, tenta dimensionar o alcance das repercussões daquele vazamento de mensagens – e não apenas para si, mas para aqueles que os cercam e que não deveriam suportar os encargos da sua própria traição.

Há uma trama de complexidade muito clara em *O tribunal da quinta-feira*: o efeito cascata do vazamento consciente das mensagens privadas dos amigos José Victor e Walter, pela ex-esposa Teca. Laub deixa claro que, visando o ex-marido traidor, Teca acerta também em Walter e em Dani. A súbita derrocada profissional do narrador é apenas uma das consequências, porque há mais, muito mais abaixo da superfície. E é precisamente nessa dimensão insondável de complexa obscuridade que, tacitamente, se pretende que direito e literatura dialoguem.

Laub utiliza em duas passagens a expressão *presente eterno*. O segundo momento de utilização foi delineado acima. O primeiro é o seguinte:

Silêncio no tribunal, a sessão vai começar. Solicita-se a presença do outro réu. Ele também será submetido ao tratamento da casa. Bastam algumas piadas sobre merda. Basta meia dúzia de mensagens sobre cu. Basta uma dúzia de termos ofensivos registrados no presente eterno das caixas virtuais, e algo escrito há anos e em outro contexto equivale a uma ofensa cara a cara dita hoje (2016, p. 29).

Acontece que os avanços tecnológicos trouxeram um novo fator de complexidade para o real. Porque em um movimento muito rápido abandonou-se as amarras do mundo físico – do jornal, do cochicho, dos olhares críticos dos pares – e do espetáculo analógico da televisão para o insone mundo cibernético, em que as coisas acontecem incomparavelmente mais depressa e têm raízes muito mais firmes; em que o julgamento não é feito apenas pelo âncora do jornal ou pela censura paroquiana, mas por qualquer indivíduo, em qualquer parte do mundo, com a possibilidade de anonimato e um arsenal infindável de mecanismos de censura.

A indagação que se coloca, portanto, é a de saber qual o papel do direito em tudo isso. Sim, porque, se o direito é a tábua de salvação dos lesados, o Poder responsável por evitar que a lesão ou a ameaça a direito subsista, é de se perguntar o que o direito está

fazendo diante de situações desse jaez. Ou, em termos mais coerentes, importa investigar o que o direito *pode* fazer ao se deparar com um fenômeno social com esses contornos.

Nesse ponto, se é verdade que ainda não se tem afastamento histórico suficiente para afirmar em que medida o universo digital é capaz de alterar o pensamento jurídico, é igualmente verdade que as inovações tecnológicas já são capazes de alterar a maneira como as normas jurídicas são interpretadas (Saldanha, 2017).

Para a abordagem que se propõe, um dado de complexidade precisa matizar a construção feita no parágrafo anterior: e quando os aparatos jurídicos existentes – e aqui se faz referência não apenas aos instrumentos processuais, mas ao direito enquanto sistema, a abarcar desde os enunciados abstratos de lei até a decisão jurisdicional –, mesmo quando relidos e inseridos no novel sistema das relações virtuais, são incapazes de fornecer respostas adequadas para a problemática?

É sobre o que se passa a discorrer doravante.

#### **4 O BLOQUEIO ESTRUTURAL E A ANOMIA – OU O XEQUE-MATE DA REALIDADE**

O Direito serve à estabilização de expectativas. A construção remonta à Luhman, para quem

A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. (...) O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outros. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro (1983, p. 47)

Ocorre que as expectativas sociais estão longe de ser artefatos prontos e definitivos, sobretudo se se considerar o contexto de fala pós-moderno, no qual, para pegar de empréstimo Boaventura de Sousa Santos, “temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu” (2002, p. 41).

Para Luhman, o processo de evolução do direito consiste em uma rearticulação das estruturas existentes às novas feições das expectativas emergentes e se processaria nos seguintes termos (Neves, 2016): quando o sistema se depara com uma nova forma de comunicação (*variação*), ele verifica se essa estrutura desviante pode servir como

diretiva das comunicações ulteriores (*seleção*), para somente então ser compatibilizada com o mesmo sistema (*restabilização*).

A evolução acontece, portanto, dentro do próprio sistema – em um processo dinâmico no qual o próprio sistema reproduz (e legitima) a sua unidade –, obedecendo o encerramento operativo próprio dessa estrutura (Luhman, 2011).

A dificuldade surge quando fatores externos sobrepõem-se à racionalidade do Direito, vale dizer: quando o sistema perde a sua capacidade de releitura das determinantes ambientais e se aproxima do conceito de reprodução alopoiética – e não de modo eventual, mas no contexto de uma recorrente incapacidade de matizar as influências externas a partir do código-diferença lícito-ilícito (Neves, 2011).

Em outras palavras, o processo de evolução é colocado em xeque quando, por diversas vezes, o sistema se mostra incapaz de reler os fatores externos a partir da estrutura comunicativa inerente ao Direito: fatores de ordem econômica e política, por exemplo, com seus códigos-diferença próprios (ter/não-ter e poder/não-poder, respectivamente), cometem ingerências diretas que não guardam compromisso com a racionalidade do Direito.

Em se tratando do direito ao esquecimento na internet, a problemática não reside propriamente nas ingerências imediatas de outros sistemas de comunicação e seus respectivos códigos-diferença no direito, mas em um bloqueio estrutural decorrente da própria incapacidade do sistema jurídico de absorver as novas formas de comunicação existentes.

Como se, em uma guinada contra-fatual, o universo intangível do digital colidisse com a realidade que, incapaz de absorver essa nova forma de comunicação cibernética e seus reflexos concretos, continua a operar com as mesmas estruturas comunicativas obsoletas.

Ou seja, o problema não está propriamente na incapacidade do sistema jurídico de garantir o seu fechamento operacional frente aos fatores externos – e se permitir influenciar por ordens comunicativas informadas por outros códigos-diferença –, mas, antes, na incapacidade de absorver o fluxo cada vez mais acelerado de comunicações variantes – que reverberam de maneira cada vez mais intensa sem, contudo, serem validamente incorporadas pelo direito.

Em outras palavras, é como se a realidade estivesse se desenrolando em rotação muito mais acelerada do que o direito é capaz de assimilar. Inclusive porque, para que uma nova forma de comunicação social seja matizada pelo código próprio do sistema jurídico é preciso que, antes, o fenômeno seja compreendido e dimensionado por outros sistemas.

Acontece que a dinâmica das relações virtuais não se compara a qualquer experiência anterior. É como se se estivesse a enxergar a realidade de maneira atônita, sem conseguir precisar aquilo que de fato está a acontecer.

Pegando-se de empréstimo as palavras de Bosco (2017, p. 11);

Ocorre que uma das novidades desse espaço público é que as redes sociais digitais permitem a formação de grupos inorganizados que se comportam exatamente como os descreveu o psicólogo social francês do século XIX Gustave Le Bon, em seu célebre *Psychologie des foules*. Unidas todas por um ideal qualquer, as pessoas agem como um enxame de abelhas atacando moralmente um indivíduo identificado como tendo cometido um crime contra esse ideal. Crime, aliás, nem sempre real (melhor dizendo: a própria noção do que é real está em jogo), e quase sempre desproporcional à sua punição. É a dinâmica dos linchamentos digitais, que se tornaram frequentes no novo espaço público.

Quando a Corte Alemã – na decisão paradigma que se mencionou na introdução desta abordagem<sup>9</sup> –, concluindo pela prevalência do direito individual sobre o interesse coletivo à informação, passou-se a encarar o direito à privacidade sob uma nova perspectiva, que se projetava sobre o coletivo para resguardar a personalidade daquele que já foi notícia, que já ocupou o centro do palco, mas não mais se distingue sob a ribalta.

A decisão culminou em ordem negativa direcionada à emissora de televisão – sujeito de direito perfeitamente identificado e único detentor do poder de veicular ou não a reportagem.

Quando no Brasil as primeiras discussões foram travadas acerca dessa temática o contexto fático remontava também à emissora de televisão. A diferença é que, em ambos

---

<sup>9</sup> A complexidade da argumentação decisória foi bem sintetizada por Ingo Sarlet, nos seguintes termos: “O tribunal entendeu que embora a regra seja a da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização” (Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. 2015. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez#\\_ftn1](http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez#_ftn1)>. Acesso em: 11 dez. 2017

os casos, a discussão foi travada após a veiculação da reportagem. Eis os precedentes: REsp 1.334.097 e REsp 1.335.153.

No primeiro caso, o programa Linha Direta da Rede Globo relembrou a Chacina da Candelária, fazendo referência expressa a um dos réus que terminou sendo absolvido na ação penal originária. Isso acarretou diversos dissabores ao Sr. Jurandir Gomes de França, que teve sua imagem novamente ligada à condição de chacinador – inclusive a necessidade de se mudar da comunidade em que residia para preservar a vida e segurança dos seus familiares.

A condenação da emissora ao pagamento de indenização, afirmada nas instâncias inferiores, foi mantida pelo STJ e da ementa do acórdão, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, sobressai o seguinte trecho:

Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos (Brasil, 2013a).

No segundo caso, os irmãos de Aida Curi – vítima de violência sexual e homicídio no ano de 1958 –, buscavam reparação por danos morais após reportagem veiculada pela Rede Globo, também no programa Linha Direta, o que teria reavivado antigas dores.

O STJ, embora reconhecendo que os familiares de vítimas de crime também têm direito ao esquecimento – pois, do contrário, “chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos” (Brasil, 2013b) –, afirmou que, no caso concreto, os irmãos de Aida Curi não faziam jus à indenização pretendida.

Entenderam os ministros que compunham a 4ª Turma que o caso havia entrado no domínio público, “de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi” (Brasil, 2013b).

Pois bem, todas essas construções argumentativas foram proferidas no contexto de meio de comunicação convencional: uma emissora de TV aberta, que opera por radiodifusão, exhibe/pretende exhibir reportagem que pode (ou não) afetar direito da personalidade de indivíduos.

Se na dimensão *analógica* das relações, o direito fornecia mecanismos suficientemente eficientes para salvaguardar os direitos fundamentais do que

pretendiam ser esquecidos, no contexto das relações virtuais uma ordem judicial é incapaz de atingir idêntico objetivo. É do que trata o tópico seguinte.

### **5 ENTRE O QUE NÃO PODE SER DELETADO E UM REDIMENSIONAMENTO DA NOÇÃO DE PRIVACIDADE**

Na história da raça humana, esquecer sempre foi a regra – e lembrar, a exceção. Os avanços tecnológicos e as redes de comunicação globais alteraram esse panorama por completo, de modo que hoje, com o avanço e a generalização da tecnologia, o balanço se inverteu: esquecer tornou-se exceção; recordar, a regra (Mayer-Schönberger, 2009).

A aspiração de perpetuidade da memória virtual é ilustrada por Viktor Mayer-Schönberger com um exemplo real:

Stacy Snyder queria ser uma professora. Na primavera de 2006, a mãe solteira de 25 anos de idade concluía seu curso e passava a planejar sua carreira. Então, o seu sonho morreu. Convocada pela Universidade, foi-lhe dito que ela não poderia ser uma professora, embora houvesse cumprido todos os créditos, logrado aprovação em todos os exames, concluído o treinamento prático – muitos com distinção. Ela teve seu diploma negado porque seu comportamento era impróprio para uma professora. Seu comportamento? Uma foto na qual aparecia trajando um chapéu de pirata e bebendo em um copo plástico. Stacy Snyder colocou essa foto na sua conta no MySpace com a legenda “pirata bêbada”, para que seus amigos vissem e rissem (2009, p. 11).<sup>10</sup>

O fato é que as relações hodiernas cada vez mais se transplantam para o universo virtual, transmudando-se cada dia mais nessa espécie de realidade orwelliana que se aproxima – em sentido menos metafórico do que seria aconselhável – do *deserto do real* de Baudrillard (1991).

De modo que, voluntária ou inconscientemente, está-se cada vez mais conectado com aquilo que se foi, sentiu-se, experimentou-se. Tudo, em maior ou menor medida, em maior ou menor tempo, caminha para as nuvens de dados – essa espécie de entidade ubíqua do novo século – e se passa a tatear uma realidade que tão logo seja vivida já é

---

<sup>10</sup> Tradução livre do autor a partir do original: “Stacy Snyder wanted to be a teacher. By spring of 2006, the 25-year-old single mother had completed her coursework and was looking forward to her future career. Then her dream died. Summoned by university officials, she was told she would not be a teacher, although she had earned all the credits, passed all the exams, completed her practical training—many with honors. She was denied her certificate, she was told, because her behavior was unbecoming of a teacher. Her behavior? An online photo showed her in costume wearing a pirate’s hat and drinking from a plastic cup. Stacy Snyder had put this photo on her MySpace web page, and captioned it “drunken pirate,” for her friends to see and perhaps chuckle over.”

virtualizada e, uma vez abstratizada, se torna inesquecível e inabalável – como *mutatis mutandis* as palavras anunciadas por Nietzsche<sup>11</sup>.

Sim, porque “na prática, nada na internet é apagado, tudo lá permanece na dependência da capacidade de navegação, de uso de ferramentas de busca” (Melo, 2015, p. 113).

Daí porque o direito de ser esquecido, no universo cibernético, é também tratado sob a ótica do direito de ser desindexado (Melo, 2016)– que consiste na retirada dos *links* apontados pelo usuário da relação dos resultados de buscas realizados em seu nome. Na prática, portanto, o conteúdo continua a existir, só se lhe retiram os meios de acesso.

Antes de propriamente jurídica, a discussão passa por uma ressignificação da maneira como os dados são tratados atualmente. Tanto assim que Mayer-Schönberger (2009, 107) apresenta o que ele chama de espectro de opções para rediscutir a problemática do esquecimento no mundo virtual – dentre as quais, datas de expiração das informações.

Ainda no campo *pré-jurídico*, parece coerente colocar em perspectiva a relação com as novas formas de armazenamento de dados. Sim, porque até o momento – e retomando tudo o que se disse alhures quanto à incontornável aproximação histórica que obscurece a análise – a relação é feita partindo de um conflito entre mentalidades cunhadas em uma cultura cibernética ainda pueril e modernas tecnologias de armazenamento e compartilhamento de informações.

Talvez – e essa é uma ponderação que não pode ser definitivamente analisada olhando à frente – o esquecimento seja ele próprio ressignificado por aqueles que, nascidos no universo acostumado à dinâmica das relações virtuais, encarem o retrato cibernético das comunicações sociais de maneira distinta. Talvez, apenas talvez, quando a temática do direito ao esquecimento for retomada daqui a algum tempo, o espaço ocupado pelas elucubrações de José Victor seja muito menor do que a firmeza da fala de Dani:

O nosso caso deixou de ser secreto da pior forma possível, e apesar de ela ser de uma geração com outros conceitos de intimidade e

---

<sup>11</sup> Refere-se especificamente ao seguinte excerto, extraído do item 47 de Aurora: “Agora, a cada conhecimento tropeçamos em palavras eternizadas, duras como pedras, e é mais fácil quebrarmos uma perna do que uma palavra” (NIETZSCHE, 2004, p. 71 e 72). Parece que uma forma de apropriação legítima desse Nietzsche poderia ser feito pela substituição do conceito de “palavra” pelo de “dado digital” – ou, de modo mais técnico, de *bit*: de fato parece mais fácil quebrar uma perna do que atingir um *bit*.

privacidade, crescida numa era de bullying virtual e chats de punheta com câmeras ao vivo desde a escola primária, um escândalo sexual continua sendo um escândalo sexual. Um diretor misógino continua sendo um diretor misógino. Uma carreira que terminou continua sendo uma carreira que terminou, depois de arrastar ou tentar arrastar junto uma carreira que estava recém começando, então esse peso tem de ser considerado na decisão da minha namorada (Laub, 2016, p. 165).

Autora do áudio: Dani. Trecho: Eu nunca precisei de ninguém que me defenda [...]. Eu trabalho e estudo [...]. Eu tomei todas as vacinas e não tenho problema nenhum de autoestima [...]. Quem são esses debiloides para opinar sobre o que eu faço com o meu cu? [...] (...) Como se eu fosse ficar a vida inteira num emprego em que ganho tipo três salários mínimos [...]. Como se eu precisasse passar a vida na sombra do meu sinhozinho. Tipo, sério. Olha bem pra mim (Laub, 2016, p. 174, destaques presentes no original).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diagnóstico é pressuposto essencial de qualquer tratamento. Quando o direito, esse artefato todo-poderoso, se depara com perguntas para as quais a normatização existente não fornece respostas eficientes, o sistema entra em crise. Porque o mesmo ordenamento que impõe ao Judiciário um dever de atuação (art. 5º, XXXV, CF, c/c art. 140 do CPC/15), não lhe confere instrumentos capazes de impedir (ou fazer cessar) uma lesão/ameaça de lesão a direito.

A situação se torna ainda mais complexa quando se verifica que o bloqueio de reprodução do direito acontece por um obstáculo de ordem material. Nesse sentido, antes de se falar em insuficiência dos instrumentos jurídicos de repressão, é preciso que se pondere a inexistência de ferramentas tecnológicas que permitam a concretização de uma ordem para deletar determinado conteúdo.

O diálogo entre direito e literatura, nesse contexto, ganha ainda mais relevância. Não estando esta última submetida aos preciosismos tecnicistas da doutrina jurídica pura, poderá captar o imaginário coletivo e se postar criticamente no tempo de sua construção. Como se afirmou em outros momentos desse trabalho, é de se supor que muitas das questões jurídicas possam ser trabalhadas pelo discurso literário sem que se façam revestir da racionalidade cientificista própria dos juristas.

A narrativa de Michel Laub, extensamente referenciada – mas nem de longe esgotada – na presente abordagem, dá conta de representar esse fenômeno: a dinâmica complexa das relações sociais no palco da internet é tratada com rigor, diversas

subjetividades são expostas, a lesão decorrente do linchamento virtual é enfrentada e, durante tudo isso, o direito fica à margem. O tribunal que se forma talvez possa ser definido como uma alegoria de um direito alternativo, fundado em juízos de valor subjetivos e absoluto de cada um dos milhares de julgadores que tenham acesso ao conteúdo da postagem vazada em determinada rede social.

Nesse sentido, o tribunal de Laub é e não-é jurídico. No primeiro caso, porque ao falar em um julgamento de juízes impossíveis, está-se, ainda que reflexamente, falando de uma sintomática inércia do Poder constituído; no segundo caso, porque um Juízo colegiado de togas anônimas, fundado em juízos arbitrários e, por isso mesmo, exclusivamente subjetivistas, é a versão virtual de um tribunal de exceção com contornos adequados para o novo século. O direito permeia, portanto, toda a narrativa, mas sempre das coxias, pálido e frágil em sua incompletude.

Foi a partir dessa sintomática postura que se desenvolveu a abordagem. Considerando que o sistema não prevê uma resposta pragmaticamente satisfatória/concretizável, o que pode ser feito? As ponderações realizadas não tiveram a intenção de entregar respostas definitivas, mesmo porque, no mais das vezes, elas não existem – e, ao tempo desta fala, são, quando muito, conjeturas.

A proposta, portanto, está em lançar luzes sobre o problema. E, ao final, entregar muito mais indagações do que assertivas: como se exigir do direito uma resposta que, do ponto de vista material, não possui uma resposta potencialmente adequada com base nos instrumentos tecnológicos disponíveis?; como dialogar com esse bloqueio estrutural sem legitimar uma afronta a direitos da personalidade salvaguardados constitucionalmente?; se a discussão passa antes pela criação de ferramentas tecnológicas de controle, também não passa por uma ressignificação do conceito de privacidade com o qual se construiu toda a doutrina do direito ao esquecimento?

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOSCO, Francisco. *A vítima tem sempre razão? Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.334.097. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe. Brasília, 10 set. 2013a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.335.153. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe. Brasília, 10 set. 2013b.

BAUDRILLARD, Jean. Simulacros e Simulação. Lisboa: Relógio d'água, 1991.

CANDIDO, Antônio. O direito à literatura. In: CANDIDO, Antônio. *Vários escritos*. 3ª ed. São Paulo: Duas Cidades, 2004, p. 169-191.

CUNHA, Martim Vasques da. *A poeira da glória*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

LAUB, Michel. *O tribunal da quinta-feira*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEINER, Barry M. et al. *A brief history of the internet*. Disponível em: <[https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet\\_1997.pdf](https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf)>. Acesso em 05 dez. 2017

LLOSA, Mario Vargas. *Elogio da leitura*. 1ª ed. Santos: Editora Simonsen, 2015.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

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

MELO, Jussara Costa. Regulação do direito ao esquecimento no ciberespaço: heterogeneidade de lealdades no espaço público de postulação de interesses legítimos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 1, n. 1., maio de 2015.

MELO, Mariana Cunha e. *O significado do Direito ao Esquecimento*. 2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-significado-direito-ao-esquecimento-22112016>, acesso em 28 de abril de 2017

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NIETZSCHE, F. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

OST, François. El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos. In: *Anuario de derechos humanos*, nº. 1, 2000, p. 287 – 310.

PENTEADO, Marina Pereira. Do público para o privado: *A marca humana* e a ansiedade do final do século XX. *dEsEnrEdoS*. Ano VII, n. 23, mai. 2015, p. 1-17.

RABENHORST, Eduardo. Borges e a impossível representação: Implicações da literatura e o arte para uma estética jurídica. In: GONZÁLEZ, José Calvo. *Borges en el espejo de los juristas*. Derecho y literatura borgeana. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016, p. 127-144.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguillar, 1994.

- ROTH, Philip. *A marca humana*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2014.
- SALDANHA, Alexandre. Prefácio. In: SALDANHA, Paloma Mendes; PIMENTEL, Alexandre Freire; SALDANHA, Alexandre. *Tecnologias e transformações no direito*. Recife: Fasa, 2017.
- SANTIAGO, Silvano. *Machado. Romance*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados*. 2015. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez#\\_ftn1](http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez#_ftn1). Acesso em: 11 dez. 2017
- STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001, 102 f.
- TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de internet, derecho y política*. n. 13, p. 53-66, fev. 2012. Disponível em <<https://idp.uoc.edu/articles/abstract/10.7238/idp.voi13.1400/>>. Acesso em 05 dez. 2017
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). *Direito & Literatura – Reflexões Teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-68.
- TRINDADE, André Karam. Entre pequenas injustiças e grandes justiças: O Mercador de Veneza e a representação do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Os modelos de juiz*. Ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-185.