

DAS BARREIRAS CONSTITUCIONAIS E A NECESSÁRIA ABORDAGEM HISTÓRICA E SISTÊMICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: A INVIABILIDADE DO AUMENTO DA PENA-BASE POR CONDENAÇÕES JÁ ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR¹

Claudio José Langroiva Pereira²

Bruno Girade Parise³

Resumo: A incidência do direito ao esquecimento no Brasil ainda é pouco explorada pelos operadores do Direito. Nesse passo, a ideia central do presente artigo é contextualizar sua relação com a dogmática penal, analisando, sobretudo, o período depurador aplicado à reincidência. Como consequência lógica, abordar-se-á a constitucionalidade do aumento da pena-base em razão de condenações já depuradas e sua relação com o direito ao esquecimento. Na realização do estudo, os métodos de investigação adotados são o indutivo, com extração discursiva do conhecimento a partir de evidências concretas gerais, e o dedutivo, com a extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a situações concretas. A investigação envolverá a análise doutrinária e jurisprudencial e a consequente construção do conhecimento científico jurídico e sua correlação com a

¹ O artigo integra a produção intelectual do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

² Doutor em Direito das Relações Sociais, Professor Doutor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”.

³ Mestre em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), membro do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”.

política criminal adotada na atualização de condenações a partir de um resgate da memória de eventos jurídicos anteriores já responsabilizados pelo Estado.

Palavras-Chave: direito ao esquecimento, direito penal e processual penal.

Abstract: The incidence of the right to be forgotten in Brazil is still little explored by legal operators. The central idea of this article is to contextualize its relationship with criminal dogmatics, analyzing, above all, the debugging period applied to recidivism. As a logical consequence, we will approach the constitutionality of the increase in the base penalty due to already cleared convictions and their relationship with the right to be forgotten. In carrying out the study, the research methods adopted are inductive, with discursive extraction of knowledge from general concrete evidence, and deductive, with discursive extraction of knowledge from general premises applicable to concrete situations. The investigation will involve doctrinal and jurisprudential analysis and the consequent construction of scientific legal knowledge and its correlation with the criminal policy adopted in updating convictions based on a rescue of the memory of previous legal events already held responsible by the State.

Keywords: right to be forgotten, criminal law and criminal procedure.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do direito ao esquecimento: decisões paradigmas e balizas para sua utilização. 2.1. “Caso Lebach”. 2.2. “Caso Google Spain x Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja Gonzales”. 2.3. “Caso Chacina da Candelária”. RESP n. 1334097, Superior Tribunal de Justiça. 3. Documentos de organismos internacionais, disposições constitucionais e legais sobre o direito ao esquecimento. 4. Da

impossibilidade constitucional da utilização das condenações já depuradas: a vedação das penas perpétuas e a legalidade como barreiras insuperáveis. 5. Da utilização de condenações criminais já depuradas: da barreira constitucional e do direito ao esquecimento previsto no art. 64, I, do Código Penal brasileiro. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO.



análise jurisprudencial aparece como uma das fontes de pesquisa relevante e se desenvolve como expressão do estudo de aplicações práticas de uma determinada opção jurídica, de caráter quantitativo e qualitativo, em uma conexão entre aparatos jurídicos e propostas de política criminal que, no caso em análise, carecem de maiores investigações com embasamento metodológico.

Neste contexto, optamos pelo estudo dos efeitos concretos na construção de direitos, a partir do reconhecimento jurídico de que a atual proliferação de mecanismos de comunicação de massa, aliados a sistemas de registro e conservação de dados, com o acesso especialmente facilitado por meio da internet, diante da inquestionável incapacidade de limitar e controlar uma divulgação programada e, por vezes irresponsável, de informações que podem atingir o livre agir do ser humano na sociedade e, de outro lado, judicialmente falando, pode ensejar uma contradição quanto à eficácia do que penalmente reconhecemos como período depurador.

Sabe-se que o ser humano é falho. Erros e acertos são igualmente rotineiros e se alternam durante o trilhar das vidas, sendo fundamental a possibilidade de recomeço, de abandonar memórias ingratas. Ou, nos dizeres de Mario Quintana⁴: “nada

⁴ Trecho da “Canção do dia de sempre”. Disponível em: <https://www.portugues.com.br/literatura/mario-quintana.html>, acesso em 24 ago- 2020.

jamais continua, tudo vai recomeçar”.

No entanto, a sociedade da comunicação em que vivemos esquece tal fato. O risco inerente a esta sociedade só é visualizado quando nos atinge pessoalmente e individualmente. Olhando apenas o outro, desejamos cada vez mais a exposição vexatória eterna, recebendo o magistral auxílio de provedores de internet que vivem a implodir a intimidade, raridade essa tão coibida atualmente.

Exemplos não faltam: de celebridades⁵ a eleições da maior potência econômica mundial⁶, a ausência de privacidade é escancarada e, com ela, a eternização de um fato pessoal negativo. Basta “cair na internet” e, em poucos segundos, a humilhação pública está posta.

Diante de tal cenário⁷, o judiciário e o legislativo são instados a se manifestar, encontrando no robustecimento do denominado direito ao esquecimento um necessário pilar, sendo não rara sua utilização em solo nacional e estrangeiro.

Nesse aspecto, em que pese encontre suas raízes no Direito Penal, com a reabilitação (Marques da Silva, 2018), o direito ao esquecimento tem sua utilização espalhada por todo o ordenamento jurídico, inclusive com a guarida em legislações como o Marco civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. No entanto, justamente em seu berço – o direito penal –

⁵ Veja o caso conhecido como Xuxa vs Google 1316921 – A apresentadora Xuxa pedia que fossem retirados do *Google Search* resultados de buscas realizadas envolvendo seu nome relacionados aos termos “pedófila” ou “pedofilia”. Também foi requerida a exclusão do nome da autora dos sistemas de busca sempre que houvesse sua divulgação em conjunto com a de qualquer outra prática criminosa. Caso chegou até o Superior Tribunal de Justiça. RESP 1316921, dando provimento ao recurso do Google, eis que não caberia que a pesquisa excluísse a reprodução de imagens encontradas no resultado de busca, pois seria impossível identificar quais imagens teriam conteúdo ofensivo ou ilícito.

⁶Caso *Facebook* e *Cambridge Analytica*. Maiores detalhes em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_de_dados_Facebook%E2%80%93Cambridge_Analytica, acesso em 14-01-2020.

⁷ Apesar de precedentes que serão citados no decorrer do texto serem anteriores a era digital.

e em seu momento mais aflitivo – a fixação da pena – parece ser solenemente ignorado, vez que aceita por corrente majoritária – e com a recente chancela do Supremo Tribunal Federal⁸ – a utilização de condenações criminais já atingidas pelo período depurador do artigo 64, I, do Código Penal para se aumentar a pena base.

Assim, a partir do estudo da evolução jurisprudencial e legal do direito ao esquecimento, a pretensão do presente artigo é demonstrar sua utilização no âmbito penal dogmático, em especial delimitar seu lapso temporal ao previsto no artigo 64, I, do Código Penal⁹, como medida de adequação sistêmica e democrática. Pretende-se, ademais, verificar se a utilização de tais condenações encontra barreira em princípios constitucionais dispostos.

2. - DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: DECISÕES PARADIGMAS E BALIZAS PARA SUA UTILIZAÇÃO.

Desdobramento do direito à privacidade¹⁰ previsto no art.

⁸ Recurso Extraordinário n.593818, como o julgamento finalizado em 17 ago. 2020, reconhecendo a seguinte tese “não se aplica, para reconhecimento de maus antecedentes, o prazo quinquenal de prescrição da reincidência previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal”.

⁹ Art. 64 - Para efeito de reincidência I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

¹⁰ Não se ignora intenso debate doutrinário acerca da diferenciação entre privacidade e intimidade, ambas previstas no mesmo inciso constitucional. Se para alguns doutrinadores, como Afonso da Silva (2013, p. 208), privacidade seria o gênero do qual decorrem espécies como a intimidade (“...preferimos usar a expressão direito à privacidade num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e de personalidade que o texto constitucional consagrou”, para outros como David Araújo e Vidal Serrano (2018, p. 228) privacidade e intimidade são conceitos diversos (“podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o eu e os outros, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Preferimos, no

5, X¹¹, da Constituição Federal, o direito ao esquecimento ganha especial contorno na era digital. Como todo direito individual seu âmbito de incidência não é absoluto, devendo ser sopesado em cada caso com a liberdade de expressão e de imprensa¹², afinal “não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história”, mas apenas a “possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente, o modo e a finalidade com que são lembrados” (Marques da Silva, 2018).

Verdadeira consequência dos princípios da limitação do tempo, da caducidade ou da temporalidade de dados pessoais negativos, o direito ao esquecimento garante que a pessoa não seja prisioneira de seu passado (Gómez, 2015, p. 6). Vale lembrar o dilema que sistemas, como o nosso, vivem ao não garantir um pleno exercício deste direito (“em sua totalidade”), já que não conseguem avaliar que a base de dados sobre julgamentos já realizados não seja acessada por particulares, por meio da internet, por exemplo (Gómez, 2015, p. 6).

Desse modo, e neste mesmo sentido, é que podemos dizer que as principais balizas de sua utilização são retiradas, exatamente, de precedentes judiciais produzidos em diferentes locais e culturas, que podem ser acessados através de bancos de dados. Se a expressão “direito ao esquecimento” remonta ao

entanto, o conceito trazido por Afonso da Silva por melhor se englobar na análise trazida no texto.

¹¹ 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;

¹² Editorial Estadão publicado em 26 de julho de 2016: “o direito à privacidade impõe deveres a quem queira publicar algum conteúdo na internet. Entre esses deveres, porém, não consta a obrigação de excluir, depois de certo tempo, determinados conteúdos simplesmente porque eles desagradam a determinadas pessoas. Faz parte da liberdade de expressão o direito a memória, com suas luzes e também suas sombras. Poucas coisas são tão autoritárias quanto a pretensão de apagar do passado determinados acontecimentos, como se eles nunca tivessem acontecido”. Disponível em <<https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,direito-a-memoria,10000064979>>, acesso em 14. jan.2020.

caso da atriz Elisa Félix, em 1858¹³, onde proferida a frase pelo advogado Pierren Ernest Pinard: “o homem célebre, senhores, tem o direito de morrer em paz” (Dotti, 1980, p. 92), para o objeto do presente trabalho foram selecionadas três decisões judiciais, sem olvidar outras tantas com igual importância¹⁴. Vejamos:

2.1.) “CASO LEBACH”.

Talvez o mais mencionado caso em qualquer estudo sobre o tema seja a condenação, na Alemanha e em 1970, dos

¹³ Retrato da atriz em seu leito de morte foi vazado a um caricaturista, que publicou o desenho daquele momento fúnebre em um seminário (SANTOS, 2017, p. 151).

¹⁴ Leturia (2016, p. 93), por exemplo, nos fornece ótimos exemplos do tratamento do tema na jurisprudência de três países diversos, França, Itália e Estados Unidos da América do Norte. Veja: “*Francia quizá sea el país donde la protección de la privacidad frente a la libertad de expresión alcanza su mayor intensidad, habiendo aceptado la consideración al elemento temporal como relevante en la protección de la privacidad en numerosas oportunidades. Así, por ejemplo, frente al reclamo presentado por una ex amante del asesino en serie Henri Landru relativa a su mención en una película, se aceptó la alegación de que ello correspondía a un periodo muy antiguo y dramático de su vida privada y que quería dejar atrás. El mismo criterio se utilizó frente a la publicación de la autobiografía de un famoso delincuente (Mesrine), frente al reclamo de una ex pareja que alegaba que el texto perjudicaba la reinserción social que había logrado. El retirado cantante Jean Ferrat, recibió protección judicial luego de protestar por la revelación, por medio de la prensa, de su nombre y domicilio*9 . *En Italia, el derecho al olvido era ya mencionado en una sentencia de 1958*13. *Cuatro décadas más tarde, se reconocía en forma expresa, refiriéndose al “justo interés de cada individuo de no estar indefinidamente expuesto a datos que afectan negativamente su honor o reputación, relativa a la reiterada publicación de una noticia divulgada en el pasado”*14. *La solución dominante en el sistema americano parece ser la adoptada en el caso Brisco v. Reader’s Digest Association, Inc., donde se consideró legítima la publicidad dada al autor de un delito cometido 11 años atrás a propósito de un nuevo ilícito, dada la prevalencia del interés de la noticia sobre los demás derechos afectados*17. *Un criterio similar se utilizó en el caso Jenkinsv. Dell Publishing Co., donde la familia de una víctima de asesinato autorizó y facilitó la cobertura periodística del mismo, pero luego protestó ante la inclusión del material en un libro de crímenes. El Tribunal Supremo Federal (TSA) señaló que una vez que un asunto era noticia, no resulta factible ni deseable para un tribunal comenzara a distinguir entre noticias que buscaban informar y aquellas que buscaban entretener”*.

autores de assassinato e lesões graves contra soldados alemães. Os autores principais foram condenados à prisão perpétua, enquanto o partícipe a seis anos de reclusão. Já em 1973, uma emissora de televisão alemã editou um documentário sobre o tema, inclusive com reconstituição do crime e referência aos nomes dos indivíduos. O partícipe, prestes a lograr livramento condicional, requereu provimento judicial ao Tribunal Constitucional Alemão para impedir a divulgação do programa, o que foi aceito. (Sarlet, 2015).

Disse então o Tribunal que “embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos, deve levar em conta que o interesse público não é atual e acaba cedendo frente a ressocialização do indivíduo” (Sarlet, 2015)¹⁵.

2.2.) “CASO GOOGLE SPAIN X AGÊNCIA ESPANHOLA DE PROTEÇÃO DE DADOS E MARIO COSTEJA GONZALES”.

Caso de grande repercussão mundial se origina a partir de uma execução fiscal datada de 1998, onde o senhor Mario Gonzales teve imóveis de sua propriedade penhorados e alienados em hasta pública para pagamentos de dívidas com a Seguridade Social, sendo tais fatos noticiados com destaque jornal *La Vanguardia* em sua página online. A partir de então, os resultados de busca realizada no *Google Spain* traziam como primeiros resultados a mencionada publicação, o que fez Mario Gonzales ingressar com uma reclamação à Agência Espanhola de Proteção de Dados, alegando, anos após, a descontextualização da informação, eis que o processo já havia se encerrado. Desse modo, requereu a remoção da informação do site eletrônico do jornal e

¹⁵ Em 1996 um novo documentário estava sendo preparado e, dessa vez houve autorização do Tribunal Constitucional Alemão, eis que no documentário não havia elementos para identificar os autores do crime.

a obrigação de excluir referências a ela nos resultados de pesquisa feitas a partir do seu nome no *Google Spain*.

Ato contínuo, a agência espanhola de proteção de dados, em 2010, acolheu a reclamação apenas para obrigar o Google a excluir a referência à aludida informação nos resultados de busca. Irresignada, a empresa recorreu, sendo o caso julgado em 2014 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, dando novamente razão ao requerente. Especificamente quanto ao direito ao esquecimento consta que: “seu exercício é possível quando os dados forem (i) inexatos; (ii) inadequados, (iii) impertinentes; ou (iv) excessivos; devendo-se, para tanto, considerar a atualização do tratamento dos dados; ou a conservação dos dados por tempo superior ao necessário. Importante destacar que o elemento temporal ganhou enorme relevo na fundamentação do acordão, anotando que, mesmo um tratamento inicialmente lícito de dados exatos pode-se tornar, com o tempo, incompatível com esta diretiva” (Zanon, 2016, p. 78)

2.3.) “CASO CHACINA DA CANDELÁRIA”. RESP N. 1334097, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Trata-se de processo cível interposto por um dos réus absolvidos em ação criminal promovida em função da denominada “Chacina da Candelária”, senhor Jurandir Gomes de França, por ser referido, anos após as mortes, em programa televisivo sobre o caso, denominado “Linha Direta”, sem sua autorização. O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP n.1334097, condenou a rede Globo de Televisão (responsável pela produção e veiculação do programa) ao pagamento de indenização por danos morais por ofensa à honra, embora tenha sido referido que o autor da ação tivesse sido absolvido, em função do direito ao esquecimento.

Nesse caso, a passagem do tempo tornaria ilícita a veiculação de fato lícito, em virtude de que os fatos de relevância

penal, por força da prescrição, perderiam o interesse para a sociedade. Além disso, o interesse público no crime e na sua investigação, persecução e punição perde relevância com o transcurso do tempo, na medida em que se esgota a resposta penal, ou seja, é cumprida a pena imposta, passando a prevalecer o direito ao esquecimento e o direito à plena ressocialização.

Disse ainda o Relator Ministro Luis Felipe Salomão que “no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade, aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana, eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988”.

Para além da importância das decisões para os particulares envolvidos, extrai-se dos citados julgados duas fundamentais conclusões: é aplicável o direito ao esquecimento, fundamentado no direito a dignidade da pessoa humana, sendo a contemporaneidade decisiva para definir a mediação entre prevalência do direito do informar e o direito ao esquecimento. Há de se elevar a liberdade de imprensa, mas retratar contínua, ampla e irrestritamente no tempo um crime e as pessoas neles envolvidas pode significar um abuso.

No tocante a dignidade da pessoa humana, imperiosa a recordação de Marques da Silva (2018):

Não podemos, no entanto, deixar de considerar a necessidade de resguardar a dignidade humana inerente a todos os indivíduos, impondo o respeito mútuo entre as pessoas, inclusive no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para sua integral realização. A dignidade humana está ligada a três premissas essenciais: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua personalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo.

3. DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS, DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.

A regulamentação do direito ao esquecimento, não obstante seu reconhecimento principiológico, decorre de uma série de situações concretas, em especial em países que limitam o direito do Estado de punir perpetuamente um ser humano ou, ainda, de eternizar os efeitos de sua condenação.

A apropriação deste ideal de pensamento, não advém diretamente, como deveria, da questão da dignidade do ser humano, em face dos efeitos deletérios de uma punição (social) perpétua, a partir dos registros e da utilização dos registros de uma persecução ou até condenação já encerrada.

Internacionalmente falando, esta discussão requer uma aproximação à busca na defesa de direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, bem como este direito diretamente ligado à absoluta necessidade de sua utilização nos estritos termos da finalidade legal que justificou sua captação, bem como à absoluta necessidade de ver garantido sua dispensa, sua exclusão e seu “esquecimento”, sustentado na proteção da dignidade humana.

Inicialmente, a partir da consideração da ONU, que identifica a regulação para proteção de dados pessoais no artigo 12, da Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁶ e em sua Resolução 45/95, de 1990¹⁷, que regulamenta a proteção de arquivos e dados computadorizados, temos uma série de outros

¹⁶ “Artigo 12: Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. Sobre o tema: <https://nacoesunidas.org/artigo-12-direito-a-privacidade/#:~:text=Leia%20mais%20sobre%20o%20Artigo,contra%20tais%20interfer%C3%Aancias%20ou%20ataques>.

¹⁷ Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/45/95>.

referencias para a fundamentação ao Direito ao Esquecimento.

Também podemos destacar a própria OEA – Organização dos Estados Americanos, a partir de princípios inseridos em sua Declaração de Princípios de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais das Américas, iniciada na Resolução CJI/RES 186 (LXXX-O/12), de março de 2012, impulsionando seus membros no respeito à privacidade, na formulação de legislações, com destaque a ser feito ao princípio da “retenção e do uso limitado de dados”, e sua utilização mantida somente para os fins específicos aos quais se destinou sua receptação, não sendo mantidos e reservados (arquivados), para além do tempo necessário ao seu propósito e, efetivamente, nos termos de legislação reguladora desta situação.

Os conteúdos desta Resolução acabaram sendo ratificados e aprofundados em diversas oportunidades, como na AG/RES 2811 (XLIII-O/13), aprovada na assembléia de 6 de junho de 2013, bem como em outras que se seguiram, como a Resolução AG/RES 2842 (XLIV-O/14), de junho de 2014, que desencadeou proposta de Declaração de Princípios para Privacidade e Proteção de Dados Pessoais nas Américas, pela Comissão Jurídica Interamericana, estimulando os Estados membros a adoção de legislações de proteção de informações pessoais e interesses de privacidade das pessoas¹⁸.

Seguindo estes posicionamentos, podemos destacar o Regulamento da União Europeia de nº 2016/679, advindo do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 27 de abril de 2016, relativamente à proteção de pessoas individuais, relativamente à proteção no tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, revogando Diretiva da Comissão Europeia nº 95/46/CE¹⁹.

¹⁸ Estes e outros documentos posteriores, referentes a interesses dos indivíduos na proteção e limitação de seus dados pessoais disponíveis em: <http://www.oas.org/pt/council/AG/>.

¹⁹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679#d1e1436-1-1>.

Outro instrumento que merece destaque é o “Apec – Privacy Framework”, principal sistema de regulação sobre proteção de dados pessoais dos países que integram o Acordo de Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (*Asia-Pacific Economic Cooperation*), todavia este documento não menciona o direito ao esquecimento, ou mesmo o direito de ver retirados ou restritos seus dados²⁰.

Também a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, publicou em 2013 uma diretiva orientadora sobre os marcos de privacidade, incluindo princípios orientadores sobre como devem os Estados membros agir em relação a tratamento de dados pessoais, nos mesmos moldes da ONU²¹.

Esta “estrutura de privacidade” da OCDE, compõe um modelo padrão orientador, com um ponto interessante e marcante que envolve o “direito ao cancelamento de dados pessoais”, consubstanciado no artigo 10, como uma vedação à utilização, acessibilidade ou divulgação de dados pessoais, para finalidades diferentes daquelas que originaram sua coleta ou ainda do que a lei preleciona ou indica para eles.

A Rede Iberoamericana de Proteção de Dados (RIPD), que envolve um foro permanente de troca de informações para promover políticas e estatutos de proteção de dados, entre os países membros²², possui um diploma de “diretrizes para harmonização da proteção de dados na comunidade ibero americana”, composto de uma série de conclusões advindas de encontros promovidos pela Rede, possuindo destacadamente, dentre estas conclusões, o “direito ao esquecimento, mencionado a partir das conclusões do XI Encontro realizado no ano de 2013.

²⁰ Disponível em: <https://www.apec.org/search?Query=privacy+framework>

²¹ Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

²² Hoje são membros México, Andorra, Espanha, Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Perú, Uruguai, e observadores além destes Cabo Verde, El Salvador, Guatemala, Honduras, Equador, Paraguai, São Tomé e Príncipe, República Dominicana. Todas as informações disponíveis em: <https://www.redipd.org/es>.

Neste âmbito, podemos ainda mencionar as iniciativas da Relatoria Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Privacidade de promover acordos unificadores com as autoridades de proteção de dados de diversas Redes de Proteção, com a União Européia, com a Rede Francófona de Proteção de Dados Pessoais (AFAPDP), entre outras.

Já em solo nacional, não bastasse a guarida constitucional da dignidade da pessoa humana- também fundada, lembre-se, no direito à privacidade – a doutrina menciona leis esparsas que concretizariam o direito ao esquecimento em alguns de seus dispositivos, dentre os quais se apresenta o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 43, § 1²³, bem como, em anotação mais recente, o Marco Civil da Internet (lei 12965/14) em seu artigo 7, X²⁴.

Também de importante menção, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Brasil, com fulcro no artigo 11, do Código Civil brasileiro de 1916, estabeleceu que: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”. Para João Carlos Zanon tal Enunciado, embora não vinculante, tem o propósito de inserir o direito ao esquecimento na categoria dos direitos a personalidade, estando implicitamente contido no artigo 11 do Código Civil. (Zanon, 2016, p. 140).

Por seu turno, no âmbito da legislação penal, o artigo 202²⁵ da Lei de Execução Penal (lei 7210/84), conjugado com

²³ “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”. A discussão de tal artigo deu origem a sumula 323 do Superior Tribunal de Justiça: a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independente da prescrição da execução”

²⁴ É direito do usuário “a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes...”.

²⁵ Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou

os artigos 93²⁶ do Código Penal e 748²⁷ do Código de Processo Penal, trazem a figura da reabilitação criminal, proibindo que fatos criminosos com a pena extinta ou já cumprida sejam noticiados em certidões ou atestados, salvo na hipótese de nova infração penal ou outros casos previstos em lei.

Em suma, uma análise superficial de tais dispositivos já é suficiente para afirmar a existência legal do direito ao esquecimento em diversas áreas da legislação nacional. Ademais, a conjugação entre as balizas traçadas pelas decisões colacionadas e o quanto disposto nas leis citadas aponta que o descumprimento do prazo ou dos termos finais legalmente previstos acarreta abuso a ser rechaçado pelo direito ao esquecimento. Em outras palavras, em obediência ao direito aqui discutido é que as legislações determinam prazos ou termos para que fatos individuais indesejáveis sejam esquecidos – de dívidas a crimes –, sendo passível de inutilização (penal) ou indenização (cível) seu uso para além do previsto.

Disso se extrai que, apesar de negligenciado por quase a totalidade da doutrina e jurisprudência, o prazo trazido no artigo 64, I, do Código Penal referente a reincidência, é a expressão maior do direito ao esquecimento na legislação penal, não possuindo os fatos já depurados qualquer validade jurídica. Afinal, seria de todo contraditório que fatos que não possam constar em qualquer certidão (art. 202 LEP) levem ao maior prejuízo que uma pessoa pode experimentar no direito penal: o aumento de pena.

4- DA IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA

certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

²⁶ Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

²⁷ Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

UTILIZAÇÃO DAS CONDENAÇÕES JÁ DEPURADAS: A VEDAÇÃO DAS PENAS PERPÉTUAS E A LEGALIDADE COMO BARREIRAS INSUPERÁVEIS.

Pese embora a discussão acerca da constitucionalidade da reincidência²⁸, prevalece de maneira ampla que o réu poderá sofrer maior punição diante de condenações pretéritas em duas hipóteses: ou sua pena-base sofrerá elevação diante dos maus antecedentes, circunstância judicial prevista no artigo 59 do Código Penal, ou será aplicada a agravante da reincidência, prevista no artigo 63, do mesmo diploma, utilizada na segunda fase da aplicação da pena.

Trata-se, em verdade, de duas espécies do gênero (Queiroz, 2013, p. 473) maus antecedentes em uma escala de maior (reincidência) para menor grau (maus antecedentes em sentido estrito), de onde pode-se extrair que será e poderá ser considerado “maus antecedentes em sentido estrito” aquilo que não é ou não poderá ser considerado reincidência. Como exemplo maior de maus antecedentes em sentido estrito citado pela doutrina - e não imune a discussões- está a situação em que o trânsito em julgado da condenação por outro crime é posterior à prática do fato que está em julgamento.

Todavia, nem toda condenação é passível de gerar efeitos transcendentais. É o que ocorre, com ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial, com a condenação proferida em primeira instância sem o trânsito em julgado para o acusado, diante da nítida afronta ao princípio da presunção de inocência, conforme leciona Queiroz (2013, p. 473):

Convém notar que a Constituição considera que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5, LVII), motivo pelo qual

²⁸ Neste sentido, numerosa doutrina sustenta que a incidência da agravante da reincidência constitui *bis in idem*, pois o réu seria condenado mais gravemente em virtude de outra conduta pela qual já foi punido. Entre tantos: Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002. págs 1057-1063); Cirino dos Santos (2005. pág. 121); Streck (2001).

inquéritos policiais e processos penais em curso ou arquivados, bem como condenações ainda em grau de recurso, não podem implicar em maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio, que proíbe diretamente, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal²⁹.

Para o objeto do presente estudo, porém, fundamental a premissa de que princípios constitucionais obstam que toda condenação penal tenha efeitos em um processo futuro – seja via maus antecedentes ou reincidência -, sendo aceito juridicamente a igualdade entre uma pessoa já condenada em primeira instância e de outra que sequer teve outro envolvimento criminal.

Em suma, de tudo o quanto visto até o momento, possível traçar um cenário com as seguintes diretrizes: o direito ao esquecimento é previsto constitucional e legalmente no Brasil, tendo como baliza o aspecto temporal fora do qual a utilização do fato passa a ser considerado abusivo e passivo de indenização ou inutilização; nem toda condenação criminal em processo diverso acarreta aumento de pena pela via da reincidência ou maus antecedentes, mormente se esbarra em disposições constitucionais, como a presunção de inocência.

5. DA UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES CRIMINAIS JÁ DEPURADAS: DA BARREIRA CONSTITUCIONAL E DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

Recém chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, a utilização de condenações criminais extintas há mais de cinco para se aumentar a pena base é de toda equivocada: a uma, pois não amparada constitucionalmente; a duas, pois o lapso previsto para reincidência é a materialização do direito ao esquecimento no âmbito do direito penal dogmático.

²⁹ No mesmo sentido temos a sumula 444 do Superior Tribunal de Justiça a enunciar que: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base”.

No primeiro aspecto, como dito em tópico anterior, há hipóteses em que fatos criminais pretéritos não possuem qualquer utilidade e, se a utilização de condenações sem o transito em julgado esbarra na presunção de inocência, a vedação de penas perpétuas³⁰ e a própria legalidade³¹ impedem a condenação já depurada de produzir qualquer efeito atual.

Nessa linha, parece carente de propósito que uma condenação criminal acompanhe o indivíduo por toda a sua vida. O próprio sistema penal - seja pela reabilitação aqui trazida, seja pela ressocialização elevada a pilar da execução penal - rechaça tal hipótese, sendo incongruente que alguém primário (eis que ultrapassada a reincidência) continue a ser responsabilizado perpetuamente por um fato.

Sobre a perpetuidade, Junqueira e Vanzolini (2013, p. 533):

Discordamos dos Tribunais Superiores e entendemos, de do Código penal a condenação anterior não poderia gerar efeitos penais gravosos, sob pena de ser uma consequência de caráter perpétuo, que minimizaria a intensidade do já comentado princípio constitucional da humanidade das penas, que proíbe qualquer pena eterna.

Ademais, a própria legalidade, princípio basilar do sistema penal, é ultrapassada quando se utilizam fatos depurados para se elevar a pena base. Novamente, em um estudo sistêmico, a vontade do legislador é expressa: fatos criminosos passados podem ser utilizados até o prazo fatal de 05 (cinco) anos da extinção ou do cumprimento de pena, sendo a expansão de tal lapso temporal algo sem permissão no ordenamento pátrio. Na doutrina: (Boujikian, 2019)

Agora, se o magistrado faz uso de condenação criminal para algum efeito, como considerar o indivíduo portador de maus antecedentes, deve se limitar ao disposto na lei penal, que não permite alargamentos na interpretação. O legislador

³⁰ Art. 5º XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo.

³¹ Art. 5º II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

estabeleceu limite temporal de cinco anos para que uma condenação anterior possa ser utilizada para aumentar a pena (quando trata de reincidência), logo, não pode o magistrado ampliar o lapso em outros momentos de fixação e pena.

Já o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em voto proferido nos autos do *Habeas Corpus* n. 126.315, une as duas proibições constitucionais ao afirmar que “a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminas, sem qualquer limitação temporal *ad eternum*, em verdade, é pena de caráter perpetuo mal revestida de legalidade”.

Se não bastasse a ausência de abrigo constitucional apontado, o direito ao esquecimento trazido em tópico anterior se concretiza na dogmática penal a partir do lapso previsto no artigo 64, I, do Código Penal. Em repetição necessária, a existência de tal direito é inconteste no Brasil, trazendo consigo como principal requisito a temporalidade dos fatos. Nesse passo, se no âmbito da internet (marco Civil) o legislador considerou o fim da relação como ponto final para a utilização de dados, na seara penal, assim como na consumerista, o prazo assinalado foi de cinco anos. Trata-se de adequação sistêmica, pura e simples.

Aliás, como bem pontuou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti da Cruz, em importante voto (*Habeas Corpus* 402752) acerca do tema, é exatamente para evitar a perpetuidade das informações que o legislador, em 1977 – lei 6.146-, instituiu a temporalidade para a reincidência, mantida no atual diploma. Ainda, no mesmo voto, e citando decisões aqui já comentadas sobre o direito ao esquecimento, o ministro pontua:

Com efeito, não se pode tornar perpetua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para finda de aplicação da pena, sob pena de violação da regra geral que permeia o sistema. Afinal, a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento, - o lapso temporal deve ser sopesado na análise de condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

Nesse passo, não se concebe, por absoluta inidoneidade dos fundamentos, que toda a proteção relativa ao direito ao esquecimento no sistema penal se esvaia na utilização de certidões ou de programas televisivos a respeito dos fatos criminosos preteritos. Ora, se tais condutas são vedadas, com maior razão deve se restringir todo e qualquer aumento de pena relacionado ao que foi esquecido, como direito do réu e símbolo da dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO.

A investigação jurisprudencial aqui realizada proporcionou uma análise jurídica das aplicações práticas que a política pública de segurança tem operado, através de um Judiciário como alvo do acesso à justiça que o cidadão possui, no campo da busca de concretização destas políticas públicas fruto de desvirtuamento ou, ainda, de não aplicação pelo Estado; efetivada restou a análise de qualidade e quantidade, no âmbito do estudo metodológico.

Se a vida é finita e encontra na morte algo inevitável, cabe a coletividade jurídica não permitir que fatos negativos cometidos por qualquer cidadão sejam lembrados a todo e qualquer tempo – ou a um só “clique” - , sob pena de se ocorrer a morte social ainda em vida.

Nesse aspecto, a função primeira do presente artigo foi trazer à baila a existência constitucional e legal do direito ao esquecimento, com balizas de sua aplicação traçadas a partir de decisões proferidas por diferentes tribunais ao redor do mundo, em especial nos denominados casos “Leibach”, “Mario Gonzales x *Google Spain*” e “Chacina da Candelária”. Se a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade são as faces constitucionais do direito ao esquecimento, restou demonstrada sua concretização na legislação cível, consumerista e penal, esta última sob o aspecto da reabilitação criminal. Seja em qual área

for, a premissa substancial é de fixação de lapso temporal para a utilização de determinadas informações, após o que passa a ser considerado algo ilícito, passível de indenização – cível – ou inutilização – criminal.

Nessa ordem de ideias - e como medida de adequação sistêmica - parece inconteste que o artigo 64, I, do Código Penal, é a expressão maior do direito ao esquecimento incorporado pelo direito penal dogmático, vez que, ao prescrever o prazo de cinco anos para utilização de fatos criminais pretéritos, traça um limite temporal para utilização de memórias indesejáveis.

Restou assentado, também, que o aumento da pena base em razão de maus antecedentes já alcançados pelo período depurador encontra barreiras constitucionais, sobretudo na vedação das penas perpetuas e no princípio reitor da legalidade. Como visto, a ausência de lapso temporal para utilização de condenações pretéritas resultaria no “etiquetamento” maléfico e eterno ao cidadão condenado, fato esse que confrontaria o próprio sistema penal ancorado na ressocialização e na reabilitação. Ainda, como visto, o legislador em 1977 deixou evidente sua vontade de estabelecer o limite temporal de 05 anos para que o sujeito voltasse a ser primário e, desse modo, qualquer utilização para além de tal limite violaria a legalidade exigida em âmbito penal desde os tempos revolucionários.

Seja como for, a conclusão alcançada é que a utilização de condenações criminais já atingidas pelo período depurador previsto no artigo, 64, I, do Código Penal atinge de uma só vez o direito ao esquecimento e a legalidade penal, transformando-se em pena de caráter perpétuo, algo inadmissível.



REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.
- BOUJIKIAN, Kenarick. *O tempo e os maus antecedentes*. Disponível em <https://www.justificando.com/2019/02/13/o-tempo-e-os-maus-antecedentes/> Acesso em 20/01/2020.
- COSTA JUNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GÓMEZ, Valentina Manrique. "El derecho al olvido: análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana." *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 2015, n. 14.
- LETURIA, Francisco J. *Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?* In: *Revista chilena de Derecho*, vol 43, n. 1, 2016.
- MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. *Direito ao esquecimento - posicionamento jurisprudencial brasileiro*. Disponível em: <https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2018/12/14/direito-ao-esquecimento-posicionamento-jurisprudencial-brasileiro/> Acesso em 15/01/2020.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 9ª edição. Salvador: Juspodvium. 2013.
- SANTOS, Fernanda Freire dos. *Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e direitos fundamentais da personalidade*. 2017. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2017.

- SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da Pena - Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: Ed Lumen Juris, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>> Acesso em 19-01-2020.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.
- STRECK, Lênio. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal - Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002.
- ZANON, João Carlos. *Tutela Jurídica do Direito ao Esquecimento na Sociedade de Informação*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – SP, São Paulo, 2016.