

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DO CENTRO  
UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE  
PRUDENTE/SP – DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

**LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS MAUS ANTECEDENTES E O DIREITO AO  
ESQUECIMENTO**

Janaina de Almeida Coimbra

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DO CENTRO  
UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE  
PRUDENTE/SP – DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

**LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS MAUS ANTECEDENTES E O DIREITO AO  
ESQUECIMENTO**

Janaina de Almeida Coimbra

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Mário Coimbra.

Coimbra, Janaina de Almeida.  
Limitação Temporal dos Maus Antecedentes e o Direito ao Esquecimento/  
Janaina de Almeida Coimbra: - Presidente Prudente - SP: Centro  
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2016

176 f.

Monografia de conclusão de Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em  
Direito Penal e Processual Penal – Centro Universitário Antônio Eufrásio de  
Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2016.  
Orientador: Mário Coimbra.

1. Finalidades da pena. 2. Mídia. 3. Maus Antecedentes. 4. Reincidência. 5.  
Privacidade. 6. Direitos da Personalidade. 7. Direito ao esquecimento. 8.  
Autorregulação de dados. 9. Modernidade líquida. I. Título

## LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS MAUS ANTECEDENTES E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Trabalho de curso de Pós-Graduação  
“Lato Sensu” aprovado como requisito  
parcial para obtenção do título de  
especialista em Direito Penal e Processo  
Penal.

---

Mário Coimbra  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

Presidente Prudente/SP, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

“Conhecer o passado é mergulhar nas raízes do presente”.  
(Paulo Otero).

“Sem memória esvai-se o presente que simultaneamente já é passado morto. Perde-se a vida anterior. E a interior, bem entendido, porque sem referências do passado morrem os afectos e os laços sentimentais. É a noção do tempo que relaciona as imagens do passado e que lhes dá a luz e o tom que as datam e tornam significantes, também isso. Verdade, também isso se perde porque a memória, aprendi por mim, é indispensável para que o tempo não só possa ser medido como sentido”.  
(José Cardoso Pires).

Dedico este trabalho à minha família e meu namorado, por tudo o que significam em minha vida.

## AGRADECIMENTOS

É com júbilo que celebro hoje a vitória de ter transcorrido mais uma etapa proeminente de aprofundamento nessa ciência inesgotável denominada Direito. A gratidão é imensurável por ter galgado mais esse degrau de minha vida, rumo a realização dos meus sonhos.

Agradeço primeiramente a Deus, que me iluminou durante todo o caminho, me abençoando com sua graça e me fortalecendo com seu espírito.

Grata também ao meu querido orientador e pai, Professor Mário Coimbra, inspiração constante de minha vida. Instruiu-me e ensinou-me valores que, somados a sua ampla experiência, proporcionou-me força para concluir meus objetivos, sobretudo este. A concreção deste trabalho só foi possível graças a sua dedicação e seus preciosos ensinamentos.

A minha irmã, Francislaine de Almeida Coimbra, que com seu vasto e surpreendente conhecimento, indubitavelmente, faz parte desta conquista. Sem seu auxílio e incentivo esta empreitada estaria incompleta.

A minha mãe Regina Lucia de Almeida Coimbra que, embora não seja cultora propriamente dita do Direito, é fonte inesgotável de experiência e exemplo de minha vida.

Ao meu namorado Valmir da Silva Pinto Junior que, sempre zeloso e ao meu lado, é supedâneo de minha caminhada e de minhas conquistas.

As minhas sobrinhas, Maria Fernanda Coimbra Strasser e Ana Beatriz Coimbra Strasser que, com a ingenuidade infantil, renovam a alma de todos que a encontram.

Aos ilustríssimos professores desta Pós-Graduação que, sobremaneira, ampliaram minha fonte de conhecimento científico com o brilhantismo das aulas ministradas. Em especial, ao digníssimo Professor Rodrigo Lemos Arteiro que enriquece o corpo docente em testilha ao expor, com encômio, seus ensinamentos.

Aos diletos colegas deste curso que aformosearam os finais de semana desta jornada.

## RESUMO

O presente trabalho se põs a alertar a desarrazoada tendência Pretoriana de alastrar, erroneamente, o direito ao esquecimento aos maus antecedentes. Nesse sentido, o objetivo principal foi esclarecer todas as minúcias do direito ao esquecimento no ordenamento comparado, bem assim, no arcabouço jurídico brasileiro, para comprovar a impossibilidade de importar - pura e simplesmente - modelos estrangeiros sem embasamento legislativo interno, tampouco, para aplicar de forma dilatada um direito, genuinamente, excepcional. Manter os antecedentes criminais no sistema da perpetuidade, diferentemente da reincidência, representa a sustentação da própria essência finalista penal. Não há qualquer contrariedade nessa afirmação, pois se trata de medida de política criminal. O assunto já é tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, sendo mister elucidá-lo com o fito de evitar sua encampação equivocada, como um direito de apagar o passado de registros relevantes para a sociedade. Mediante recursos bibliográficos e, notadamente, por método dedutivo se permitiu concluir que o direito ao esquecimento tem sido colocado em pauta na discussão de imperfeitos projetos de lei ante ao seu casuísmo inerente. Dificultoso é descrever normas taxativas que o exaurem já que a ponderação judicial consiste em atividade imprescindível para sua aplicação. Em face desta complexidade, o direito ao esquecimento será, ainda, muito “lembrado” na atividade jurisdicional e legislativa, mormente, pelo avanço tecnológico na sociedade da superinformação. Para alcançar o escopo almejado foi determinante discorrer a respeito das finalidades da pena no vigente direito penal brasileiro e os efeitos midiáticos sobre tais fins. Outrossim, foi categórico ilustrar as circunstâncias aplicadas pelo magistrado no sistema trifásico penal, especificadamente, os maus antecedentes ao lado da reincidência, visando adentrar no cerne da questão, isto é, na apuração da “nova” remota pretensão de ser esquecido e de recolher-se na privacidade.

Palavras-chave: Finalidades da pena. Mídia. Maus Antecedentes. Reincidência Privacidade. Direitos da Personalidade. Direito ao esquecimento. Autorregulação de dados. Modernidade líquida.

## ABSTRACT

The present work treats about the worrying trend decision of the Supreme Court to spread, erroneously, the right to be forgotten to bad record. In this sense, the main purpose was to clarify all the details of this right in the international system, as well as in the Brazilian legal system for proving the impossibility to import-simply-foreign models without internal legislative basis, either, to implement a dilated right genuinely exceptional. Keep the criminal records in the system of perpetuity, unlike the relapse, represents very essence support criminal finalist. There is no setback in that statement, because it comes to criminal policy measure. The subject has status of repercussion in the Supreme Court, being needed elucidates it in order to avoid its taken misguided, as a right to wipe the slate clean of records relevant to the society. By bibliographic resources and, notably, by deductive method if allowed to conclude that the right to be forgotten has been placed on the agenda in the discussion of imperfect bills compared to its inherent casuistry in people. Difficult is to describe health standards that this exhausts since judicial consideration consists of activity essential for its implementation. In the face of this complexity, the right to be forgotten is also very "remembered" in judicial and legislative activity, in particular, by the technological advancement in the society of information overload. To achieve the desired scope was decisive to speak about the purposes of the penalty in the Brazilian law in force and the media effects on such purposes. In addition, was categorical illustrate the circumstances imposed by the magistrate in the three-phase system, specifically, the bad background next to relapse in order to enter in the heart of the matter, that is, in the calculation of the "new" remote claim to be forgotten and to collect himself in privacy.

Keywords: Feather Purposes. Media. Bad Background. Recurrence Privacy. Personality rights. Right to be forgotten. Self-regulation of data. Liquid modernity.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DA FINALIDADE DA PENA E MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL</b> .....	13
2.1 Escorço Histórico.....	13
2.2 Finalidades da Pena.....	18
2.3 Movimentos de Política Criminal .....	21
<b>3 A MÍDIA E A SOCIEDADE DA SUPERINFORMAÇÃO</b> .....	24
3.1 A Sociedade da Superinformação e as Teorias da Comunicação .....	24
3.2 Análise do Direito Comparado acerca do Direito de Informar .....	32
3.3 Teoria do Etiquetamento e a Influência da Mídia frente ao Direito ao Esquecimento.....	33
<b>4 REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES</b> .....	39
4.1 Circunstâncias.....	39
4.2 Reincidência.....	40
4.2.1 Origem.....	40
4.2.2 Conceito e natureza jurídica.....	42
4.2.3 Requisitos.....	42
4.2.4 Espécies.....	45
4.2.5 Nomenclatura .....	46
4.2.6 Efeitos .....	47
4.2.7 Críticas .....	49
4.3 Antecedentes .....	52
4.3.1 Origem.....	52
4.3.2 Conceito e natureza jurídica.....	54
4.3.3 Abrangência .....	55
4.3.4 Críticas .....	58
4.4 Sistemas de Duração da Reincidência e Maus Antecedentes .....	59
4.4.1 Correntes.....	61
4.4.1.1 Favoráveis à perpetuação dos maus antecedentes .....	61
4.4.1.2 Adversos à perpetuação dos maus antecedentes.....	65
<b>5 DIREITO AO ESQUECIMENTO</b> .....	68
5.1 Direito à Privacidade na Modernidade Líquida.....	68
5.2 O Esquecimento.....	81
5.2.1 Conceito e natureza jurídica.....	81
5.2.2 Origem – direito comparado .....	84
5.2.3 Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	89
5.3 Direito ao Esquecimento no Brasil .....	99
5.3.1 Legislação, jurisprudência e doutrina pioneiras.....	99
5.3.2 Retrospectiva 2013: marco jurisprudencial e doutrinário do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.....	108

5.3.2.1 Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil .....	108
5.3.2.2 REsp 1.334.097 (caso <i>Chacina da Candelária</i> ) .....	111
5.3.2.3 REsp 1.335.153 (caso <i>Aída Curi</i> ) .....	114
5.3.2.4 Marco Civil da Internet e demais registros recentes.....	118
5.3.2.5 Projetos de lei acerca do direito ao esquecimento .....	123
5.4 Aplicação do Direito ao Esquecimento .....	128
5.4.1 Incidência do direito ao esquecimento aos fatos não criminosos.....	136
5.4.2 Incidência do direito ao esquecimento aos fatos criminosos.....	137
5.5 O Direito ao Esquecimento e os Maus Antecedentes .....	141
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>147</b>
<b>7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>152</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de ser esquecido, embora para muitos, seja rotulado como um novo direito, há muito se encontra enraizado em decisões judiciais e em microlegislações.

Antiguidade esta que advém da conhecida conflitualidade entre direito à informação (e seus seguimentos) *versus* direitos da personalidade, especificadamente, no direito de ressocialização do condenado.

Como o nome sugere, o direito ao esquecimento prega a possibilidade de não divulgação de informações pessoais ao corpo social que invada, ilicitamente, a privacidade, acarretando prejuízo à imagem, honra e vida particular.

A audiência que referido direito tem causado se dá pelo aperfeiçoamento dos meios de comunicação em massa congregada na modernidade líquida. Modernidade através da qual a difusão da informação passa a afetar, voluntária ou involuntariamente, a privacidade.

Ainda que de alta publicidade, o direito a ser esquecido tem pouca abordagem doutrinária no ordenamento brasileiro, sendo mister aproximar-se do assunto mais detalhadamente.

O requinte da tecnologia permitiu o armazenamento perene dos dados pessoais na nuvem digital informacional. Por conseguinte, tentando conciliar a sociedade da superinformação com direitos os direitos da personalidade, o direito ao esquecimento tem sido frequentemente pleiteado.

Ocorre que, pela ausência normativa expressa acerca do tema e pelo efeito repressor no direito à informação, o esquecimento social demanda averiguação detalhada para sua concessão.

Aliás, caracteriza-se pela excepcionalidade à luz do caso concreto, não sendo “borracha” universal do passado como tem sido pretendido por alguns. Exemplifica-se pela tentativa de aplica-lo à circunstância judicial dos maus antecedentes encabeçada em recente decisão do Pretório Excelso.

O Ministro Relator Dias Toffoli, no HC 119200 PR, realizou interpretação extensiva do artigo 64, inciso I do Código Penal, bem como, do direito ao esquecimento para alcançar qualquer valorção negativa embasada em fatos que ultrapassem cinco anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior.

Estampou, assim, vida útil aos maus antecedentes com base, dentre outros argumentos, na violação do caráter socializador da reprimenda penal (uma das finalidades da pena).

Inclusive, trata-se de tema assinalado com repercussão geral (tese nº 150 - RE 593818).

O objetivo da presente monografia reside, portanto, na demonstração da aplicação excecional e minuciosa do direito ao esquecimento, mormente, na sua não incidência sobre os antecedentes criminais como a herética pretensão do Supremo Tribunal Federal catalogada em falsas premissas.

Empregou-se como método principal o dedutivo auxiliado dos métodos comparativo e casuístico.

Devido à natureza do tema indicado nesta pesquisa, os recursos manejados foram essencialmente de caráter bibliográfico, desde artigos científicos, doutrinas que tratam de assuntos correlatos, coletâneas legislativas e jurisprudenciais, periódicos, sobretudo, publicações na *internet*.

O presente trabalho foi dividido em seis capítulos cujo desenvolvimento envolveu do segundo ao quinto capítulo.

O segundo capítulo rastreou a historicidade da pena, coincidente com a própria história da civilização humana, até o período hodierno, notadamente, ao artigo 59 do Código Penal brasileiro vigente. Ademais, retratou as finalidades da pena interligado aos notórios movimentos de política criminal.

No terceiro capítulo foi trabalhado o progresso expansionista da tecnologia, emaranhado na Terceira Onda de Alvin Toffler. Ato contínuo, estudou-se os contornos da liberdade de imprensa, revelando o amparo nacional a tal direito desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição da República de 1988 em que recebeu capitulação específica. Em seguida, adentrou-se na demoscopia, explanando a respeito das principais teorias da comunicação. Finalizando com a teoria do etiquetamento e a ingerência midiática na sociedade, notadamente, nos fins penais.

O quarto capítulo cuidou das circunstâncias judiciais e legais a serem aplicadas no sistema trifásico da pena, focando-se na reincidência e nos antecedentes criminais. Discorreu, em proêmio, acerca da reincidência, especificadamente, no que tange à origem, conceito, natureza jurídica, requisitos, espécies, nomenclatura, efeitos, finalizando com análise doutrinária crítica. Seguiu-

se com a abordagem dos antecedentes criminais, esmiuçando a origem, conceito, natureza jurídica, abrangência da circunstância e respectiva crítica doutrinária. Encerrou-se o capítulo com o sistema de duração aplicável à reincidência e aos maus antecedentes, tecendo as correntes favoráveis e contrárias à perpetuação da circunstância judicial em comento.

O quinto capítulo se iniciou ilustrando o desafio de proteger o direito à privacidade na modernidade líquida. Ato contínuo, revelou o instrumento efetivo para tanto - intitulado de direito ao esquecimento - detalhando o conceito, natureza jurídica, origem no direito comparado - com destaque para a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia em 2014 que se tornou marco histórico mundial da questão. Prosseguiu-se com a origem do direito ao esquecimento no âmbito nacional, sobretudo, na ala penal e processual penal, com enfoque no ano de 2013 em que foi reconhecido expressamente referido direito pelo Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, trouxe à baila a técnica ponderativa para a aplicação do direito em testilha, mencionando as condições a serem avaliadas no emprego do esquecimento aos fatos não criminosos e criminosos. Por fim, repousou o bojo do trabalho com a comparação entre direito ao esquecimento e os antecedentes criminais.

Adverte-se que o tema, pela propensão – preocupante - de ter dois gumes (um amparador dos direitos da personalidade e outro dissuasivo da licitude modelado como um genérico botão de delete informacional), será, ainda, alvo de intensa discussão doutrinária e gerador de veemente demanda judicial.

## 2 DA FINALIDADE DA PENA E MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

A pena pode ser definida como a sanção estatal “[...] consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”.<sup>1</sup>

A aplicação e a finalidade da pena, sempre, angustiaram os cultores do Direito Penal e ciências afins, no que se refere à eficácia para a restauração da paz social, quer com a eliminação do infrator - mediante a pena de morte - quer com a sua segregação - visando punir e reeducar - ou mesmo, com o degredo, tendo a mesma finalidade punitiva e reeducadora, sem desconsiderar, evidentemente, a fase humanitária cuja reprimenda dirige-se a sancionar e a reinserir socialmente o condenado.

### 2.1 Escorço Histórico

Este desafio do estudo da penologia passa, necessariamente, pela história da civilização humana. Acenado retrospecto comprova que o convívio e o controle social sempre foram marcados com prêmios e castigos.

Esta forma primitiva de convivência comunitária era fortemente assinalada pelo temor aos seres sobrenaturais, sendo comum o culto a objetos e às forças da natureza, além da reverência, em alguns povos, aos antepassados mortos que se transmudavam em protetores da família.<sup>2</sup>

De fato, mesmo com a suplantação da fase de totens<sup>3</sup> e tabus, o delito permaneceu por vários séculos como ofensa à divindade objetivando, com a resposta social aflitiva àquele comportamento criminoso, acalmar a ira do Deus protetor para restaurar a imprescindível paz social.

É oportuno registrar que a história da pena apresenta grande semelhança entre os povos, de forma que na sociedade primitiva, estruturada sob a

---

<sup>1</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, T.3, p.22.

<sup>2</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, P.G. Rio de Janeiro: Forense, 1978, T.1, p.68. No mesmo sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA Jr, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: R.T., 2002, p.24. COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: R.T., 2002, p.13-14.

<sup>3</sup> O totem se constituía numa figura mística, cujos poderes de grande magnitude recaía sobre animais, uma planta ou mesmo sobre um antepassado de determinada tribo, que tanto protegia como castigava os seus ofensores. Os tabus também se revestiam de grande misticismo e eram recebidos pelas antigas comunidades como se fossem as leis redigidas pelos deuses e que não podiam ser contrariadas (Cf. PESSAGNO, Rodolfo G; BERNARDI, Humberto P.J. **Temas de história penal**. Buenos Aires, 1953, p.10).

forma de grupos familiares, já se podia falar em duas espécies de reprimendas. A primeira delas se direcionava a um dos membros da tribo que violou o ordenamento daquela comunidade, como a privação da paz social, que poderia leva-lo à morte já que ficava desprotegido socialmente. A segunda pena se aplicava ao estranho, ao estrangeiro que penetrando no território da comunidade atacava um dos seus membros, aflorando aí a denominada vingança de sangue.<sup>4</sup>

Não é por outra razão que Francesco Carrara ensina que “[...] é preciso reconhecer como uma verdade demonstrada pelas mais antigas tradições da raça humana, que a ideia da pena nasceu nos homens primitivos do sentimento da vingança”.<sup>5</sup>

Registre-se que não se pode estabelecer modulagens estanques para demarcar, na história, as fases percorridas pela pena quanto aos períodos da vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário, vez que houve épocas de concomitância “[...] dos princípios característicos de cada um; uma fase penetra a outra e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado”.<sup>6</sup>

Ainda com foco na Antiguidade, no período da vingança divina, deve ser observado que: “o princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido”.<sup>7</sup>

Sem desconsiderar a importância dos Códigos de Manu e de Hammurabi, revestidos de um Direito Penal religioso, deve ser ressaltada a passagem bíblica registrada no antigo Testamento, no livro de Josué, atinente à pena imposta a Acã e sua família.

O citado senhor havia ingressado no templo sagrado e subtraído um manto de Sennar, duzentos siclos de prata e uma barra de ouro de cinquenta siclos ocultando tais bens em sua tenda. Descoberto o delito, com a própria confissão do criminoso, após o fracasso de Israel em uma de suas históricas beligerâncias, Josué conduziu-o, na presença da comunidade, até o Vale de Acor, onde foi executado, juntamente com seus filhos e animais, mediante apedrejamento. A seguir foram todos queimados aplacando, assim, a ira divina. (Jos.7, 19-26).<sup>8</sup>

<sup>4</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, T.I, p.74.

<sup>5</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, 3.ed. Bogotá: Temis, 2000, p.35.

<sup>6</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v.1, p.28.

<sup>7</sup> *Idem*, p.29.

<sup>8</sup> CAPUCHINHOS. Missionários **Biblia Sagrada**. São Paulo: Stampley Publicações Ltda, p.203.

A pena insere-se no seu terceiro estágio, com o advento da pena pública. De fato, em decorrência do afloramento do Direito Penal Público, caracterizado pelo poder infinito do Estado, não só se erigiu as modalidades de penas, como também a sua execução, marcada pela severidade e crueldade visando sempre a intimidação.<sup>9</sup>

Em face da imanente origem romanística é imperioso observar que a fase da vingança pública em Roma foi marcada pela efetiva separação entre o Direito e a Religião, “ [...] distinguindo nitidamente na doutrina e na prática o jurídico do sacral”.<sup>10</sup>

A laicização do Direito Romano propiciou, desde logo, o afloramento de duas modalidades de crimes classificados como *crimina publica*, que eram o *perduellio* e o *parricidium*. O primeiro denotava a conduta atentatória à segurança da comunidade, enquanto que o segundo representava o homicídio do *pater*, ou seja, “[...] do chefe da ‘gens’, daquele que era considerado ‘homem livre’”.<sup>11</sup> A pena era severíssima e a sua grande maioria gravitava sobre a inflicção da pena de morte. Também eram aplicadas as penas do desterro e infamantes.

Além dos crimes públicos havia, ainda, os *delicta privata* cuja persecução penal era da responsabilidade do próprio ofendido que provocava a Justiça Civil visando à concreção do seu direito.

Por ocasião do Império, adveio o *crimina extraordinária* modulado numa posição intermediária entre os delitos públicos e os crimes privados, sendo que os últimos aos poucos foram sendo absorvidos pelos primeiros. No período do Império a pena de morte foi ampliada.<sup>12</sup>

É relevante anotar o Direito Penal germânico, que também contribuiu para a formação do Direito Penal comum. Com efeito, após a invasão bárbara, o referido direito se robusteceu pela própria presença estatal. Merece destaque, em tal período, a Faida, cuja pena consistia em retirar a proteção social do criminoso, de forma que qualquer pessoa podia assassiná-lo sem sofrer nenhuma sanção do Estado. A Faida podia ser encerrada com a composição em que o ofendido ou sua

---

<sup>9</sup> ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5.ed. Buenos aires: Editorial Losada, 1950, T.1, p.245.

<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, P.G. Rio de Janeiro: Forense, 1978, T.1º, p.80.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**, P.G. São Paulo: R.T., 1997, p.189.

<sup>12</sup> BRUNO, Aníbal. *Op.cit.*,p.82.

família recebia uma reparação pelos danos causados pela infração ou mesmo com um duelo judicial ou Juízos de Deus (ordálias).

Através das ordálias se buscava a intervenção divina no sentido de indicar qual dos dois desafiantes do duelo judicial era o culpado, já que se preconcebiam que Deus estaria sempre do lado do justo.<sup>13</sup>

O Direito Canônico, que inegavelmente contribuiu para o Direito Penal comum, sempre recebeu atenção dos tratadistas pela sua fundamental importância histórica.

Aludido Direito é constituído pelo *Corpus Iuris Canonici*<sup>14</sup>, resultado da compilação legislativa canônica até o século XIV, complementado pelos decretos editados posteriormente pelos papas. O atual Código de Direito Canônico foi promulgado por João Paulo II, na data de 25 de janeiro de 1983.<sup>15</sup>

Para grande parte da doutrina, o Direito canônico se destacou pela individualização da pena sobrelevando o elemento subjetivo do delito numa reação plausível contra a concepção meramente objetiva do crime que predominava no Direito germânico.

Também dos seus escritos irradiou importante contribuição para o prestígio da justiça pública já que se opôs veementemente à justiça privada, através de dois institutos denominados direito de asilo e trégua de Deus. Pelo direito de asilo, a pessoa perseguida poderia buscar proteção dentro de uma igreja, salvo na hipótese de delitos graves. Pela trégua de Deus, no período que mediava do entardecer da quarta à manhã de segunda-feira não poderia ocorrer nenhuma vingança privada, sob pena dos infratores serem excomungados. Outrossim, o direito canônico foi crucial para a extirpação das ordálias e dos duelos judiciais, bem como na introdução da pena privativa de liberdade, visando propiciar o arrependimento do infrator e a sua recuperação, cujo modelo punitivo foi recepcionado à época como modulagem inegável da humanização repressiva estatal.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> COIMBRA, Mário. *Op.cit.*,p.31.

<sup>14</sup> Tradução: Corpo Jurídico Canônico

<sup>15</sup> ASÚA, Luis Jimenez de. *Op.ci*, p.289. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**, P.G., São Paulo: R.T., 2013, v.1, p.90.

<sup>16</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, P.G., 15. ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.33. No mesmo sentido: ASÚA, Luis Jimenez. *Op.cit.*, p.291; NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários**. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971, p.27.

O Direito Penal comum europeu, por sua vez, foi erigido como uma mescla dos Direitos germânico, canônico, dos direitos locais e, sobretudo, da recepção do direito romano, especialmente, com o afloramento de suas pesquisas.

Foi um período notável com a elaboração de respeitáveis textos legislativos, com repercussão no âmbito penal, como as *Siete Partidas*, a *Constitutio Criminalis Carolina*, a Ordenação de Carlos V, a Ordonnance Criminelle de Luis XIV, a Lex Visigotorum, além de outras como as Ordenações do Reino de Portugal, principalmente as Filipinas<sup>17</sup>, que tiveram relevância máxima para o Brasil.<sup>18</sup>

Em face do absolutismo que gravitava sobre a Europa na Idade Média, conhecida como “Idade das Trevas”, não só a tortura foi aplicada ordinariamente como instrumento processual para extorquir a confissão do imputado, como as próprias penas que além de serem cruéis eram executadas de forma monstruosa.

Lecionando sobre o tema, ensina Aníbal Bruno que:

Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e o seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arranchamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites [...]<sup>19</sup>

Com o advento do iluminismo, contudo, impulsionado pelos pensadores franceses, como Montesquieu, Rosseau e Voltaire, foi sendo construída uma nova política penal tanto na concreção dos tipos penais, como na inflicção da pena numa nítida proposta de humanização das penas.

Foi, no entanto, com a publicação da obra *Dei Delitti e dele pene*, de Cesare Bonesana, popularizado pelo título de Marques de Beccaria, que ocorreu a tão sonhada reforma das legislações penais vigentes na Europa, com a implementação da humanização das penas e abolição legal da tortura.

Sobre a referida obra, ensina Basileu Garcia que representou ela “[...] o primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito Penal, que se

<sup>17</sup> O conhecido Código Filipino passou a ter vigência em 1603 já no reinado de Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal).

<sup>18</sup> PRADO, Luis Regis. *Op.cit.*,p.93-96. Vide, ainda: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op.cit.*,p.199-207

<sup>19</sup> BRUNO, Aníbal. *Op.cit.*, p.89.

encontrava em profundo atraso, assinalando-se pela crueldade das sanções, que eram requintadamente desumanas”.<sup>20</sup>

Embora o século XVIII tenha demarcado a história, como Século das Luzes, em face do movimento iluminista desencadeado em tal período, com inegável repercussão humanitária no Direito Penal, tão somente, no século XIX é que ocorreram efetivamente reformas relevantes nas legislações penais europeias.

Suprimiu-se, progressivamente, as penas corporais que foram, paulatinamente, sendo substituídas pela pena privativa de liberdade cujo processo de humanização prosseguiu até o século XX.<sup>21</sup>

## 2.2 Finalidades da Pena

Não se pode falar em finalidade da pena sem que antes se enfrente as teorias que gravitam sobre os fins da pena, quais sejam as teorias absolutas e relativas, bem como as unificadoras ou ecléticas.

As teorias absolutas justificam a pena sob o fundamento de que o crime é um mal e quem pratica um mal deve também sofrer um malefício, justificando, assim, a reprimenda na expiação, na retribuição.

Para as referidas teorias:

[...] a essência da pena criminal reside na **retribuição, expiação, reparação** ou **compensação do mal do crime** e nesta essência se esgota. Se, apesar de ser assim, a pena pode assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes (de intimidação da generalidade das pessoas, de neutralização dos delinquentes, de ressocialização), nenhum deles contende com a sua essência e natureza, nem se revela susceptível de a modificar: uma tal essência e natureza é função exclusiva do facto que (no passado) se cometeu, é a *justa paga* do mal que com o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano do facto e da culpa do agente.<sup>22</sup>

Acrescente-se que, para os adeptos das referidas teorias, a inflicção da pena é mero castigo dissociada dos fins hodiernos a ela agregados.

<sup>20</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 6.ed. São Paulo: Max Limonad, v.I, t.I, 1982, p.46.

<sup>21</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**, P.G., 7.ed. Buenos Aires: IB de f, 2004, p.657.

<sup>22</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**, P.G. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/rt, 2007, p.45.Complementa o autor: “Uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime”. (p.48).

Ensina Luis Rodrigues Manzanera que: “Para estas teorias, a pena é simplesmente a consequência do delito, é a retribuição, a expiação que deve sofrer o delinquente”.<sup>23</sup>

As teorias relativas, por sua vez, focam a pena como instituto natural de prevenção. Não constitui o foco das mencionadas teorias a busca da justiça e, sim, da necessidade social. Não pode a reprimenda centrar-se apenas no autor do crime já que também deve irradiar seus efeitos aos criminosos em potencial para que não pratiquem delitos.<sup>24</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que os relativistas introjetam a pena como instrumento destinado à prevenção delitiva e para garantir a vida em sociedade.<sup>25</sup>

Desta modulagem institucional aflora a prevenção geral que tem por escopo intimidar e atemorizar as pessoas potencialmente criminosas, visando, assim, obstar a perpetração de novos delitos. Leciona-se que a prevenção geral objetiva o controle da violência evitando-a ou mesmo diminuindo-a.<sup>26</sup>

Deve ser observado que as teorias preventivas apresentam um denominador comum que consiste, justamente, em enxergar a pena como instrumento de política criminal direcionado a atuar “[...] psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução”.<sup>27</sup>

Quando a pena é analisada como meio de intimidação dos demais cidadãos, através do sofrimento irradiado pelo castigo imposto ao criminoso, que projeta naqueles um receio de receberem a mesma sanção, afastando-os do caminho delitivo, a doutrina cataloga tal objetivo de prevenção geral negativa.<sup>28</sup>

A prevenção geral positiva, por sua vez, abarca o efeito irradiante da pena ao assegurar a necessária confiança que a comunidade deve manter na força do Estado, no sentido de “[...] revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade

---

<sup>23</sup> MANZANERA, Luis Rodrigues. Existe la pena? **Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain**. San Sebastián: IVAC/KREI. 1989, p.352.

<sup>24</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Op.cit.*, p.228.

<sup>25</sup> MANZANERA, Luis Rodrigues. *Op.cit.*, p.352.

<sup>26</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Método. 9ª edição, 2015, p.608.

<sup>27</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op.cit.*, p.50.

<sup>28</sup> *Idem*, p.51.

da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequado às normas”.<sup>29</sup>

A prevenção geral positiva subdivide-se em limitadora e fundamentadora. Para a primeira, que tem Hassemer e Roxin como seus adeptos, apregoa um fim limitador na inflição da pena que encontra seu limite nos “[...] princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário [...]”.<sup>30</sup>

A modalidade fundamentadora destoa da limitadora já que para a primeira a finalidade da pena não sofre a restrição apontada pela segunda, objetivando “[...] unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos”.<sup>31</sup>

A prevenção especial, por sua vez, foca o próprio autor do crime objetivando que este não volte a praticar novos delitos. “A prevenção especial opera através da emenda do condenado ou de sua intimidação, ou, ainda, da inocuização dos incorrigíveis”.<sup>32</sup>

Também na prevenção especial há desdobramento atinente à finalidade da pena quanto à pessoa do criminoso.

Para a prevenção especial negativa ou de neutralização a recuperação do criminoso tem o escopo de defesa social concretizada através da segregação do delinquente, “[...] assim procurando atingir-se a neutralização da sua perigosidade social”.<sup>33</sup>

Para a prevenção especial positiva, a pena objetiva alcançar a recuperação do criminoso, a sua emenda interior, fazendo com que este passe a aceitar os bens jurídicos cultuados pela ordem jurídica.<sup>34</sup>

Há, ainda, as teorias unificadoras que aglutinam as teorias absolutas e relativas. Segundo aquelas não se pode conceber a pena tão somente sob o prisma da retribuição já que não se deve olvidar da finalidade da prevenção geral e especial.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Junior, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: R.T., 2002, p.132.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op.cit.*, p.276.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op.cit.*, p.54.

<sup>34</sup> *Idem*, p.55.

<sup>35</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op.cit.*, p.277.

Fala-se, hodiernamente, na função social da pena no sentido de que esta se reveste da função de proteger a sociedade e ao mesmo tempo obter a pacificação dos seus integrantes após o delito, combatendo a impunidade e concomitantemente, “[...] recuperando os condenados para o convívio social”.<sup>36</sup>

Esposa-se, inclusive, a tese de o cumprimento de uma pena dialogada entre Estado e condenado, sob o fundamento de que a reinserção social deste passa necessariamente pela sua adesão voluntária às terapêuticas penais impostas pelo Estado.<sup>37</sup>

### 2.3 Movimentos de Política Criminal

A política criminal do Estado é delineada por “[...] um conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais, além de cuidar do tratamento do delinquente”.<sup>38</sup>

É digno de nota o fato de que após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a fragilização das instituições públicas e da própria pena privativa de liberdade, surgiu na Europa um movimento humanitário fomentado pelo professor italiano Filippo Gramatica que inaugurou, no ano de 1945, o Centro de Estudos de Defesa Social fomentando, dois anos depois, em San Remo, a realização do 1º Congresso Internacional de Defesa Social visando sedimentar o referido movimento.

Apregoava Filippo a substituição do Direito Penal pela defesa social. Em face das divergências apresentadas pelo saudoso professor italiano seguido por seus discípulos e outra corrente mais liberal, os criminalistas integrantes do referido movimento foram levados a redigir, em 1954 dentro da denominada Sociedade Internacional de Direito Penal, um programa mínimo a permitir o adensamento de todas as correntes.<sup>39</sup>

O referido movimento aglutinado sob a denominação de “A Nova Defesa Social”, a partir de 1985, tendo em vista a Assembleia Geral realizada em

---

<sup>36</sup> MASSON, Cleber. *Op.cit.* p.613.

<sup>37</sup> DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas.** São Paulo: R.T., 1998, p.141.

<sup>38</sup> *Idem*, p.179.

<sup>39</sup> HERREIRA, Aparecida da Silva. Nova Defesa Social. **Akrópolis-Revista de Ciências Humanas da UNIPAR.** Londrina: UNIPAR, v.3, n.12, 1995, p.1-06.

Milão, passou a receber a denominação de “Novíssima Defesa Social”, pelos adendos aprovados no referido colegiado.

As inúmeras ponderações internas dos grandes criminalistas que integram o referido movimento possibilitou a elaboração dos seguintes postulados: 1) exame crítico permanente das instituições penais vigentes visando o seu aprimoramento ou sua extirpação; 2) vinculação do crime a todos os ramos do conhecimento humano; 3) a concreção de uma política criminal que garanta os direitos do criminoso; 4) descriminalização para pequenos delitos; 5) criminalização para os delitos perpetrados contra a Economia; 6) implementação de atividade socializadora colocando à disposição do condenado um maior número de condições para que possa ele voluntariamente reintegrar-se à sociedade; 7) repúdio à pena de morte e ao uso indiscriminado da pena privativa de liberdade.<sup>40</sup>

Em face do implemento cada vez maior da criminalidade violenta e da insegurança da população, aflorou, com grande força no século XX, o Movimento da “Lei e da Ordem”.

Para os adeptos do referido movimento o fenômeno da criminalidade e o tratamento benevolente dado pelo Estado constitui fomento à impunidade. Assim, deve ser utilizada a repressão no sentido punitivo-retributivo, de forma que a violência somente poderá ser controlada com leis severas cominando imputação de longas penas privativas de liberdade e até mesmo da morte do condenado. A prisão cautelar deve ser aplicada sistematicamente e os poderes de individualização da pena dada ao juiz devem ser diminuídos, assim como o controle da execução da pena que deve ser transferido totalmente às autoridades penitenciárias.<sup>41</sup>

Há, ainda, um terceiro movimento conhecido por “Política Criminal Alternativa” que tem como premissa o fato de o Direito Penal ter sido estruturado como um instrumento da classe dominante para oprimir e controlar a classe trabalhadora. Foca o Direito Penal como um instrumento elitista cujo poder punitivo recai vigorosamente contra os integrantes de classes sociais inferiores.

Apregoam, ainda, a extirpação da pena privativa de liberdade, com o argumento da inutilidade da pena de prisão como controle social e de fomento à reinserção social. Recomenda, além disso, a descriminalização, despenalização e a desjudicialização do sistema penal em relação à classe trabalhadora, devendo o

---

<sup>40</sup> HERREIRA, Aparecida da Silva. *Op.cit.*, p-06.

<sup>41</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. *Op.cit.*, p.141/142.

Estado, concomitantemente, criminalizar os crimes praticados pelas elites como a criminalidade econômica, ecológica, saúde pública e segurança do trabalho.<sup>42</sup>

As disposições normativas contidas no artigo 59 do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 7.210/84 revelam de forma incontestada que, a despeito de o legislador brasileiro ter optado pelas teorias mistas, vez que pretende alcançar com a pena não só a prevenção especial - mas também - a geral, é inegável que, igualmente, foi influenciado pelo movimento da “Novíssima Defesa Social”.

De fato, a leitura do artigo 1º da Lei de Execução Penal não deixa dúvida de que o Estado brasileiro espera alcançar, com a imposição da pena, o retorno harmônico do condenado à sociedade.<sup>43</sup>

Aliás, esta preocupação do legislador brasileiro encontra-se contida no artigo 202 da Lei nº 7.210 de 1984 ilustrando que após o cumprimento da pena ou da sua extinção não mais constarão da folha corrida, certidões ou eventuais atestados referência à condenação sofrida pelo sentenciado, salvo para instruir nova ação penal em andamento ou nos demais casos previstos em lei.

Esta preocupação do legislador, conforme se verá nos capítulos seguintes, nem sempre se coaduna com o papel exercido pela mídia na sociedade, notadamente, no cumprimento e nas finalidades da pena.

---

<sup>42</sup> *Idem*, p.144.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis *et alii*. **Direito de Execução Penal**. 2.ed. São Paulo: r.t., 2011, p.32.

### 3 A MÍDIA E A SOCIEDADE DA SUPERINFORMAÇÃO

Em tema de atividade midiática, muito já se estudou a força influenciadora que exerce tais veículos. Todavia, com a intensificação tecnológica, tal escólio se impõe com mais rigor.

#### 3.1 A Sociedade da Superinformação e as Teorias da Comunicação

A sociedade da superinformação, a que se vive desde o final da década de 70, é fruto de consequentes investimentos nas tecnologias, de forma que a combinação de televisão, rádio, cabo de fibra ótica, computadores, celulares internet enfeixou o mundo em um sistema unificado de conhecimento, disponibilizando um arsenal de informações até então inimagináveis pelo homem.<sup>44</sup>

Alan Turing (pai da inteligência artificial) renunciou, já em 1947, na *Royal Astronomical Society*: “o que pretendemos é que uma máquina possa aprender com a experiência, tal como uma criança”.<sup>45</sup> Embora, à época, tal constatação tenha causado espanto nos ouvintes, Turing revelou a futura Era Digital.

Somado ao brilhantismo de Turing, Alvin Toffler ramificou a evolução da humanidade em três períodos intitulados de “ondas”. Vislumbra-se que referida visão tripartida muito se assemelha aos setores da economia.<sup>46</sup>

A “Primeira Onda de Toffler”, representada pela sociedade agrária e primeiro setor da economia, revela a fase rudimentar da espécie humana cujo instrumento de desenvolvimento está atrelado à propriedade da terra e produção de matéria-prima.

A “Segunda Onda de Toffler”, introduzida pela Revolução Industrial e consubstanciada pelo segundo setor econômico, exhibe o deslocamento do cultivo da terra para a produção em massa das oficinas industriais, intensificando, assim, a produção e o consumo.

E, guiando-se para o cerne do pensamento do futurólogo norte-americano, tem-se a “Terceira Onda” que mescla dois novos subsídios: a celeridade

---

<sup>44</sup> CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José (org.). **Direito, Sociedade e Informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p.39.

<sup>45</sup> TURING, Alan: **Life and Legacy of a Great Thinker**. Germany: Springer, 2004, p.331.

<sup>46</sup> TOFFLER, Alvin: **“A terceira Onda”**. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2003, p.32.

e a descentralização na transmissão de informações. Referida dimensão consagra “a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização”.<sup>47</sup>

A Era da Informação encontra-se embutida na denominada sociedade da superinformação, também delineada por Alvin Toffler, nos anos 70, como menciona Patricia Peck:

Essa sociedade da informação seria regida por dois relógios: um analógico e um digital. O relógio analógico seria aquele cuja agenda segue um tempo físico, vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana. O relógio digital seria aquele cuja agenda segue um tempo virtual, que extrapola os limites das horas do dia, acumulando uma série de ações que devem ser realizadas simultaneamente. Sendo assim, a sociedade da informação exige que, cada vez mais, seus participantes executem mais tarefas, acessem mais informações, rompendo os limites de fusos horários e distancias físicas; ações que devem ser executadas num tempo paralelo, ou seja, digital.<sup>48</sup>

Para acrescentar, faz-se mister ilustrar as palavras de Alvin Toffler numa entrevista dada à revista BBC Brasil a respeito das três ondas presentes no Brasil:

No caso do Brasil, por exemplo, eu acredito que existam na verdade três países diferentes. Há o Brasil da primeira onda, em que as pessoas trabalham na terra da forma que seus ancestrais faziam há centenas de anos, produzindo só o necessário para sobreviver. O Brasil da segunda onda é visto em São Paulo e em várias outras regiões do país, com grande urbanização, muitas indústrias, engarrafamentos e poluição. E também é possível encontrar no Brasil, de uma forma ainda incipiente, uma parte da sociedade que já vive a terceira onda. São pessoas que estão na internet, usam computadores de forma rotineira e têm empregos que exigem um conhecimento cada vez mais sofisticado. O Brasil é um país heterogêneo, cultural e racialmente, e hoje também comporta três estruturas econômicas diferentes.<sup>49</sup>

A sociedade da superinformação, gerida pela comunicação de massa, é, concomitantemente, receptora e emissora do fluxo de informações que a circunda.

---

<sup>47</sup> TOFFLER, Alvin. *Op. Cit.*, capa.

<sup>48</sup> PECK, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.5.

<sup>49</sup> AMARAL, Rodrigo. **Alvin Toffler: 3º onda é a única opção para o Brasil**. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020815\\_eleicaoct8ro.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020815_eleicaoct8ro.shtml)>. Acesso em: 06 out.2015.

Comunicação, conforme Poyares<sup>50</sup> com supedâneo no professor Wilbur Schramm em sua obra "How Communication Works", significa:

Comunicação vem do latim 'communis', comum. Quando comunicamos, procuramos estabelecer uma 'comunidade' com alguém. Vale dizer, estamos nos esforçando por oferecer participação numa informação, numa ideia ou numa atitude. Neste momento, procuro comunicar a você uma ideia de que a essência da comunicação é obter receptor e emissor 'sintonizados' em relação a determinada mensagem.

Esta categoria de comunicação engloba diversos instrumentos de propagação, incluindo - dentre outros - imprensa escrita, rádio, televisão e, sobretudo, a *internet*.

Sobre a relevância da *internet* na era que está se vivendo, que é a digital, ressalta-se os ensinamentos de Patricia Peck:

A Internet é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas principalmente, por uma rede mundial de indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoas físicas como também de empresas, instituições e governos. A Internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre esses indivíduos.<sup>51</sup>

Assim, as funções dos meios de comunicação em massa podem ser conceituadas como aquelas “de transmissão pública e massiva de mensagens, por uma ou mais técnicas (*medium* ou *media*) indireta, geralmente num único sentido e uma dada audiência”.<sup>52</sup>

O sociólogo Herbert Blumer<sup>53</sup> identifica a “massa” através de quatro componentes sociológicos. Primeiro: a massa pode incluir pessoas de diversas posições sociais, de diferentes vocações, variados níveis culturais e de riqueza; segundo: a massa é composta de indivíduos anônimos; terceiro: os indivíduos encontram-se separados uns dos outros, não tendo a oportunidade de

<sup>50</sup> SCHARAMM, Wilbur apud POYARES, Walter Ramos. **Comunicação social e relações públicas**. 2.ed. aum.; Rio de Janeiro: Agir, 1974; p. 33.

<sup>51</sup> PECK, Patrícia. **Direito Digital**. 5. ed. rev., atual. e ampl., de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

<sup>52</sup> ABDO, Helena. **Mídia e processo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.67.

<sup>53</sup> HUBERT apud SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7.ed. rev. e atual; São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002; p. 3.

intercomunicar-se; e quarto: a massa não é capaz de agir de comum acordo. Em suma, são como átomos separados que, juntos, formam a audiência de massa.

Aludida simbiose de informações tem como função primordial o ato de informar, ao lado de outras funções como a entretenimento, educação, fomento da cultura, promoção do consumo de bens e serviços, sustentação da transparência da atuação estatal e formação da opinião pública para o exercício da democracia participativa.

Referida “capacidade de publicar e dispor de acesso à informação, usualmente na forma de notícia através de meios de comunicação em massa, sem interferência do Estado”, chama-se de liberdade de imprensa.<sup>54</sup>

A liberdade de imprensa, legado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é um dos supedâneos do Estado Democrático de Direito, porquanto prontifica que a sociedade obtenha informações, travando, por decorrência, a arbitrariedade estatal.

Isso porque, em 1788, o Parlamento de Paris proclamou a liberdade de imprensa como garantia de todos os direitos. E, no dia 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária aprovou a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão. Nesta declaração consagrou-se a livre manifestação do pensamento e opiniões como um dos direitos mais caros do indivíduo.

Ademais, no Brasil existe a regulamentação da manifestação de pensamento e opiniões desde a Constituição Federal de 1824.

A Constituição de 1824, em seu Título 8º, descreve no artigo 179, inciso IV que todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que respondam pelos abusos que cometerem no exercício desse Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.<sup>55</sup>

O artigo 72, §12º da Constituição de 1891 exhibe que, em qualquer assunto, é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem

---

<sup>54</sup> Freedom of the Press. N.p., n.d. Web. 25/06/2003. Disponível em: <<http://faculty.ncwc.edu/mstevens/410/410letco9.htm>>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>55</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível, com redação original, em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar.<sup>56</sup>

No Capítulo II (Dos direitos e garantias individuais) do Título III (Da declaração de direitos) da Constituição de 1934, encontra-se o artigo 113, n.º 9, dispondo que em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Afirma, ainda, que não será tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.<sup>57</sup>

Dispõe o artigo 122, n.º 15 da Constituição de 1937 que todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.<sup>58</sup>

A Constituição de 1946 em seu artigo 141, § 5º, estampa que é livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Descreve, também, que não será tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.<sup>59</sup>

O artigo 150, § 8º da Constituição de 1967 profere ser livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição a censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. Também, não será tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.<sup>60</sup>

A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, que alterou o Texto Constitucional de 1967, descreve, em seu artigo 153, § 8º, que é livre a

---

<sup>56</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 24 de fevereiro de 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>57</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>58</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>59</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1967. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 06 out 2015.

manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. Descreve, ainda, que não serão toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.<sup>61</sup>

Denota-se, no que tange à publicidade, que nenhuma das Constituições anteriores à de 1988, lhe dera um Capítulo específico como o fez a Constituição Federal de 1988 ao inseri-la em seu Capítulo V do Título VIII. Entretanto, pode-se falar que nas Constituições anteriores à de 1988, a publicidade encontrava-se inserida de maneira implícita na liberdade de manifestação do pensamento.

Dispõe o artigo 220, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.<sup>62</sup>

Observa-se pela leitura do dispositivo supra, que a liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, não são ilimitadas quando exercidas por algum veículo de comunicação. Diz-se isso porque o legislador constituinte dispôs *in fine* no artigo acima "observado o disposto nesta Constituição", sendo assim, o intuito do constituinte foi no sentido de que, a partir do momento em que tais liberdades colidirem com outros direitos, aí sim haverá de ter restrições, conforme será explicado em momento oportuno.

Dessa forma, o direito à informação impõe um direito à informação verdadeira, que é um direito difuso fundamental, ou seja, um direito transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas entre si por uma circunstância de fato (artigo 81, inciso I do Código de Defesa do Consumidor).

---

<sup>61</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>62</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

Ocorre que, na sociedade da superinformação, um modelo de sociedade em que a informação passou a ser vista como nascente inexaurível de lucro e manifestação de poder, e a verdade – amiúde – se tornou mero detalhe.

Nesse diapasão, os meios de comunicação em massa concebem o mais enérgico sistema de cultivo de informações. Por este ensejo é que se ventila a seriedade da sua função social, que deveria estar dirigida pela população na vigília dos negócios estatais.

Nesse sentido, teorias se dispuseram a explicar a ingerência em testilha compondo o bloco - denominado - “Teorias da Comunicação”.

Em princípio, tem-se a Teoria Hipodérmica (também conhecida como Teoria da Agulha Hipodérmica ou Teoria da Bala Mágica), de origem norte-americana, desenvolvida em 1930 por Harold Lasswell.<sup>63</sup>

A denominação já demonstra sua essência, isto é, os meios de comunicação em massa agem sobre os indivíduos injetando, como agulha, sua ideologia e conteúdo. Por tal premissa, a sociedade constitui um sujeito passivo completamente exposto às manipulações midiáticas, como marionetes da informação sem qualquer senso crítico.

Notadamente, conquanto relevante, a Teoria Hipodérmica está ultrapassada uma vez que o receptor da mensagem se caracteriza, simultaneamente, como sujeito passivo e ativo assinalado pela consciência crítica.

Revisando a suposição anterior, surgiu a Teoria da Persuasão (ou Teoria Empírico-experimental), tendo como principais autores Carl Hovland e Harold Lasswell. Por ela não há uma inserção direta das informações na sociedade, isso porque uma película psicológica de cada indivíduo peneira os dados transmitidos.<sup>64</sup>

O modelo comunicativo persuasivo constata a existência de processos psicológicos relacionados a dois fatores primordiais, quais sejam, a audiência e a mensagem. Aquela é responsável por selecionar as informações que mais estarão expostas ao espectador e, portanto, que mais irão persuadi-lo. E a mensagem será absorvida pelo receptor conforme o nível de lealdade e confiança que assentar no transmissor.

---

<sup>63</sup> PORTO, Gabriella. Teoria Hipodérmica. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/comunicacao/teoria-hipodermica/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>64</sup> PORTO, Gabriella. Teorias da Comunicação. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/comunicacao/teorias-da-comunicacao/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

Paralelamente à teoria anterior, tem-se a Teoria Empírica de Campo (ou Teoria dos Efeitos Limitados), de cunho sociológico, sendo Lazarsfeld o principal teórico, cuja ideia principal consiste em rechaçar a constatação de manipulação dos *mass media* (ou meios de comunicação de massa) presente na Teoria Hipodérmica.<sup>65</sup>

Assim como a Teoria da Persuasão, a Teoria Empírica de Campo prevê que a mídia atua de forma mediata na sociedade.

Contudo, o ponto distintivo entre elas está presente na origem do filtro informacional presente nos indivíduos. Enquanto a Teoria da Persuasão constata o filtro psicológico, a Teoria Empírica de Campo verifica o filtro social.

Assim sendo, a teoria em comento revela que a mídia exerce mera influência sobre seus receptores, da mesma forma que outros setores da sociedade, bem como, influenciam, como o campo religioso, familiar, político, dentre outros.

Seguindo a “demoscopia” (estudo da opinião pública), nota-se a assunção da Teoria da Espiral do Silêncio, de autoria da alemã Elisabeth Noelle-Neumann, em 1972. Sua abordagem conclui que os indivíduos não são influenciados, tão somente, pela opinião já introduzida na sociedade, como também pela suposição do pensamento dos demais integrantes da sociedade.<sup>66</sup>

Nesse raciocínio, aqueles temerosos com a possibilidade de isolamento por possuírem ideia minoritária tendem a se silenciar. De tal modo, os sujeitos captam o clima de apreciação dominante do ambiente previamente a se manifestarem.

No momento em que se detecta a adesão social daquela manifestação, inicia-se uma espiral de influência para os demais.

Esse movimento, conforme a teoria em análise, é abraçado pelos meios de comunicação de massa fagocitando a opinião minoritária e propagando o juízo mais amplo.

---

<sup>65</sup> Teoria da Comunicação. **Teoria Empírica de Campo ou Teoria dos Efeitos Limitados**. Disponível em: <[http://teoriadacomunicacaofesv.blogspot.com.br/2010/06/teoria-empirica-de-campo-ou-teoria-dos\\_6127.html](http://teoriadacomunicacaofesv.blogspot.com.br/2010/06/teoria-empirica-de-campo-ou-teoria-dos_6127.html)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>66</sup> PORTO, Gabriella. Espiral do Silêncio. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/filosofia/espiral-do-silencio/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

“Nesse contexto, os *mass media* exercem, então, papel relevantíssimo, pois constituem a fonte própria na qual os indivíduos hão de buscar o que se entende por opinião dominante”.<sup>67</sup>

Ressalta-se, ademais, os ensinamentos de Habermas *apud* José Carlos Moreno a respeito desse assunto:

[...]uma vez vocacionados para exploração econômica, os jornais tornaram-se “veículos de interesses” (Habermas, 1991, p.185-2). Mas - para além disso - Habermas também considerou que os novos “media” da sua época - rádio, filme e televisão - eram substancialmente diferentes dos jornais, uma vez que com estes - por causa das características próprias da descodificação da letra impressa, o leitor tinha uma relação mais distanciada e reflexiva do que com os novos media, que por isso tinham um impacto mais penetrante (Habermas, 1991, p.172-3).<sup>68</sup>

Destacam-se a existência de diversas outras teorias que preenchem o compilado das “Teorias da Comunicação”, que não serão pormenorizadas, porquanto não se trata do foco dessa empreitada.

### 3.2 Análise do Direito Comparado acerca do Direito de Informar

Portugal foi o primeiro país europeu que constitucionalizou no artigo 35, da respectiva Lei Maior de 1976, o direito dos cidadãos a controlar suas informações pessoais.<sup>69</sup>

Nasce o direito à retificação de dados pessoais informatizados, no artigo 35, n. 1, como um direito especial da personalidade consubstanciado na proteção das pessoas em relação aos perigos que pode causar o uso da informática para sua privacidade.

Posteriormente, a Espanha como segundo país europeu consagrou em sua Constituição de 1978 o direito à privacidade no artigo 18. n. 1, fazendo referência ao uso de informática no inciso n.4.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> ABDO, Helena. *op.cit*, p.79.

<sup>68</sup> Moreno, José Carlos. A internet em McLuhan, Baudrillard e Habermas. Instituto Universitário de Lisboa. **Journal**, vol.7 - nº3 (2013), 059-077. Disponível em <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/viewFile/697/624>>. Acesso em: 06 out.2015.

<sup>69</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 25 de Abril de 1974. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>70</sup> ESPANHA. **Constituição Espanhola**. 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 06 out. 2015.

Reconheceu-se, constitucionalmente, a imperiosidade de tutelar o cidadão frente aos reflexos do avanço tecnológico digital.

A pioneira regulação normativa acatada no continente americano acerca da privacidade e potencial ingerência da informática foi a legislação dos Estados Unidos.

Em 1974, “Privacy Act”, (lei da privacidade), já previa que:

[...] a privacidade do indivíduo era afetada diretamente pela captação, conversação, uso, difusão de informação pessoal por entes e órgãos federais. [...] O crescente uso dos bancos de dados e uma tecnologia complexa de informação, embora seja essencial para o eficiente funcionamento da administração pública, aumenta efetivamente a possibilidade de violação da privacidade individual.<sup>71</sup>

### 3.3 Teoria do Etiquetamento e a Influência da Mídia frente ao Direito ao Esquecimento

Partindo do pressuposto de que os meios de comunicação exercem seu papel relevante na sociedade, faz-se mister trazer à baila a Teoria do Etiquetamento (ou Labeling Approach Theory) oriunda da criminologia em contexto histórico de 1960 nos Estados Unidos, influenciada pelos pensamentos de Howard S. Becker, sociólogo norte-americano, autor de *Outsiders*, livro notório que trata sobre o desvio daqueles que são rotulados como criminosos.<sup>72</sup> Tarefa necessária para estudar a influência midiática sobre aquele que pratica um delito.

---

<sup>71</sup> MURILLO, Pablo Lucas. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madri: Tecnos, 1990, p. 125

<sup>72</sup> BECKER, Howard S. *Outsiders*. **Estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Em seu livro composto por dez capítulos, Becker afirma que no mundo social, as pessoas agindo em conjunto, produzem realidades que as definem. Nas palavras do autor: “Comecei falando sobre crime. Mas agora, no parágrafo anterior, mencionei esta área de trabalho como focalizada no “desvio”. Essa é uma mudança significativa. Ela redireciona a atenção para um problema mais geral do que a questão de quem comete crime. Em vez disso, leva-nos a olhar para todos os tipos de atividade, observando que em toda parte pessoas envolvidas em ação coletiva definem certas coisas como “erradas”, que não devem ser feitas, e geralmente tomam medidas para impedir que se faça o que foi assim definido. De forma alguma dessas atividades serão todas criminosas — em qualquer sentido da palavra. Algumas regras são restritas a grupos específicos: judeus que observam os princípios de sua religião não devem comer alimentos que não sejam kosher, mas os demais são livres para fazê-lo. As regras dos esportes e dos jogos são semelhantes: não importa como você mova uma peça do xadrez, contanto que esteja jogando xadrez com alguém que leva as regras a sério, e qualquer sanção pela violação das regras vigora apenas na comunidade do xadrez. Dentro dessas comunidades, porém, operam os mesmos tipos de processo de fabricação de regras e de detecção dos que as violam. Numa outra direção, certos comportamentos serão considerados incorretos, mas nenhuma lei se aplica a eles e nem há qualquer

Ressalta-se, em princípio, que não se refere, propriamente, a uma teoria, senão a um movimento criminológico influenciado pela corrente sociológica denominada interacionismo simbólico, pois abandonam-se as causas que levaram o criminoso a praticar o crime e direciona-se ao sistema de controle social. Esse interacionismo se justifica, porquanto as relações sociais não seriam prefixadas, mas sim abertas, a ponto de as pessoas ficarem condicionadas ao julgamento do outro, a depender da constante aprovação alheia, numa simbiose entre os dominantes e os desviantes. Logo, os que infringem as regras sabem que serão julgados pelos grupos dominantes.<sup>73</sup>

Foca-se, a partir de então, na ação dos mecanismos de controle da Polícia e do Ministério Público e nas consequências sobre determinado indivíduo que viola a norma. Referida teoria questiona a criminalização de algumas condutas, baseando-se na premissa de que no universo de atos lesivos, apenas alguns são reprimidos. Sugere, assim, que tal repreensão está vinculada aos agentes mais vulneráveis a serem julgados pelo sistema.

---

sistema organizado para detectar os que infringem a regra informal. Alguns desses comportamentos, em aparência triviais, poderiam ser vistos como infrações de regras de etiqueta (arrostar onde não deveríamos, por exemplo). Falar sozinho na rua (a menos que você esteja segurando um telefone celular) será visto como incomum e levará as pessoas a achá-lo um pouco esquisito, mas, na maioria das vezes, nada será feito com relação a isso. Ocasionalmente, essas ações fora do comum incitam de fato os outros a concluir que você pode ser um “doente mental”, e não apenas “grosseiro” ou “esquisito”. Nesse caso, sanções podem entrar em jogo, e lá vai você para o hospital. Erving Goffman, meu colega na pós-graduação, explorou essas possibilidades minuciosamente, em especial em seu estudo dos hospitais psiquiátricos. O termo “desvio” foi usado por Goffman, por mim e por muitos outros para abranger todas essas possibilidades, usando um método comparativo de descobrir um processo básico que assumia muitas formas em diversas situações, sendo que apenas uma delas é criminosa. As várias formulações que propusemos atraíram muita atenção e várias críticas, algumas das quais foram respondidas no último capítulo desta versão revista de *Outsiders*. Ao longo dos anos, porém, produziu-se ampla bibliografia em torno dos problemas de “rotulação” e “desvio”, e não reexaminei o livro para levá-la em consideração. Se fizesse essa revisão, daria grande peso a uma ideia que Gilberto Velho, o eminente antropólogo urbano brasileiro, acrescentou à mistura, a qual, a meu ver, elucida certas ambiguidades que criaram dificuldade para alguns leitores. Sua sugestão foi reorientar ligeiramente a abordagem, transformando-a num estudo do processo de acusação, de modo que suscitasse essas perguntas: quem acusa quem? Acusam-no de fazer o quê? Em quais circunstâncias essas acusações são bem-sucedidas, no sentido de serem aceitas por outros (pelo menos por alguns outros)? Não continuei a trabalhar na área do desvio. Mas encontrei uma versão ainda mais geral do mesmo tipo de pensamento que é útil no trabalho que venho realizando há muitos anos na sociologia da arte. Problemas semelhantes surgem ali, porque nunca está claro o que é ou não “arte”, e os mesmos tipos de argumento e processo podem ser observados. No caso da arte, claro, ninguém se incomoda se o que faz é chamado de arte, de modo que temos o mesmo processo visto no espelho. O rótulo não prejudica a pessoa ou a obra a que é aplicado, como acontece em geral com rótulos de desvio. Em vez disso, acrescenta valor. Com isso quero dizer apenas que o terreno que eu e outros mapeamos no campo do desvio ainda está vivo e é capaz de gerar ideias interessantes a serem pesquisadas.”

<sup>73</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 286.

Por consequência, defende-se que o sistema penal, ao contrário do que deveria ser, é seletivo, alcançando determinados grupos sociais, notadamente, os grupos marginalizados.<sup>74</sup>

Realizada essa filtragem, o cometimento do delito já basta para ser rotulado como criminoso, de forma que a pessoa perde a sua identidade, sua cultura, seus valores, e esse rótulo fica com a pessoa, parecendo crer que pratica esse delito de forma habitual e assim a pessoa mergulha no submundo do crime transformando-se em uma delinquência secundária.

Apregoa-se, ainda, que a mídia reforça esse papel de etiquetar esses indivíduos.

Dessa forma, pode-se resumir as teses dessa teoria numa ordem de atos: primeiramente o indivíduo pratica o delito, trata-se de delinquente primário, logo em seguida vem a reação social que é a estigmatização, distância social e redução de oportunidades, com perda de sua cultura e valores e assim o indivíduo mergulha nesta imagem e passa a fazer uma carreira criminal, praticando outros delitos.

Ocorre que, o *Labelling Approach* se põe de forma extremista, ao afirmar que uma vez que o criminoso pratica um delito mergulhará neste estereótipo “etiquetado” de delinquente ocasionando, automaticamente, predisposição a uma carreira criminosa.

Ora, não está defendendo que o sistema prisional, notadamente o brasileiro, seja capaz, na prática, de ressocializar por completo o indivíduo, mas quando alguém pratica um delito deve ser sancionado por isso. Se o sistema prisional é capaz de aprofundar a criminalidade, não se deve generalizar tal premissa para todos os indivíduos, mas sim deve se valer de maneiras para efetivar os fins da sanção penal (transcritos no capítulo anterior), mormente, pelos instrumentos de individualização da pena.

Contudo, a teoria merece aplausos no acautelamento que se deve ter ao expor um fato criminoso à sociedade, tendo em vista a dignidade da pessoa humana. Embora a mídia exerça seu papel selecionador, pois tem influência na

---

<sup>74</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 245-246.

população, deve transmitir a verdadeira informação para a sociedade esteja a par da situação que a circunda.

Dessa forma, é mister refletir se a mídia, ao mesmo tempo que sustenta a democracia, pode representar algum risco a ela ao imiscuir-se na dignidade da pessoa humana.

Os ideais difundidos pelos meios de comunicação podem ser, ocasionalmente, incompatíveis com os princípios que formam o Estado Democrático de Direito (a não discriminação, a privacidade e a dignidade da pessoa humana, para citar alguns exemplos). É o que se vislumbra quando os ideais midiáticos pragmatizam a pena privativa de liberdade como o meio mais eficaz para resolver as mazelas sociais, olvidando-se da eficiente e célere Justiça Negociada.

Os crimes dolosos contra a vida, causadores de maior comoção social e de audiência são os mais explorados pelos *mass media*. Tal constatação impõe ao magistrado a ascensão da imparcialidade liberta das influências externas, notadamente, a midiática. Isso porque, “mídia não é”, ou não deveria ser, “fonte do Direito”.<sup>75</sup>

Expõe, com proeminência, Ana Lúcia Menezes Vieira:

O problema da publicidade prévia e das transmissões televisivas das audiências de debate do Tribunal do Júri não reside apenas na possibilidade de agressão aos direitos fundamentais do acusado, mas, principalmente, da influência da mídia sobre os jurados, afetando a imparcialidade necessária para decidir a causa.

Publicidade prévia do fato criminoso ou dos atos do desenvolvimento processual pelos meios de comunicação, perante os casos de competência do Tribunal do Júri, é particularmente preocupante, pois, uma vez que o julgamento é feito por juízes leigos, a impressão que a mídia transmite do crime e do criminoso produz maior efeito neles do que as provas trazidas pelas partes na instrução e julgamento no plenário.<sup>76</sup>

Robson Pereira, comentando o livro “*A Decisão do Juiz e a Influência da Mídia*”, de autoria do juiz e professor da Universidade Norte do Paraná, enfoca que não é só no Brasil que existe essa influência, haja vista que em pesquisas realizadas em Milão, na Itália, e Valência, na Espanha, constatou-se que o quadro “às vezes é até mais grave” e bem menos subliminar. Menciona que referido juiz

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito. Revista **Consultor Jurídico**, 19 de novembro de 2015 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>76</sup> VIEIRA, Ana Lúcia M., **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Cap. 6

presenciou isso em casos que envolviam a imigração de romenos, que na época deixavam o Leste Europeu em grandes levas para a Itália, mergulhada, já naquela ocasião, em uma profunda crise econômica e social.<sup>77</sup>

Ora, a mídia, seja ela televisiva ou digital, deve fazer seu papel de transmitir às pessoas os fatos, pois é a função precípua dos veículos de comunicação conceder conhecimento para os espectadores formarem suas próprias opiniões ou conclusões sobre aquela determinada notícia que está sendo transmitida. É de se esperar que a Teoria da Agulha Hipodérmica não tenha realmente razão e que, portanto, os indivíduos tenham senso crítico acerca informações a eles prestadas.

Os *mass media* não deveriam, genuinamente, estigmatizar os indivíduos. Contudo, como a sociedade da Terceira Onda alastrou, intensivamente, a atividade midiática, torna-se dificultoso controlar – efetivamente – o que está sendo difundido socialmente.

Daí, insurgem-se mecanismos que buscam mitigar o descontrole informacional, com o fito de proteger os direitos da personalidade, previstos, *verbi gratia*, no direito brasileiro, no artigo 11 do Código Civil.

É o que se verifica com a criação da teoria do direito ao esquecimento, impressa, no Brasil, no Enunciado 531 aprovado em 2013 da VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, que será oportunamente esmiuçada.

Ademais, o direito a verdade no acesso às informações constitui valor fundamental implícito na Magna Carta pelo artigo 5º, §2º e deriva dos princípios da publicidade e da transparência, presentes nos artigos 5º, IV, IX, XIV, XXXIII, XXXIV, "b" e art. 220, *caput*, da Magna Carta.

Assim, o direito de conhecer à verdade dos fatos, e ainda o direito de não ter propagado fatos ocorridos no passado, por estar correlacionado à dignidade da pessoa, raiz do direito ao esquecimento, não devem afastar o direito à memória e à verdade histórica.

Direito à memória e à verdade histórica são valores pertencentes aos lesados, notoriamente focado nos familiares dos desaparecidos ou dos mortos

---

<sup>77</sup> PEREIRA, Robson. A influência da mídia no julgamento de grandes casos. Revista **Consultor Jurídico**, 3 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-03/estante-legal-influencia-midia-julgamento-grande-repercussao>>. Acesso em: 07 out.2015.

durante o período da ditadura militar, que se distende para toda sociedade brasileira consubstanciados no direito de esclarecer fatos e circunstâncias que geraram patentes violações de direitos humanos, como crimes de torturas, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres, dentre outros.

Referidos direitos são fundamentados pela Lei n.º 12.528/2011<sup>78</sup>, que trata da formação da Comissão da Verdade e estão conexos com a dignidade da pessoa humana e com compromisso do Estado em assegurar respeito aos direitos humanos, segundo o artigo 4º, II da Magna Carta brasileira de 1988.

Salienta-se que o Brasil foi condenado em 24 de novembro de 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Guerrilha do Araguaia<sup>79</sup> - *Gomes Lund e outros*, dentre outras razões, por ter negado acesso aos arquivos estatais que possuíam informações sobre essa guerrilha, pela decisão do Supremo Tribunal Federal de ter declarado constitucional a lei de anistia, impedindo o acesso a busca de informações ocorridas no passado.

Na sentença, foi assegurado, expressamente, o direito a memória para o Brasil sistematizar todos os acontecimentos sobre a Guerrilha do Araguaia, sob pena de violação dos direitos humanos.

Assim, conclui-se que é notória a importância da comunicação, pelo *status* de direito fundamental que se apregou à liberdade de informação, leia-se, pelo papel essencial de informar à população sobre os fatos ocorridos.

Ocorre que, a seletividade causada pelos *mass media* pode acarretar danos aos direitos da personalidade daquele personagem exibido. Neste diapasão, o direito ao esquecimento mergulha no referido desafio lançado de mitigar os reflexos da invasão ilícita na privacidade e nas finalidades da pena, notadamente, na ressocialização do condenado.

Para imiscuir-se no direito ao esquecimento, cabe iniciar o exame da reincidência e dos antecedentes criminais.

---

<sup>78</sup> BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. 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: 07 out. 2015.

<sup>79</sup> Em linhas gerais a Guerrilha do Araguaia: recebeu esse nome, pois no final da década de 60 e 70 se organizou um movimento social e político no rio Araguaia com o intuito de derrubar o regime militar e instaurar o regime comunista. Neste período, os historiadores relatam que houveram muitas mortes, ou após serem presos outros desapareceram, sendo considerados desaparecidos políticos.

## 4 REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES

A reincidência e os meus antecedentes sempre foram moduladores a serem sopesados na pena, por determinação até mesmo do legislador penal, conforme se observa nos artigos 59 e 61 do Código Penal, merecendo, assim, a devida análise.

### 4.1 Circunstâncias

Em tempos remotos, a aplicação da pena, no direito comparado, era atribuída integralmente à discricionariedade judicial, num viés do denominado “quadro mental paranóico”<sup>80</sup>, expressão cunhada pelo processualista italiano Franco Cordeiro, designada a examinar o magistrado como figura parcial presente no sistema inquisitivo em papel de julgador-acusador pautado por critérios discricionários e violador das garantias mínimas processuais.

Diferentemente, a normatização penal brasileira, em seus primórdios, adotou um sistema de penas predeterminadas em lei, esvaziando o espaço para discricionariedade judicial. E “quando a Justiça refletia o absolutismo e os juízes eram apenas carrascos a serviço da mais ignóbil tirania, não se podia, sequer, falar em julgamento, porque os magistrados estavam, por sua vez, submetidos à força”.<sup>81</sup>

Evoluindo, o legislador, no Código Penal vigente, ditou gêneros limitativos, permitindo o arbítrio judicial cauteloso. Trata-se de uma discricionariedade regrada, pautada em circunstâncias judiciais e legais.

A própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral Código Penal, item 49, revela que:

Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, para oferecer ao *arbitrium iudices* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.

A pilastra das circunstâncias consiste no princípio da individualização da pena, considerado um dos maiores avanços na aplicação da *sanctio iuris*.

<sup>80</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 51

<sup>81</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Vol. II. 2ª Edição, Revista Forense, Rio de Janeiro, revista e atualizada, p. 175,1995.

Adaptar a pena ao delincente harmoniza-se com as finalidades da pena já analisadas anteriormente, vez que permite verificar qual sanção mais concretiza a retribuição, o desestímulo geral ao delito, a reafirmação da lei penal, o bloqueio da recidiva e a ressocialização.

Ora, não obstante se vivencie o direito penal do fato e não o direito penal do autor, a pena deve aglutinar-se às idiosincrasias do risco social revelado pelo autor da infração. Aliás, “o crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata”.<sup>82</sup>

Circunstâncias consistem em elementos subjetivos ou objetivos que pertencem ao fato natural, majorando ou atenuando a gravidade do delito sem alterar o seu cerne.

Bifurcam-se em judiciais e legais. Aquelas estão previstas no artigo 59 do Código Penal preenchendo a primeira fase do sistema tripartido da aplicação da pena. Já as legais se ramificam em genéricas – agravantes, atenuantes e causas de aumento ou diminuição de pena - ou especiais – qualificadoras e causas de aumento ou diminuição de pena específicas.

As circunstâncias podem ser, bem como, subjetivas ou objetivas. Subjetivas são as espécies pessoais relacionadas com o sujeito ativo do fato típico, estendendo-se aos demais autores ou partícipes se forem elementares do crime (artigo 30 do Código Penal). Objetivas, lado outro, são conexas ao fato praticado, por conseguinte, extensivas aos demais agentes.

Este trabalho se focará na circunstância judicial dos antecedentes e na circunstância legal da reincidência.

## **4.2 Reincidência**

Das várias circunstâncias legais expostas no Estatuto Penal, se depara com uma das mais relevantes agravantes criminais: a reincidência. Pela intensidade e preponderância que se diferencia, se passa a detalhá-la.

---

<sup>82</sup> LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p.170.

### 4.2.1 Origem

Como visto anteriormente, à luz do artigo 59 do Código Penal *in fine*, a estrutura finalística da pena gira em torno da reprovação e prevenção do delito.

Pressupõe-se, de tal modo, que com o devido exercício do *ius puniendi* estatal – implantado pela previsão, aplicação e execução da pena – as finalidades supramencionadas são cumpridas.

Ocorre que, diante da contumácia delitiva, com a verificação da reincidência, nota-se a falha nos intentos punitivos, sendo, assim, imprescindível sua correção.

Malogrou-se a tarefa retributiva uma vez que o acusado não se intimidou o bastante, tolerando a possibilidade de ser novamente destinatário de sanções penais. Outrossim, frustrou-se a empreitada preventiva já que a ressocialização do infrator não logrou êxito.

Adentrando na linha histórica brasileira, em afinidade com direito romano, o Código Criminal do Império de 1830 (artigo 16, §3º) e o Código Penal de 1890 (artigo 40) davam relevância à reincidência específica, conquanto apenas esta legislação codificada tenha conceituado expressamente a especificidade da reiteração.<sup>83</sup>

O Código Penal de 1940 – artigo 42 §2º - em sua versão original – conceituava, de forma mais ampla, os delitos da mesma natureza como “os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentavam, pelos fatos que os constituem ou por seus determinantes, caracteres fundamentais comuns”.

Este código, paralelamente, previa a reincidência genérica nos artigos 46 e 47, adotando o sistema da perpetuidade da reincidência, ou melhor, a reincidência não sofria limitação temporal podendo incidir a todo momento.

Tal sistema vigorou até a inovação legislativa em 24 de maio de 1977 com a Lei 6.416 que substituiu a perpetuação pela temporariedade ou transitoriedade da reincidência. O novo diploma legislativo, portanto, constatou que após o transcurso de cinco anos entre a extinção da pena do crime anterior e a

---

<sup>83</sup> BRASIL. **Código Penal**. Artigo 40 do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1980: “como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso: 07 out. De 2015

prática do novo crime deixa de prevalecer a condenação anterior para fins de reincidência. Mencionado quinquênio recebe a nomenclatura de período depurador.

Ressalva-se que as espécies e os sistemas de reincidência serão oportunamente abordados neste trabalho.

#### **4.2.2 Conceito e natureza jurídica**

Hodiernamente, a reincidência, comandando o rol de circunstâncias agravantes (artigo 61, inciso I do arcabouço penal vigente), encontra-se estampada no artigo 63 do Código Penal com a seguinte redação: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Possui natureza subjetiva ou pessoal já que está conectada ao agente e não ao fato propriamente dito. Logo, segundo leitura do artigo 30 da mesma estrutura legal, não se estende aos coautores ou partícipes do evento danoso.

#### **4.2.3 Requisitos**

Esmiuçando a supradisposição, averíguam-se três elementos essenciais da reincidência, quais sejam, um crime cometido em território nacional ou outro país; condenação deste crime transitada em julgado e a prática posterior de um novo delito.

Merece destaque a necessidade de o novo delito ser praticado após a sentença condenatória definitiva. Em outros termos, caso haja cometimento de fato típico na data exata do trânsito em julgado descaracteriza-se a agravante.

Anote-se que a pendência de julgamento de qualquer recurso, até mesmo o extraordinário, sobre a infração antecedente quando da nova violação a bem jurídico, repulsa a recidiva.

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, afasta a reincidência quando a exordial acusatória não traz com exatidão a data dos fatos capaz de evidenciar que o delito sucedeu ao julgamento transitado em julgado, pois, pela “observância ao princípio do in dubio pro reo, deve ser dada a interpretação mais

favorável ao acusado, não se podendo presumir que o trânsito em julgado referente ao crime anterior ocorreu antes do cometimento do segundo delito”.<sup>84</sup>

Relevante constatar que para o reconhecimento da recidiva torna-se imprescindível a demonstração por certidão cartorária com expressa previsão da data do trânsito em julgado. Sendo – assim - insuficiente, unicamente, o assento policial.

Pela conceituação da reincidência exibida no Estatuto Penal acima elencado, vislumbra-se que o crime anterior pode ter sido perpetrado no Brasil ou no estrangeiro, dispensando, sobretudo, a homologação da sentença estrangeira para tal finalidade (artigo 9º do Código Penal).

Atenta-se para o entendimento pretoriano que noticia o esvaecimento da reincidência caso a condenação precedente seja desconstituída judicialmente.<sup>85</sup>

No que tange aos efeitos causados na reincidência em face da extinção da punibilidade do fato típico anterior devem-se avaliar dois aspectos: o período e a espécie da citada extinção.

Caso o episódio extintivo tenha ocorrido em momento prévio à condenação transitada em julgado, o próprio delito é fraturado em sua essência, impedindo, deste modo, a configuração da agravante. À guisa de exemplificação, tem-se a prescrição da pretensão punitiva.

Efetivando-se a extinção da pena póstuma à sentença condenatória transitada em julgado, a reincidência se mantém, salvo diante de lei prevendo anistia (pela extirpação dos efeitos penais) e *abolitio criminis* (pela atipicidade do fato).

O artigo 120 do Código Penal adverte, expressamente, que o perdão judicial esvazia, outrossim, a reincidência.

É de se notar que a reincidência, pela força agravante que possui, deve ser preenchida, com exatidão, em todos seus elementos, numa análise rigorosa para sua aplicação. Tal rigorosidade permite situações como a presença de múltiplas condenações, conservando, ainda, o agente como tecnicamente primário, quando todas essas infrações precederem a sentença condenatória transitada em julgado inicial.

---

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 200.900/RJ, rel. Min. Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma, j. 27.09.12. Informativo 505. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23370121/habeas-corpus-hc-237145-rj-2012-0060275-2-stj/inteiro-teor-23370122>>. Acesso em: 09 out.2015.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 88.022/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 28.03.2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761177/recurso-em-habeas-corpus-rhc-88022-rj>> Acesso em: 09 out. 2015

Detectando a reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se disposição, bem como, na Lei das Contravenções Penais (artigo 7º do Decreto-lei 3.688/1941) com o seguinte conteúdo redacional: “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou no Brasil, por motivo de contravenção”.

Como se evita leitura isolada do corpo normativo penal, interpreta-se o supradispositivo com o artigo 63 do Código Penal aludido anteriormente.

Cinco situações são concluídas por meio desta hermenêutica. Há reincidência quando o agente pratica crime antecedente e crime consequente; contravenção penal anterior – no Brasil - e contravenção penal posterior; crime precedente e contravenção penal ulterior. Por outro lado, será considerado primário aquele que cometer contravenção penal – no Brasil- e, posteriormente a sua condenação definitiva, um novo crime. Do mesmo modo, a contravenção penal cometida no estrangeiro não tornará o agente reincidente se tornar a delinquir.

Evidente imperfeição legislativa que não pode ser ignorada em face do princípio da legalidade, *favor rei e in dubio pro reo*.

Impõe-se manifestar, ainda, a irrelevância da espécie de pena aplicada nas condutas delitivas. Destarte, seja pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, todas são aptas a ensejar reincidência.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, admitiu a sanção penal do crime de posse de entorpecentes para uso pessoal (artigo 28 da Lei 11.343/2006<sup>86</sup>) como qualificada a provocar reincidência.<sup>87</sup>

Utilizando-se dessa afirmação, não prevalece a corrente doutrinária que examina a multa como insuficiente para gerar a agravante recidiva baseada na premissa de ínfima relevância e no fato de o *sursis* penal não ser impedido por condenação anterior à pena de multa (artigo 77, §1º do Código Penal).

---

<sup>86</sup> BRASIL. Lei 13.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. O artigo 28 da referida lei prevê as seguintes penas: “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a um programa ou curso educativo”.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 275.126/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j.18.09.2014. Informativo 594. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/143210228/habeas-corpus-n-275126-sp-do-stj>> Acesso em: 10 out.2015

Seguindo na análise normativa da reincidência, o preceito explicativo do Código Penal referente à reincidência (artigo 63) não especifica o tipo de crime causador desse instituto, impedindo que o interprete assim o faça.

Qualquer delito, independentemente do elemento subjetivo (culposo ou doloso), do tipo de preceito secundário (punido com reclusão ou detenção), do avanço no *iter criminis* (consumado ou tentado<sup>88</sup>), é eficiente para constatar a agravante recidiva.

Contudo, o artigo 64, inciso II, do mesmo estatuto, excepciona tal regra ao retirar, desse conjunto, os crimes militares próprios e os crimes políticos. Logo, nos delitos militares previstos unicamente no Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969) em face de disposição específica (artigo 71 do Código Penal Militar) não incidirá o artigo 63 do Código Penal. Do mesmo modo, os crimes políticos, sejam próprios ou impróprios, isto é, aqueles que violam exclusivamente a segurança ou organização do Estado ou aqueles que também ofendem um bem jurídico protegido pela legislação comum, são afastados para fins de reincidência.

Tais exceções não se aplicam, *a contrario sensu*, aos maus antecedentes que serão abordados posteriormente.

#### 4.2.4 Espécies

Duas são as espécies de reincidência relacionadas a indispensabilidade de cumprimento da pena imposta pela condenação antecedente: real ou presumida.

A real, também versada como própria ou verdadeira, exige que o agente perpetre nova infração após ter cumprido a pena correspondente ao delito anterior.

Para a modalidade ficta (presumida, imprópria ou falsa), em lado oposto, já basta a simples condenação anterior.

O Código Penal brasileiro adota a última categoria por dispensar que o “sentenciado haja iniciado e, muito menos, vencido o cumprimento da pena”<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> O artigo 63 do Código Penal utiliza o verbo “cometer” crime e não “consumar” o delito. Basta, portanto, que uma só parte da execução do novo delito tenha sido exercida após a condenação transitada em julgada da infração anterior.

<sup>89</sup> LYRA, Roberto. *Op.cit.*, p. 330.

Continua o mesmo autor que alguns doutrinadores (Carrara, Canonico, Brusa, Crivellari) defendem a necessidade do cumprimento integral da pena, vez que a agravante derivaria da impotência dos meios de correção de que dispõe o Estado.

Há, ainda, outra classificação merecedora de destaque, já brevemente mencionada anteriormente: reincidência específica e genérica.

Reincidente específico, para o diploma penal em vigor, é aquele indivíduo que pratica novamente um delito previsto no mesmo tipo penal do anterior; à semelhança do Código Penal de 1980.

Reincidente genérico consiste no agente que reitera conduta delituosa prevista em tipo penal diverso do ato criminoso antecedente.

Os efeitos de ambas modalidades são, segundo a legislação penal brasileira, equivalentes, salvo previsões expressas contrárias.

Cite-se, por exemplo, a vedação de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente específico (artigo 44, §3º do Código Penal), assim como a impossibilidade de concessão de livramento condicional aos reincidentes específicos de crimes hediondos (artigo 83, V do Código Penal).

#### **4.2.5 Nomenclatura**

Apenas com intuito organizacional de terminologias, é possível distinguir quatro designações aos autores criminosos: primário, tecnicamente primário, reincidente, multirreincidente.

Primário revela o infrator que inaugura sua vida delitiva, violando, pela primeira vez, um bem jurídico.

Tecnicamente primário, nomenclatura fornecida pela jurisprudência, é o que possui condenação irrevogável sem ser reincidente. Enquadra-se aqui o agente que tenha sido beneficiado pelo período depurador, bem como, o sujeito que reiterou a conduta criminosa, porém previamente à primeira sentença condenatória transitada em julgado.

Reincidente representa o infrator que se amolda ao artigo 63 do Código Penal já explanado anteriormente.

E por fim, multirreincidente, de fonte jurisprudencial, expressa o indivíduo com histórico de três ou mais condenações transitadas em julgado.

#### 4.2.6 Efeitos

Afora os efeitos mencionados pela reincidência específica no livramento condicional e na substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, a doutrina brasileira agrupa, ao mencionar os reflexos da contumácia, um rol de previsões estampadas no ordenamento jurídico penal.

A reincidência, como alhures elencado, comanda as agravantes penais no arrolamento trazido pelo artigo 61, inciso I do Código Penal.

Em face de sua natureza, incide na segunda fase da dosimetria da pena, segundo dispõe artigo 68 do mesmo estatuto. Aliás, o artigo antecedente, que trata do concurso de circunstâncias agravantes e atuantes, situa a reincidência como elemento preponderante nessa ponderação, ao lado dos motivos e personalidade do agente.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal, em 2014, determinou que a agravante da reincidência predomina sobre a atenuante da confissão espontânea, impossibilitando a compensação entre elas.<sup>90</sup>

Discordando do tribunal de superposição, no mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça consolidou-se em sentido oposto permitindo a compensação entre confissão espontânea e reincidência embasado no ajustamento daquela como reflexo da personalidade do agente - também preponderante- que, por consequência, devem se equilibrar.<sup>91</sup>

Tamanha sua relevância, a circunstância da reincidência é a única aplicável em delitos culposos.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RHC 120677 SP Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/03/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25030989/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-120677-sp-stf>>. Acesso: 11 out.2015

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC 301.693/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/12/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/159075898/andamento-do-processo-n-301693-sp-do-dia-19-12-2014-do-stj>>. Acesso: 11 out.2015

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 120165, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Informativo 735. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24997255/habeas-corpus-hc-120165-rs-stf/inteiro-teor-114416143>> Acesso: 11 out.2015.

E, conquanto a legislação penal não traga expressamente o *quantum* de elevação da reincidência, a jurisprudência<sup>93</sup> segue orientação doutrinária no sentido de acrescentar um sexto na pena, sendo possível ultrapassar tal quantidade caso haja motivação idônea.

O regime de cumprimento de penal também é alterado ao se detectar a contumácia. Da leitura do artigo 33, caput e §2º, *b* e *c* do Código Penal, observa-se que a reincidência tolhe o início do cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto (salvo preceito secundário de detenção).

Em se tratando de crime não hediondo, a reincidência em crime doloso majora o prazo para concessão do livramento condicional, exigindo o cumprimento de mais de metade da pena - artigo 83, inciso II, deste corpo legal.

Ressaltada a pena exclusiva de multa, afasta-se o instituto do *sursis* penal quando se tratar de reincidente em crime doloso (artigo 77, inciso I do Código Penal).

Outrossim, constitui causa revogadora do *sursis*, livramento condicional e reabilitação (com exceção da pena exclusiva de multa), conforme dispositivos 81, inciso I e §1º; 86, incisos I e II e 87; 95, respectivamente.

Aludido diploma legislativo ainda ostenta o aumento de um terço no prazo para o cômputo da prescrição da pretensão executória (artigo 110, *in fine*), caso a averiguação da recidiva anteceda à condenação do crime atual. Diante de momento posterior à condenação, tem efeito interruptivo do prazo prescricional – artigo 117, inciso VI deste código.

Na parte especial do Estatuto Penal, nota-se, como exemplo, sua influência no alcance das privilegiadoras do furto, apropriação indébita, estelionato e receptação, segundo artigos 155, §2º; 170; 171, §1º; e 180, §5º, respectivamente.

Inclusive, afasta os benefícios da Justiça Negociada previstos na Lei 9099/1995, artigos 76, §2º, inciso I, e artigo 89, *caput*, isto é, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Por fim, no Código de Processo Penal, permite a prisão preventiva caso houver sido condenado por delito doloso, à luz de seu artigo 313, inciso II.

---

<sup>93</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 26/09/2011 - 26/9/2011 HC 147840. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077477/habeas-corpus-hc-147840-rj-2009-0182372-0-stj/inteiro-teor-21077478>>; HC 158848 DF 2010/0002435-4, Ministro Og Fernandes, 20/04/ 2010, Sexta Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9216888/habeas-corpus-hc-158848-df-2010-0002435-4/inteiro-teor-14296583>>. Acesso: 11 out.2015.

#### 4.2.7 Críticas

Muito se discutiu a constitucionalidade da reincidência, porquanto se trata de situação estranha ao fato criminoso não podendo ser referida como “circunstância do crime”, senão “circunstância do agente”.

Os argumentos contrários à constitucionalidade da agravante podem ser sintetizados pela transgressão a premissa da vedação ao *bis in idem*<sup>94</sup> (ou a dupla imputação pelo mesmo fato), violação ao princípio da individualização da pena, resquício do direito penal do autor e, por fim, a constatação de que a contumácia, por ser uma falha do Estado no cumprimento das finalidades da pena, não pode ser considerada um gravame ao acusado mas sim uma atenuante a ele como forma de penalizar a incompetência estatal.

Utilizando-se desse contexto, o ministro aposentado Eugenio Raúl Zaffaroni (processo 6.457/09, Caso Taboada Ortiz) na Suprema Corte argentina se manifestou:

Fica claro que a pena aplicada não guarda relação com a culpabilidade pelo fato, sim, reprova-se o autor pela sua qualidade de reincidente, premissa que denota a aplicação de pautas vinculadas ao direito penal de autor e da periculosidade. Cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a invocação da periculosidade ‘constitui claramente uma expressão do exercício do *ius puniendi* estatal sobre a base de características pessoais do agente e não do fato cometido, isto é, substitui o direito penal do fato, típico do sistema penal da sociedade democrática, pelo direito penal de autor, que abre as portas para o autoritarismo, precisamente em uma matéria na qual se acham em jogo bens jurídicos de grande hierarquia [...] Em consequência, a introdução no texto legal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, por conseguinte, contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>95</sup>

É o posicionamento de Ney Moura Teles - assim como Luís Flávio Gomes, Juarez Cirino dos Santos, Maria Lúcia Karam, Paulo Queiroz, dentre outros - nos seguintes termos:

<sup>94</sup> A vedação ao *bin in idem* está elencada no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos - no art. 8, n. 4, do Decreto 678/92): “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

<sup>95</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CIDH, Série C. n° 126, **caso Fermín Ramírez contra Guatemala**, sentença de 20 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/13F.pdf>>. Acesso em: 12 out.2015.

A reincidência, por si só, não implica necessariamente em inadaptação ao meio social, nem tampouco em falta de capacidade de adaptação que signifique menor capacidade de culpa, em sentido amplo. Além disso, diante do princípio da culpabilidade, e tratando-se de um direito penal do fato, não se pode aceitar que a reincidência conduza à necessidade de maior agravação da pena. [...] não deve sequer ser considerada no momento da fixação da pena.<sup>96</sup>

Luiz Vicente Cernicchiaro, menos extremista, impõe uma solução para a constitucionalidade da agravante: “A reincidência somente poderá agravar a pena se entre os delitos houver conexão que recomende recrudescer a *sanctio iuris* [...] A reincidência, assim, não é imperativa de aumento, baseada em dados meramente objetivos”.<sup>97</sup>

Alberto Silva Franco rechaça a reincidência alegando que:

O fato criminoso que deu origem a primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória da pena, em relação a outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica.<sup>98</sup>

Ressalta-se que tais críticas embasaram, sobretudo o posicionamento do último doutrinador, a tese 18 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.<sup>99</sup>

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, no informativo 700, conferiu presunção absoluta de constitucionalidade da reincidência, em 2013<sup>100</sup>, seguido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2014.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral - II**. Editora de Direito. Volume 2. 1997, p. 142.

<sup>97</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. In “**Reincidência**”, artigo do caderno “Direito & Justiça”, Correio Brasiliense de 13 de maio de 1996.

<sup>98</sup> FRANCO, Alberto Silva, **Código Penal e sua interpretação**, SP: RT, 8ª ed., 2007, p. 367

<sup>99</sup> A tese 18 da Defensoria Pública de São Paulo prevê: “o artigo 28 da Lei de Drogas é incapaz de gerar reincidência na forma do artigo 63 do Código Penal”. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:y3Ke4oth4VMJ:www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/18\\_IIEncontroPenal%2520\(sem%2520autor\).doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:y3Ke4oth4VMJ:www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/18_IIEncontroPenal%2520(sem%2520autor).doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso: 12 out.2015.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf>>. Acesso: 12 out.2015.

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 516.097/MT, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 07.08.2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237230/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrv-no-aresp-516097-mt-2014-0110854-9-stj/inteiro-teor-25237231>>. Acesso: 12 out.2015.

Os ministros da Corte Máxima brasileira rebateram os apontamentos desfavoráveis à reincidência motivando que, inicialmente, não há que se trazer à baila a premissa do *non bis in idem* uma vez que não há apenas um fato, mas dois fatos delituosos, sendo imprescindível levar em consideração a reiteração do delito, na pena do segundo delito, pela opção em se manter no submundo do crime.

A pena da infração antecedente não terá ingerência com a reiteração criminosa. Não alcança, assim, o delito pretérito. Representa o “cometimento de novo fato antijurídico, além do anterior”.<sup>102</sup>

Reconhecer a reincidência revela o fortalecimento do princípio da individualização da pena. Seria injusto desconsiderar o perfil do sentenciado colocando-o na tábula rasa com indivíduos primários. Um dos símbolos da justiça consubstanciado pela faixa com que se cobre os olhos da deusa Têmis não deve ser um atalho à cegueira da realidade. Ao contrário, desponta a imparcialidade oriunda da legalidade e da equidade material.

Discriminar os condenados com razoabilidade, caso em testilha, é imprescindível para o alcance da individualização da pena sob o risco de se ter um direito imaleável distante dos cânones constitucionais.

O relator do caso, ministro Marco Aurélio afirmou que “o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”. Continuou sua argumentação corroborando a harmonia com a lei da República exibindo que “a regência da matéria circunscreve-se com a oportuna, sadia e razoável política criminal, além de envolver mais de 20 institutos penais”.<sup>103</sup>

Por conseguinte, considerar a reincidência como instituto inconstitucional traria um dano em ricochete a outras tantas previsões penais que a preveem, como supramencionado, desconfigurando o âmago do Código Penal.

O ministro Luiz Fux asseverou que não se pode atribuir a responsabilidade, pura e simplesmente, à falibilidade estatal quando se constata a reincidência, isso porque os motivos pelos quais embasaram o infrator a transgredir

---

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf>>. Acesso: 12 out.2015

<sup>103</sup> *Idem*.

podem ser atribuídos a outros aspectos, como a própria personalidade do indivíduo voltada a delinquência.<sup>104</sup>

Referida decisão, com reconhecida repercussão geral, tem eficácia expansiva, sendo de rigor seu acolhimento.

### 4.3 Antecedentes

Os antecedentes criminais compõem uma das margens deixadas ao julgador no cumprimento da máxima da individualização da pena ao exercer a primeira etapa do sistema trifásico. Por se tratar de atividade complementar em relação a atividade legislativa, forçoso seu delineamento, notadamente, no que concerne aos maus antecedentes.

#### 4.3.1 Origem

A origem história dos antecedentes criminais como circunstância judicial é recente no arcabouço legislativo brasileiro. Apenas com o advento do Código Penal de 1940 se positivou no sistema penal de avaliação da pena.

Francisco Bissoli Filho preceitua que os antecedentes, igualmente, a reincidência possui “maior afinidade com as teorias do criminoso (por constituírem circunstâncias mais ligadas ao autor do que ao ato) e com as teorias da pena (por produzirem consequências mais propriamente da reação em si, agravando as penas) ”.<sup>105</sup>

Forçoso conectar os antecedentes à teoria finalista da ação – adotada pelo texto penal vigente. O penalista alemão, Hans Wezel, responsável pela teoria em comento, preservando a teoria clássica, introduziu a finalidade no comportamento humano, consciente e voluntário.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos Antecedentes à Reincidência Criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica. 1998, p. 157.

<sup>106</sup> ABREU, Iduna Weinert. **A teoria da ação finalista de Hens Wezel**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 12 out. 2015.

Internalizou o “dolo natural” e a “culpabilidade vazia”, isto é, deslocou o dolo e a culpa para a conduta típica, restando o tripé da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa na culpabilidade.

Destarte, avaliar o dolo consiste em verificar os motivos, tendências e intenções do agir humano.

Com efeito, como o dolo encontra-se no âmbito interno do agente, e constantemente ali permanece, é dificultoso, senão, por vezes impraticável, desvendá-lo. Logo, impõe-se meditar sobre outros elementos externos e atingíveis.

Brilhantemente, continua Bissoli Filho:

Assim, a consciência pode ser melhor evidenciada pelos contatos anteriormente mantidos pelo agente com as diversas instâncias do sistema penal em decorrência de anterior processo de criminalização (total ou não) a que tenha sido submetido. À vontade, também, pode resultar demonstrada pela persistência na prática de atos delitivos.<sup>107</sup>

Inclusive, a teoria finalista, juntamente com os antecedentes, influencia a verificação dos delitos culposos. Vislumbra-se vontade nos crimes culposos, vontade dirigida não ao resultado, mas aos meios escolhidos com imprudência, negligência ou imperícia.

Basta imaginar um indivíduo com diversas passagens criminais de delitos de trânsito, por exemplo, com mais de um homicídio culposo em razão de disputa automobilística não autorizada (conforme artigo 308, §1º da Lei 9.503/1997). Um novo envolvimento em crime da mesma natureza será sopesado com os descuidos anteriores no dever de cuidado objetivo.

Invocando contribuições interessantes de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, presentes na Escola Positiva, ganha relevo o estudo do direcionado ao criminoso e sua vontade de agir.

Com obviedade a investigação penal não pode ser extremista na análise do agente, como propõe referida Escola, contudo, a vida *anteacta* do indivíduo, assim como, sua consciência e vontade são imprescindíveis para o deslinde do fato e individualização da pena.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, pag. 158.

### 4.3.2 Conceito e natureza jurídica

Como introduzido anteriormente, o legislador conferiu suportes mínimos para avaliação do julgador na fase inaugural do sistema trifásico da aplicação da pena.

As circunstâncias judiciais são, deste modo, aspectos valorados pelo magistrado no devido cumprimento do princípio da individualização da pena.

Nota-se uma atuação de complementariedade do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, porquanto este prescreve a base normativa penal a ser aplicada por aquele.

O artigo 59 do Código Penal prevê a circunstância “antecedente” sem trazer os adjetivos “bom” ou “mau”. Logo, examinar-se-á seu comportamento prévio à ocorrência típica, ou melhor, a vida pregressa do denunciado por meio dos dados presentes em sua folha de antecedentes.

Num critério de exclusão, todos os acontecimentos e eventos ausentes na folha de antecedentes criminais serão trasladados para outra circunstância judicial, presente no mesmo artigo, designada de conduta social do agente.

Com efeito, antecedentes são:

[...] todos os fatos ou episódios da vida *anteacta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus como os péssimos antecedentes, os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve ter-se em conta os antecedentes judiciais.<sup>108</sup>

Destarte, é correto afirmar que os antecedentes possuem natureza jurídica de circunstância judicial subjetiva em face do “diagnóstico” do infrator e não do fato estritamente.

---

<sup>108</sup> TACRIM-SP - HC - Rel. Manoel Carlos - RJD 7/191 - JUTACRIM 80/108, 87/127. In: STOCO. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. SP: RT, 2007, p.1186.

### 4.3.3 Abrangência

Em princípio, a Suprema Corte brasileira avaliava os maus antecedentes num contorno dilatado, englobando inquéritos policiais e ações penais em curso, ou melhor, sem condenação irrevogável.<sup>109</sup>

Ocorre que, julgando um recurso extraordinário<sup>110</sup> em 17 de dezembro de 2014, por 6 votos a 4, restringiu o alcance dos maus antecedentes, desconsiderando inquéritos policiais e ações penais em curso para configurar referida circunstância judicial.

Tendo em vista as hipóteses geradoras de reincidência supra acenadas, é possível elencar como situações ensejadoras de maus antecedentes – num critério de eliminação - o transcurso do período depurador (artigo 64, inciso I do Código Penal); a condenação prévia transitada em julgado de crime militar próprio ou político (artigo 64, inciso II do Código Penal) e a prática de novo delito antes do trânsito em julgado da condenação antecedente.

Como se vê, não se incluiu, neste arrolamento, inquérito policiais em andamento ou condenações criminais sujeitas a recursos com fundamento no princípio do estado de inocência erigido no núcleo irredutível do artigo 5º, inciso LVII da Lei Maior que preserva a não culpabilidade do indivíduo até o trânsito em julgado

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.585/SP, rel. Min Ellen Grace, 2ª Turma, j. 11.11.2008, informativo 528. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2911217/habeas-corpus-hc-95585-sp>> Acesso:13 de out.2015; AO 1.1046/RR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 23.04.2007, informativo 464. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1046&classe=AO&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso: 13 de out.2015; HC 84.088/ms, REL. ORIG. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j.29.11.2005, informativo 411. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso: 13 de out.2015.

<sup>110</sup> RE 591.054/ SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/12.2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 10/11/2015. No mesmo sentido: HC 97.665/ RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª.Turma, j. 04.05.2010, Informativo 585. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97665&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 de out.2015. RHC 121.126/AC, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j.22.04.2014. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25078609/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-121126-ac-stf/inteiro-teor-119754390>>. Acesso: 13 de out.2015; e RHC 117.095/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j.27.08.2013, Informativo 719. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm>>. Acesso em: 13 de out.2015.

da sentença condenatória. A mesma premissa encontra-se garantida na Convenção Americana de Direitos Humanos no artigo 8º, item 2.<sup>111</sup>

Utilizando-se desse argumento, adicionado à proibição de prejudicar o suposto autor do delito pela ação penal julgada improcedente por insuficiência de provas, o Superior Tribunal de Justiça assentou a súmula 444 vedando agravar a pena-base do delito em face de inquéritos policiais e ações penais em trâmite.

No mesmo sentido prediz o artigo 20, parágrafo único do Código de Processo Penal, após alteração causada pela Lei n. 12.681 de 4 de julho de 2012, que “nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes”.

Faz-se mister não confundir as situações: ainda que seja inadmissível utilizar inquéritos policiais e ações em curso, nada impede que seja considerado - como antecedente desfavorável - um crime anterior com trânsito em julgado posterior a nova conduta vez que, como mesmo revela o Supremo Tribunal Federal, “condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena base (CP, art. 59)”.<sup>112</sup>

E como se extrai da própria nomenclatura “antecedentes”, é cogente a existência de fato anterior ao narrado na exordial acusatória para evidenciar os maus antecedentes.

Em suma, são suficientes, para considerar a circunstância judicial desfavorável, um fato precedente ao delito em análise e uma condenação penal definitiva, independentemente do momento de sua solidificação.

Para fins de complementação de anotação alhures explanada, a incidência da prescrição da pretensão punitiva desconfigura - assim como a

---

<sup>111</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto 678/92, item 8º, item 2, *caput* dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 14 de out. 2015.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 117.737, rel Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 15.10.2013. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24594588/habeas-corpus-hc-117737-sp-stf/inteiro-teor-112087760>>. Acesso em: 14 de out.2015.

reincidência - os maus antecedentes; todavia a prescrição executória não tem a mesma força, restando incólume a circunstância judicial.<sup>113</sup>

No que tange à aplicação da primeira fase do sistema trifásico de aplicação da pena (em que se analisam as circunstâncias judiciais), em harmonia com a tradição da pena mínima brasileira, a jurisprudência<sup>114</sup> se sedimentou na dispensa de fundamentação caso a pena-base não sofra nenhuma exasperação, ante a ausência de prejuízo ao réu.

A despeito do posicionamento jurisprudencial, é conveniente fundamentar a aplicação da pena, ainda que mínima, pelo mandamento constitucional expresso no artigo 93, inciso IX e pelo controle social no exercício do *ius puniendi* estatal.

O cálculo da exasperação na fase inaugural da aplicação da *sactio iurs* não leva regramento específico pelo ordenamento penal, por este motivo conforme descreve José Antonio Paganella Boschi:

[...] a doutrina e a jurisprudência recomendam a utilização das seguintes diretivas gerais: a) quando todas elas forem valoradas positivamente, a pena-base será estabelecida no mínimo legalmente cominado, por ser essa a tendência dos países em todo o mundo; b) quando algumas delas (duas ou três) receberem cargas negativas de valor, ela deverá ser fixada um pouco acima do mínimo legal; e, por último, c) quando o conjunto das circunstâncias judiciais for considerado desvalioso, a pena-base será estabelecida em quantidade próxima à do *termo médio* (obtido com soma do mínimo com o máximo abstratamente cominados e a divisão por dois desse resultado aritmético).<sup>115</sup>

O Pretório Excelso<sup>116</sup> destaca que a pena só será fixada no mínimo legal se não houver nenhuma circunstância desfavorável, já que detectando uma

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 70752 SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 14/12/1993. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748757/habeas-corpus-hc-70752-sp>>. Acesso em: 15 de out.2015.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.322/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 11.12.2007, informativo 492. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14768758/habeas-corpus-hc-94945-pa-stf>>. Acesso em: 15 de out.2015.

<sup>115</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. A dosimetria das penas privativas de liberdade. In: **Ibccrim: Boletim do Instituto Brasileiro De Ciências Criminais** - 242 - Janeiro/2013. Site: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade)>. Acesso em: 15 de out.2015.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 108.146/GO, rel. Min. Luiz. Fux, 1ª Turma, j. 05.06.2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21916430/habeas-corpus-hc-108146-go-stf/inteiro-teor-110474255>>. Acesso em: 20 de out.2015.

negativa, se quer, deverá o magistrado majorá-la, salvo particularidades do caso concreto.

#### 4.3.4 Críticas

Avaliações contrárias aos maus antecedentes também são verificadas por parte da doutrina. Aliás, as críticas realizadas acerca da reincidência se estendem à circunstância judicial em testilha por estar acoplada ao próprio autor do fato e não ao crime perpetrado.

Assim prescreve Fernando Galvão:

Importa perceber que um ordenamento jurídico-penal fundamentado no princípio da culpabilidade do agente, no fato concreto, é incompatível com a majoração da pena com base em fatos anteriores ao que se analisa no processo de referência. O Direito Penal moderno é um direito penal do fato e o agente deve ser punido pelo que efetivamente fez e não pelo que é. A consideração sobre os antecedentes não pode influir de maneira a agravar a pena do agente, transpondo os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto que se analisa. Sustentar o contrário significa estabelecer dupla punição para o agente de um mesmo fato.<sup>117</sup>

Tais doutrinadores tendem a analisar os antecedentes presentes no artigo 59 do Código Penal, tão somente, no sentido positivo como circunstância abonadora e “autorizadora de menor reprimenda”.<sup>118</sup>

Há, ainda, utilização da Teoria do Etiquetamento (“labelling approach”), colacionada anteriormente<sup>119</sup>, para fulminar os maus antecedentes e, até mesmo, a reincidência, porquanto tais indivíduos seriam, sempre, selecionados como culpados de novos delitos. Indicam que tais circunstâncias são mecanismos que obram presumindo a periculosidade de um agente que, exatamente por possuir antecedentes no aparelho penal, terá preferência na mira da empreitada investigativa e punitiva.<sup>120</sup>

Acatar tais críticas seria o mesmo que rasgar a Lei Maior, sobretudo, a igualdade material e o princípio da individualização da pena.

<sup>117</sup> GALVÃO, Fernando. **A aplicação da pena**. ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 146.

<sup>118</sup> TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 123.

<sup>119</sup> Este tema foi abordado no tópico 3.3, página 32.

<sup>120</sup> SILVA, Suzane Cristina. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. In: **Ibccrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos)>. Acesso em: 20 de out.2015.

A atuação pré-delitual do autor do fato não interessa - tão só - aos trâmites penais, mas a toda sociedade. Esta tem o direito de estar mais protegida dos infratores que retornam a violar bens jurídicos.

Ademais, tais circunstâncias orientam o magistrado em seu livre convencimento motivado para aplicar a pena que mais se adequa àquele delito e ao infrator. É ilógico focar-se, isoladamente, no fato natural; autoria e materialidade caminham lado a lado.

Imperioso ressaltar que a colaboração do sueco Johan Carl Wilhelm Thyrén, criador da eliminação hipotética da *conditio sine qua non* estampada no artigo 13 do Código Penal<sup>121</sup>, tem como alicerce o perigo social oriundo tanto do fato criminoso como de seu autor, tamanha importância dessa dupla análise.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>122</sup>, lembrando o informativo 700 do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da reincidência, mencionou o brocardo romano *ubi eadem ratio, ubi idem ius* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) para empregar o mesmo raciocínio de constitucionalidade aos maus antecedentes.

#### 4.4 Sistemas de Duração da Reincidência e Maus Antecedentes

O sistema temporal das circunstâncias, em abordagem, se ramifica em três planos: da perpetuidade, temporariedade e misto.

Para o primeiro, as circunstâncias são duradouras sem limitação temporal, com permanência *ad infinitum*. Lado outro, o sistema da temporariedade ou transitoriedade, como já traduz sua designação, restringe a certo período a duração da circunstância. Por fim, misto é aquele que se inclina à perpetuação, porém amortecendo o agravamento conforme o lapso de tempo transcorrido.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.027 Rondônia, 18/12/2009. Tribunal Pleno. MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq2027CM.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 176171 RJ 2010/0108377-2, Rel. Min. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, j. 13/08/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24048789/habeas-corporus-hc-176171-rj-2010-0108377-2-stj/relatorio-e-voto-24048791>>. Acesso em: 21 de out. 2015.

Já se abordou, em momento anterior<sup>123</sup>, que o Código Penal brasileiro, hodiernamente, adota, para a reincidência, o sistema da temporariedade cujo termo se encontra ao final do período depurador previsto no artigo 64, 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.

O prazo de cinco anos é apontado com base em estudos da Criminologia moderna consagrado no direito comparado e no Código Alemão. Consiste na prescrição da condenação precedente para efeito da reincidência.

Tal prazo prescricional gerador de ineficácia recidiva deve ser contado com fulcro no artigo 10 do Código Penal, incluindo o dia do início e excluindo o dia final.

Esclarece-se que a legislação penal dita “condenação anterior” e não “primeira condenação”. Por consequência, diante de várias condenações, leva-se em conta a penúltima e não a inicial.

Com efeito, torna-se irrelevante a data em que foi pronunciada a decisão terminativa de mérito extintiva da punibilidade, basta – para o período depurador - a extinção da pena derivada do delito antecedente (seja pela sua execução integral ou qualquer outro motivo).

O dispositivo traz, ainda, a possibilidade de cômputo do “sursis” e livramento condicional no quinquênio. Tal apuração deve ser iniciada tendo como base a audiência admonitória, ou melhor, o início do período de prova. Nota-se, que não se deve contar da extinção da pena que, apenas, se verifica com o decorrer do período de prova. Conforme revela Cleber Masson, com sua didática peculiar:

Destarte, se o condenado cumpre o *sursis* por 4 (quatro) anos, sem revogação, ao final do período de prova o juiz deverá declarar extinta a pena privativa de liberdade (CP, art. 82), e ele precisará somente de mais 1 (um) ano pra que essa condenação seja apta a caracterizar a reincidência.  
<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Vide o item 4.2.1, página 40.

<sup>124</sup> MASSON, Cleber. *Op., cit.*, p. 724.

No tocante aos maus antecedentes, o Estatuto Penal vigente encampou o sistema da perpetuidade. Logo, ainda que decorra o quinquídio da extinção da pena, os antecedentes criminais permanecerão passíveis de sopesamento negativo nas circunstâncias judiciais.

Evidente que em face de tal diferenciação, correntes doutrinárias e jurisprudenciais se posicionaram contrariamente ao sistema adotado pelo Código Penal atual.

#### 4.4.1 Correntes

Duas frentes surgiram no debate acerca da limitação temporal dos maus antecedentes. Passa-se a analisá-las.

##### 4.4.1.1 Favoráveis à perpetuação dos maus antecedentes

Num lado do espectro encontra-se a doutrina e jurisprudência dominante, legalistas e constitucionalistas, defensoras do sistema da perpetuidade contemplada pelo Código Penal.

Cezar Roberto Bitencourt, com magnificência, expõe:

Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, caput).<sup>125</sup>

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento nesse sentido: "O período depurador de cinco anos afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes".<sup>126</sup>

<sup>125</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 278186 SP 2013/0326159-8. Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador Convocado do Tj/Sc. 5ª Turma, j. 02/06/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196974450/habeas-corpus-hc-278186-sp-2013-0326159-8>>. Acesso em: 25 out. 2015. No mesmo sentido: AgRg no AREsp 571.478/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/139535405/agravo-em-recurso-especial-n-571478-sp-do-stj>>. Acesso em: 25 out. 2015; AgRg no AREsp 288.127/MG, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP], Quinta Turma, julgado em 06/11/2014. Disponível

Inclusive, este Sodalício reconhece recente posicionamento diverso do Supremo Tribunal Federal, que será apreciado mais a frente, porém se mantém e se solidifica na perpetuação dos maus antecedentes:

Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 119.200/PR (julgado em 11.2.2014, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e *in casu*, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal.<sup>127</sup>

O Supremo Tribunal Federal também já corroborou, em ocasião anterior, a perpetuação dos maus antecedentes<sup>128</sup>. Este Tribunal, consignou, em diversas passagens, que a data da condenação não afeta a existência de antecedentes negativos.<sup>129</sup>

A motivação de tal constatação está construída com alicerce no que já foi explanado para declarar a constitucionalidade da própria existência da reincidência.<sup>130</sup>

O período depurador concedido aos reincidentes é manifestação de política criminal trazida pelo legislador tendo em vista a gravidade e intensidade que atua em diversos outros institutos penais, já, bem como, verificados.<sup>131</sup>

---

em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202300333/agravo-em-recurso-especial-aresp-594308-sp-2014-0258370-1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 240022 SP 2012/0080333-6. Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, j. 11/03/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25006817/habeas-corpus-hc-240022-sp-2012-0080333-6-stj>>. Acesso: 25 out. 2015.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 106814, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 08/02/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18281527/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106814-ms>>. Acesso: 25 out. 2015.

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, RHC 83547/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 14/11/2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770106/recurso-em-habeas-corpus-rhc-83547-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015. No mesmo sentido: STF, HC 95585/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe publ. 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2911217/habeas-corpus-hc-95585-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015. STF, HC 74967/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/05/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700463/habeas-corpus-hc-74967-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015. STF, HC 86415/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/11/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14788841/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-86415-pr-stf>>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>130</sup> Vide item 4.2.7, página 50.

<sup>131</sup> Tema abordado no item 4.2.6, página 46.

Já os maus antecedentes são apurados pelo juiz, com discricionariedade regrada, verificando o caso concreto, podendo, em tese e motivadamente, deixar de elevar a pena diante do caso em concreto. Trata-se de um ato discricionário juridicamente vinculado. Como expõe Cleber Masson:

O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles poderá fazer suas opções, para chegar a uma aplicação justa da pena, atento às exigências da espécie concreta, isto é, às suas singularidades, às suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a quem a sanção se destina. É o que se convencionou chamar de teoria das margens, ou seja, limites mínimo e máximo para a dosimetria da pena.<sup>132</sup>

É cristalino que o artigo 59, do Código Penal em vigor, construiu um conteúdo mínimo de valoração judicial e não um sistema rígido de análise.

Ademais, com maestria, Roberto Lyra<sup>133</sup> aponta um aspecto irrefutável:

O tempo não destrói o fato, inconfundivelmente importante para a individualização. É incontestável que o novo crime ilide a presunção de emenda e reabilitação engendrada pelo decurso do tempo. É sempre maior a periculosidade de quem torna a cometer crime, seja qual for a distância do primeiro.

Trata-se, até mesmo, de tese institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo, número 183.<sup>134</sup>

Reconhece o mesmo entendimento Damásio E. De Jesus, que observa:

Decorrido o prazo, a sentença condenatória anterior não prevalece 'para efeito de reincidência'. Significa que ela subsiste para outros efeitos. Assim, praticado o novo crime quando decorrido período de tempo superior a cinco anos, contados a partir do cumprimento da primeira pena, o réu não será considerado reincidente. A sentença condenatória, porém, subsistirá para

<sup>132</sup> MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 697.

<sup>133</sup> LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p.335. A mesma tese é afiançada por Álvaro Mayrink da Costa in "Direito Penal" - Parte Geral, Vol. 1, Tomo II, 3ª edição, Ed. Forense, 1991, p. 507; Damásio E. de Jesus in "Código Penal Anotado", 13ª edição, Ed. Saraiva, 2002, p. 235; Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt in "Código Penal Anotado e Legislação Complementar", 2ª edição, Ed. RT, 1999, p. 247).

<sup>134</sup> SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional**. "Afastada a circunstância legal da reincidência (art. 61, I, CP) pela ocorrência de sua 'prescrição' (art. 64, I, CP), a sentença condenatória anterior subsiste para efeitos de reconhecimento da circunstância judicial dos maus antecedentes (art. 59, CP) ". Publicada no D.O.E., 23/06/2004, p. 33. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUjl4jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ORDEM\\_ALFABETICA\\_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUjl4jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 25 out. 2015.

efeito de maus antecedentes, nos termos do art. 59, 'caput', do Código Penal.<sup>135</sup>

Ora, o artigo 64, *caput*, do mesmo arcabouço legal é nítido ao restringir o período depurador “para efeito de reincidência”. Destarte, caso o legislador desejasse sua aplicação aos antecedentes ou qualquer outra circunstância não teria limitado o teor redacional.

Quisesse o Poder Legislativo tratar a reincidência como maus antecedentes, as naturezas jurídicas de tais circunstâncias não seriam diversas. É vedado confundir agravante com circunstância judicial. A primeira tem aplicação cogente porquanto ordenada pela própria lei, a segunda demanda sopesamento do juiz à luz da proporcionalidade.

A declaração de ineficácia pelo decurso do tempo deve ser manifestadamente exposta nas normas penais para que sejam aplicadas e concedam a segurança jurídica extraída dos preceitos constitucionais.

A tendência criminosa de um indivíduo tecnicamente primário deve ser realçada num paralelo com um indivíduo primário sob pena de incentivar o cometimento de delitos.

É importante lembrar que a finalidade da pena referente à prevenção geral emoldura tanto o desestímulo de potenciais criminosos como a comprovação da eficiência da lei penal e, por consequência, o afastamento do sentimento de impunidade. Afora isso, a prevenção especial negativa se materializa em obstaculizar a reincidência.

Limitar os maus antecedentes representa o afastamento, por via oblíqua, do artigo 59 do Código Penal, notadamente, sua parte final, bem assim, representa a simulação da verdade real.

Alerta-se que não se pode confundir perpetuação dos maus antecedentes com perpetuação da pena. Inicialmente, antecedentes criminais não possuem natureza jurídica de pena.

As penas estão previstas nos preceitos secundários dos delitos, dividindo-se em privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Não existe pena de maus antecedentes.

---

<sup>135</sup> JESUS, Damásio. **Direito penal. Parte Geral**. 31ª edição. Editora Saraiva. 2010, p. 617.

A Lei Maior é expressa ao proibir “pena” de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”). Não se verifica menção alguma sobre circunstância judicial permanente.

Os antecedentes criminais representam um critério de valoração do sistema trifásico imprescindível à atuação judicial. O oposto contraviria Montesquieu quando propôs a separação tripartida dos poderes concedendo a função típica julgadora ao Poder Judiciário.

A teoria dos Poderes Implícitos - de origem norte-americana no *leading case McCulloch v. Maryland* em 1819 e assente na jurisprudência brasileira<sup>136</sup> - perfilha a adesão das funções postas aos órgãos pela Carta Magna com os meios legais conferidos a estes para desempenhar suas incumbências.

A prestação de um serviço público (atividade-fim) demanda um suporte para seu funcionamento (atividade-meio). O acesso aos fatos e documentos ao judiciário representa sustentáculo para suas decisões.

Indaga-se qual a eficácia de uma sentença que não pode se utilizar da verdade para seu embasamento. Não há sentido no mandamento constitucional da fundamentação estampado no artigo 93, IX se a motivação está inverídica em face da ocultação de documentos imprescindíveis.

A *mens legis* ao ausentar a reincidência pós período depurador não foi de obscurecer fatos. Ao contrário, manteve os antecedentes criminais para conservá-los.

A ninguém é concedido o direito de retrazar sua vida *anteacta*.

#### **4.4.1.2 Adversos à perpetuação dos maus antecedentes**

Do outro lado do espectro encontra-se o posicionamento favorável à extensão do período depurador aos antecedentes criminais.

O Supremo Tribunal Federal, se contrapondo a entendimento anterior, decidiu, sem efeito vinculante, que como a circunstância mais gravosa desaparece

---

<sup>136</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. Parecer Em Ação Direta De Inconstitucionalidade. 12 de julho de 2010. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria\\_Juridica/Controle\\_Constitucionalidade/ADIns\\_3\\_Pareceres/ADIN-00571826120118260000\\_12-07-11.htm](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/ADIns_3_Pareceres/ADIN-00571826120118260000_12-07-11.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

no decorrer do tempo com a mesma razão a circunstância menos gravosa também apagar-se-á.<sup>137</sup>

Em, 2015 a Suprema Corte manteve referida ideia motivada nos seguintes alicerces:

[...] já que houvera o devido cumprimento de sua punição, de modo que seria inadmissível atribuir à condenação o “status” de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena. A Constituição vedaria expressamente, na alínea b do inciso XLVII do art. 5º, as penas de caráter perpétuo. [...] mais de cinco anos não encontraria previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição, mas se trataria de uma analogia “in malam partem”, método de integração vedado em nosso ordenamento.<sup>138</sup>

Em resumo, as teses justificadoras baseiam-se na proibição da perpetuação da pena, violação da finalidade preventiva especial positiva da pena representada pela ressocialização, bem como, ausência de previsão legal para a eternidade da permanência dos maus antecedentes.

Faz-se indispensável trazer à baila o fundamento, abreviador dos aludidos pontos, trazido pelo Ministro Relator Dias Toffoli, no ano de 2014:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. (Grifo não original)<sup>139</sup>

Outros doutrinadores apoiam colacionada jurisprudência defendendo que o infrator não pode ser penalizado permanentemente pela anterior violação de bens jurídicos após o cumprimento da reprimenda. Seria um desestímulo a reinserção social uma vez que estaria, a todo tempo, estigmatizado e considerado um “outsider”, isto é, um socialmente excluído.

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 110191, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23121660/habeas-corpus-hc-110191-rj-stf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126315/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2015. (HC-126315). 2ª turma. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770633/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-126315-sp-sao-paulo-8620482-6420151000000>>. Acesso em: 28 out. 2015.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 119200, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

Com outras palavras, pregam a teoria do direito ao esquecimento aos maus antecedentes daquele que cometeu, no passado, um delito para que a finalidade ressocializadora da pena seja, efetivamente, cumprida.

Registre-se que o tema do direito ao esquecimento no âmbito penal ganhou repercussão geral no Supremo Tribunal Federal com a seguinte ementa:

EMENTA: MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 593818 RG, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 26/02/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01118).<sup>140</sup>

Esse pretendido direito, pela proporção que tem alcançado e pelo contorno errôneo que – com facilidade – pode ser tomado, merece análise autônoma, como se verá a seguir.

---

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese de Repercussão Geral nº 150. Ministro Relator Roberto Barroso. RE 593818. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642160&numeroProcesso=593818&classeProcesso=RE&numeroTema=150>>. Acesso em: 28 out. 2015.

## 5 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O chamado direito ao esquecimento tem ostentado espaço realçado no debate contemporâneo, notadamente, na vivência da sociedade da superinformação. Mister, dessarte, colocá-lo em pauta de análise.

### 5.1 Direito à Privacidade na Modernidade Líquida

O amparo à privacidade, pelo Código Civil de 2002, concretizou-se no seio de seu capítulo II destinado aos direitos da personalidade.

A concepção desses direitos sustenta-se na premissa de que, paralelamente aos valores economicamente estimáveis, apartáveis de seu possuidor, como um bem material, notam-se aqueles inatos à pessoa humana e a ela ligados de maneira perene. Os direitos da personalidade são dignos de proteção estatal cuja essência está ligada, dentre outros, ao direito à vida, à liberdade, a privacidade, à imagem e à honra.

Francisco Amaral define os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.<sup>141</sup>

Na alusão feita pela legislação civil vigente à “vida privada”, sente-se de imediato o cumprimento do cânone constitucional empregado no artigo 5º, X da Constituição Federal, garantindo que “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”.

Um duplo caráter se destaca: o direito à privacidade é, concomitantemente, direito fundamental de primeira dimensão e direito da personalidade.

A disseminação do adjetivo “inviolável”, na redação do artigo 21 do supramencionado, clarifica um dos atributos dos direitos da personalidade, a par de outros, como a irrenunciabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade, qualidade de respeito *erga omnes*, vitalício<sup>142</sup> e não absoluto. Tais características

---

<sup>141</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 243.

<sup>142</sup> Vitalício consiste na expressão, trazida pela doutrina, tradutora da perduração desse direito até a morte do agente. Contudo, ainda que a morte extinga a intimidade do indivíduo, a esfera íntima do

aperfeiçoam um perfil peculiar para este instituto, notadamente por estar tão adjunto à proteção da pessoa humana.

Constatada sua natureza jurídica, aponta-se que o respeito à dignidade humana representa pedra angular entre os fundamentos constitucionais pelos quais se norteia o arcabouço jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (art. 1º, III da Lei Maior) e, por decorrência, o direito à privacidade.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como sendo a:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida e, comunhão com os demais seres humanos. [...] verifica-se que o elemento nuclear da noção da dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz Kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). [...] importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar a sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.<sup>143</sup>

Ingressando no dilatado campo de definição da privacidade, encontra-se certa dificuldade em estabelecer um conceito unânime na doutrina e jurisprudência.

No estudo lexical, o termo "privacidade", estritamente, apresenta procedência latina (do verbo *privare*, ou da forma adjetiva *privatus*) no sentido de “pertencente a si mesmo, colocado à parte, fora do coletivo ou grupo”, participio passado de *privare*, “retirar de, separar”, de *privus*,

---

morto, poderá vir a ser violada por meio de violação a sua imagem cujos sujeitos passivos desse atentado serão os parentes do falecido.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 62.

“próprio, de si mesmo, individual”, oriunda de *pri-*, “antes, à frente de”. Aquele que está à frente dos outros está separado deles, está por sua conta.<sup>144</sup>

Porém, o termo tem sido manuseado, amiúde, pela língua inglesa. Por essa razão, considera-se como um anglicismo. Com efeito, no século XVI a literatura inglesa já utilizava amplamente o vocábulo e como, elenca, Danilo Doneda:

A palavra *privacy* foi utilizada mais de uma vez pelo próprio Shakespeare; no entanto, aparece com maior destaque em outros autores, como Keats (1795-1821), em *The Eve of St. Agnes*: "Which was, to lead him, in close secrecy / Even to Madeline's chamber, and there hide / Him in a closet, of such privacy / That he might see her beauty unespied, / And win perhaps that night a peerless bride (...)" ; ou, posteriormente, por Emily Dickinson (1830-1886), em *Nature*: "To my quick ear the leaves conferred; / The bushes they were bells; / I could not find a privacy / From Nature's sentinels."<sup>145</sup>

Registra-se que a definição ancestral de vida privada foi elaborada pelo juiz Thomas Cooley em sua obra “The Elements of torts”<sup>146</sup>, em 1873, no sentido de que *privacy* constitui *the right to be let alone* (o direito de ser deixado só). Direito que arraiga a bifurcação: solidão e tranquilidade.

Sobre solidão e tranquilidade, dispõe, com maestria, Paulo José da Costa Jr.:

Poder-se-ia falar numa intimidade exterior e noutra interior. Aquela, como a intimidade de que o homem haveria de desfrutar, abstraindo-se da multidão que o engloba. Insulando-se em meio a ela. E alheando-se, mesmo estando em sua companhia. A intimidade anterior, que muitas vezes não implica em solidão, já que o homem pode trazer para a sua companhia os fantasmas que mais lhe apeteçam, é aquela de que o indivíduo goza materialmente, apartado de seus semelhantes.<sup>147</sup>

Baseados no postulado de Cooley, os advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandies, divulgaram na Harvard Law Review de dezembro de 1890, um ensaio intitulado *The Right to Privacy*.

<sup>144</sup> MEMORANDO. 01 de outubro de 2011. **Site de etimologia**. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/privacidade/>>. Acesso em 17/11/2015

<sup>145</sup> DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460#\\_ftn23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn23)>. Acesso em: 16 nov. 2015

<sup>146</sup> COOLEY, Thomas McIntyre. **The Elements of Torts**. Gale: Yale Law School Library, 2010.

<sup>147</sup> Costa Jr., Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 12.

Os juristas apreensivos com o turbilhão informativo do momento, tendo em vista as novas tecnologias que cercavam os Estados norte-americanos, buscaram tutelar a intimidade da vida privada e mitigar a invasão acirrada pela mídia, não autorizada, nas informações pessoais. Colocando numa “balança” comparativa, os danos causados pela invasão midiática ganharam peso em relação a uma lesão a integridade física, *verbi gratia*.

O *leading case* desse reconhecimento se deu em 1905 com envolvimento de *Pavesich v. New England Life Insurance Company*, pela Corte do Estado da Geórgia. Na motivação do julgamento, que impediu o uso público e não consentido de imagem pessoal, verificam-se os argumentos que se seguem:

[...] direito à privacidade deriva da lei natural, constituindo um direito absoluto à liberdade pessoal; [...] a privacidade pode ser objeto de renúncia ou negociação, limitada a um único ponto, ao fim e às pessoas referidas; [...] o titular de cargo público não pode impedir investigação legal acerca da sua vida privada - o que se constitui em meio de avaliação dos eleitores e apoiadores quanto a se lhe devem conferir o cargo ou o patrocínio almejado - [...] o direito à privacidade não é absoluto e encontra limites nos casos em que a publicidade é essencial ao bem-estar coletivo.<sup>148</sup>

Edson Ferreira da Silva reuniu as definições do *right to privacy* fornecidas no contexto da sua aplicação:

[...] o direito do indivíduo de ter a sua privacidade protegida contra: a) interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; b) ingerência em sua integridade física ou mental ou em sua liberdade moral e intelectual; c) ataque à sua honra e reputação; d) colocação em perspectiva falsa; e) a comunicação de fatos irrelevantes e embaraçosos relativos à intimidade; f) o uso de seu nome, identidade ou retrato; g) espionagem e espreita; h) intervenção na correspondência; i) má utilização de suas informações escritas ou orais; j) transmissão de dados recebidos em razão de segredo profissional.<sup>149</sup>

Vislumbra-se que a elasticidade de definição foi tamanha a ponto de confundi-la com integridade física e outros conceitos desvirtuados. É bem verdade que se depara, hodiernamente, com diversos sinônimos de privacidade, concedidos

<sup>148</sup> GEORGIA, Supreme Court. **Pavesich V. New England Life Insurance Co. Et Al.** 03.03.1905 Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAAahUKEwj\\_1JyGopbJAhXFx5AKHSfeDjM&url=http%3A%2F%2Ffaculty.uml.edu%2Fsgallagher%2Fpavesich\\_v.htm&usg=AFQjCNH0oHqSUVGdgKB5rILQ7HSRIFkChQ&sig2=48BDyYW05zGAvlunSNIWaA](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAAahUKEwj_1JyGopbJAhXFx5AKHSfeDjM&url=http%3A%2F%2Ffaculty.uml.edu%2Fsgallagher%2Fpavesich_v.htm&usg=AFQjCNH0oHqSUVGdgKB5rILQ7HSRIFkChQ&sig2=48BDyYW05zGAvlunSNIWaA)>.

Acesso em: 16 nov. 2015.

<sup>149</sup> SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p 35.

pela doutrina, como intimidade, segredo, vida privada, sigilo, mas estes possuem coerência com sua essência.

A fim de harmonizar a abundância conceitual ou, ainda, a indeterminabilidade de referido direito, é possível conceituar privacidade como o direito de estar só, de encontrar sossego na solidão, afastar-se do alarde e da mídia.<sup>150</sup>

Representa a esfera da vida particular alheada da presença de espectadores, ou seja, um campo de bem-estar onde vigora a autonomia comportamental.

Para José Afonso da Silva, vida privada consiste:

O conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.<sup>151</sup>

Esta vertente doutrinária abarca o direito de autorregulamentação de dados e informações pessoais a serem comandados por seus “proprietários”. Cada indivíduo é livre para determinar as condições de divulgação e acesso a suas informações.

Mais adiante, há linha doutrinária<sup>152</sup> preceituando outro viés da privacidade evidenciado pelo direito independente de tomar as decisões alusivas a vida pessoal, sem interferência governamental. Ressalta-se que tal interpretação não é unânime; grupo doutrinário contrário revela a desnecessidade desse ramo interpretativo por ser uma “hipérbole” da privacidade vez que outros preceitos já o protegem como a proporcionalidade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Observa-se que, até o momento, foi utilizada a expressão privacidade, sem diferenciar com a intimidade, também, trazida pela Lei Maior. A razão dessa escolha está na “teoria dos círculos concêntricos”, “teoria das esferas da personalidade” ou “teoria da cebola passiva”.

<sup>150</sup> Costa Jr., Paulo José. *Op., cit.*, p.12

<sup>151</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 13. ed. 1997, p. 202.

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 380.

De estirpe alemã, em 1953, Heinrich Hubmann<sup>153</sup> estratificou a vida privada em três círculos, segundo sua massa volumar, sendo a circunscrição maior simbolizada pela privacidade, a intermediária figurada pelo segredo e o núcleo representado pela intimidade. Esta corrente foi importada pela doutrina brasileira por Elimar Szaniawski<sup>154</sup> com adesão minoritária.

Pouco anos após, por volta de 1957, Heinrich Henkel<sup>155</sup>, igualmente, subdividiu a vida particular em círculos concêntricos, com dimensão proporcional a necessidade de proteção, divergindo da tripartição anterior por transladar a intimidade a casta intermediária e o segredo no âmago dimensional. Tal divisão, minado por Paulo José da Costa Junior, foi acolhida pela doutrina brasileira majoritária.

Partindo da última colocação, justifica-se o emprego da expressão “privacidade” em sentido lato no subtítulo deste capítulo. Impende, agora, esmiuçar seu interior.

A vida privada (*Privatsphäre*), de ampla circunferência, conforta as conexões interpessoais mais frágeis, em que não se averigua um conhecimento denso da vida de outrem. A publicidade é limitada, não a ponto de se confrontar com o interesse público, elemento permissor de seu acesso. Consiste na proteção mais rasa no comparativo com as demais camadas. É neste círculo que recai, por exemplo, a quebra de sigilo bancário realizada por Comissão Parlamentar de Inquérito. Outrossim, este ambiente reside condutas e fatos postos em espaço público, logo, excluídos da publicidade restrita.

A intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*), contida na privacidade, abarca informações mais reservadas acerca do indivíduo, partilhadas a um pequeno grupo de conviventes unidos por um vínculo familiar, de amizade ou profissional (pela confiança que se oficia). Nesta esfera se depara com exigências mais robustas para sua invasão, a exemplo do que ocorre com as interceptações telefônicas que exigem cumprimento

<sup>153</sup> HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JR., Paulo José da, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>154</sup> SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

<sup>155</sup> HENKEL, Heinrich. **Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion**, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages (Düsseldorf, 1957), B. II, T. D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958, p. 81 e s. apud COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 36.

da lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - regulamentadora do artigo 5º, inciso XII<sup>156</sup> da Constituição da República.

À luz da etimologia, intimidade emana de “timo” – glândula localizada na elevação do coração e que representaria o cerne ou essência do ser. Timo, portanto, sinaliza aquilo que tão-só ao indivíduo concerniria.<sup>157</sup>

Por derradeiro, o segredo (*Geheimsphäre*) é o corpo central da vida privada. Participam dessa esfera apenas poucos amigos, sequer indivíduos da intimidade do agente. Assim, a intensidade de proteger a camada em testilha é profunda. Citam-se, como exemplo, a opção religiosa, sexual e filosófica.

Pelo exposto, errôneo é confundir vida privada em sentido estrito com intimidade posto que um direito não pode invadir o outro. Nesse sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.<sup>158</sup>

Identificar essas tonalidades ganha importância quando da infringência desses direitos. Tal violação pode se dar de duas maneiras: pela invasão ilícita ou/e divulgação não autorizada da vida privada.

Isto posto, faz-se mister revelar a positivação da tutela das possíveis profanações à privacidade *lato sensu* no sistema jurídico.

Nem mesmo a primeira transcrição de referido direito é tranquila na doutrina. Conforme Fabio Konder Comparato<sup>159</sup> a primeira normatização

<sup>156</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 5º, inciso XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal. Min. Rel. Cármen Lúcia. 9 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

<sup>158</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1997.p.35.

<sup>159</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 225.

internacional da privacidade foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XII.

Mas para Edilsom Pereira de Farias<sup>160</sup>, foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, na Colômbia, no dia 2 de maio de 1948, em seu artigo 5º, que inicialmente trouxe a proteção da vida privada.

Focando-se no direito brasileiro, constata-se a partir do cânone constitucional já mencionado<sup>161</sup>, que o tópico respeitante à tutela da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, foi, tradicionalmente, outorgado à legislação infraconstitucional.

O estatuto civil e o estatuto penal, compilações clássicas do direito, repousaram, genuinamente, a reparação do ilícito civil ou penal pelo dano ocasionado em face do defloramento àqueles direitos.

O Código Penal de 1940, ainda que não refira literalmente à intimidade, mas sim à honra, previu a tipificação dos crimes violadores desse bem jurídico, em seu capítulo V, artigos 138 a 145 e, posteriormente, pelo direito civilista, como espécie de direito de personalidade.

Ademais, o mesmo corpo legal em capítulo seguinte estampou os crimes contra a liberdade individual. Seções garantidoras da inviolabilidade do domicílio (artigo 150), correspondência (artigo 151 e 152), e sobretudo, dos segredos (artigos 153 a 154-B) abrigam, direta ou indiretamente, a privacidade.

Aliás, a última seção sofreu modificação textual pela lei 12.737 de novembro de 2012<sup>162</sup> cujo motim se deu com exposição na *internet* de 36 (trinta e seis) fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann em maio de 2011.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 138.

<sup>161</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 5º, incisos: “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”. Com conseqüências no mesmo artigo: “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

<sup>162</sup> A Lei 12.737 de novembro de 2012 também alterou os artigos 266, §§ 1º e 2º - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - e 298, parágrafo único - “Falsificação de cartão de crédito- do Código Penal de 1940.

Por via implícita, o Estatuto Penal vigente ainda ampara a privacidade no título V destinado aos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos.

Na ala cível, o artigo 21 do Código Civil, embora já narrado, recebeu recente destaque na jurisprudência em face da *ADI 4815* ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) com fito de declarar parcialmente inconstitucional alusivo artigo juntamente com o artigo 20 do mesmo diploma.

O Supremo Tribunal Federal<sup>164</sup> julgou procedente a ação objetiva dando interpretação conforme à Constituição aos artigos analisados, sem redução de texto, para - em conformidade com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e expressão, de criação artística, produção científica - declarar dispensável a anuência de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo igualmente desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

O Pretório Excelso, na mesma decisão, reafirmou o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos moldes do inciso X, artigo 5º da Carta Magna, assegurando que o abuso da liberdade de expressão e violação à honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo retratado, será passível de reparação dos danos morais e materiais sofridos; correção das informações publicadas; direito de resposta; e inclusive, responsabilização penal do autor da obra.

A Ministra Relatora, esmiuçando a *ADI 4815*, realça que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada de forma sistemática a resguardar, ao máximo, múltiplos direitos fundamentais e não somente um direito solitariamente.<sup>165</sup>

Ressalta, assim, que a análise literal dos artigos civilistas discutidos - numa pretensa proteção ao direito à intangibilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa - não pode ser adotada em relação a produção de obra biográfica, por “não se conter exceção expressa a esse gênero no dispositivo

---

<sup>163</sup> COSTA, Nataly. Lei Carolina Dieckmann entra em vigor hoje. **Estadão: O Estado de São Paulo**. 02 de abril de 2013. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,lei-carolina-dieckmann-entra-em-vigor-hoje-imp-,1015792>>. Acesso em: 17 nov. 2015

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal. Min. Rel. Cármen Lúcia. 9 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>165</sup> *Idem*.

legal [...] ademais, a história não seria melhor contada pelo autor dos fatos porque seria por ele vivenciado. Memória é traiçoeira. E de perto demais a visão cega”<sup>166</sup>.

Desta visão recente da Corte Máxima brasileira, vislumbra-se que a privacidade em sentido lato vem sendo corroída pela liberdade de expressão e pensamento, leia-se, pela ascensão dos meios de comunicação em massa.

Ainda, é imperioso emergir argumentos da mesma Ministra Relatora no que tange à privacidade de pessoas públicas.

Obviamente a notoriedade custeia a privacidade. O pedágio para a fama ou o exercício de cargos públicos é a exposição da esfera particular. Entretanto, isso não permite livre acesso aos segredos e intimidade profunda da pessoa pública.<sup>167</sup>

Deve-se sopesar o interesse social, a importância à memória e à história de uma sociedade na publicação da vida privada de aludidos personagens.

É o que denota na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, nos itens 10 e 11 (texto aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000):

10. As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.
11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”.

Outrossim, cite-se a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, que situa a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com fulcro no

---

<sup>166</sup> *Ibidem.*

<sup>167</sup> *Idem.*

princípio da transparência, em harmonia com o artigo 4º do Código de Conduta da Alta Administração Pública do País.<sup>168</sup>

Contudo, não somente aqueles que convivem com a notoriedade que acarretam a convergência de olhares.

Justapondo-se com capítulo anterior, a sociedade da superinformação vivencia, na terceira onda de Toffler, a modernidade líquida – assim reputada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman – que, dentre suas características marcantes, nota-se a ânsia de falar e ser falado.

A liquidez de Bauman é conceituada no seguinte sentido:

Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas. Os fluidos se movem facilmente. Eles "fluem", "escorrem", "esvaem-se", "respingam", "transbordam", "vazam", "inundam", "borrifam", "pingam"; são "filtrados", "destilados"; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos - contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados - ficam molhados ou encharcados. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à ideia de "leveza". Há líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, são mais pesados que muitos sólidos, mas ainda assim tendemos a vê-los como mais leves, menos "pesados" que qualquer sólido. Associamos "leveza" ou "ausência de peso" à mobilidade e à inconstância: sabemos pela prática que quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos. Essas são razões para considerar "fluidez" ou "liquidez" como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, nova de muitas maneiras, na história da modernidade.<sup>169</sup>

Em entrevista com o sociólogo, a livre docente Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke<sup>170</sup> averiguou a diferenciação realizada por ele entre a pós-modernidade (hipermodernidade ou modernidade líquida, peculiar da terceira onda de Toffler) e a modernidade (modernidade sólida, característica da segunda onda de

---

<sup>168</sup> BRASIL. Exposição de motivos nº 37, de 18.8.2000 aprovado em 21.8.2000. Artigo 4º: "Além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, a autoridade pública, no prazo de dez dias contados de sua posse, enviará à Comissão de Ética Pública - CEP, criada pelo Decreto de 26 de maio de 1999, publicado no Diário Oficial da União do dia 27 subsequente, na forma por ela estabelecida, informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo".

<sup>169</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p.8.

<sup>170</sup> BURKE, Maria Lúcia Garcia Pallares. **Entrevista com Zygmunt Bauman** (Uma versão reduzida desta entrevista foi publicada na Folha de S. Paulo, caderno "Mais!", 19 de outubro de 2003) Disponível: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12427/14204>>. Acesso em: 18 nov. 2015

Toffler), afirmando que - distintamente da sociedade típica presente na “modernidade sólida”, que também desvirtuava a realidade herdada - a “sociedade líquida” não o faz com uma perspectiva de extensa duração, com a desígnio de melhoria e solidez. Ao contrário, nota-se constante mutação sem expectativa de permanência. Tudo é efêmero, superficial e insensível.

A liquidez da civilização cibernética conduzida pelo cientificismo também atingiu a privacidade. Muito se discute se ainda é possível mencionar a vivência desse direito.

A ânsia pelo exibicionismo se alastrou na sociedade da superinformação a ponto de quebrantar a clássica frase “penso, logo existo”<sup>171</sup> para “posto, logo existo”.

Bauman relata a dificuldade de delinear a vida pública da vida privada:

Em geral, seus campos semânticos não estão separados por limites que permitam o tráfego de mão dupla, mas por fronteiras demarcadas: linhas intransponíveis, de preferência fechadas com rigidez e pesadamente fortificadas de ambos os lados para impedir transgressões, isto é, que se evite passar da esfera pública para a esfera privada com muita facilidade. Parece-nos que a crise atual da privacidade está bastante ligada ao enfraquecimento, à desintegração e à decadência de todas as relações humanas. Nesse processo, é muito difícil perceber quem veio antes, se a crise atual da privacidade ou a desintegração das relações humanas.<sup>172</sup>

A crise da privacidade tem contribuição de seus próprios “donos” que a renunciam em prol do aparelho midiático. A partir de o momento em que o indivíduo posta uma informação na *internet* há um registro fixo nesse sistema. O fato de excluir essa postagem em momento posterior não o retira, por completo, dessa nuvem informacional.

Nesse sentido, o controle e o autorregulamento desses dados representa um dos maiores desafios que a sociedade líquida enfrenta e se defrontará.

Nada obstante, verifica-se a aplicação da revolução silenciosa intitulada de “Internet das Coisas” (*IoT – Internet of Things*)<sup>173</sup> que promove a fusão entre o mundo físico e o virtual por meio da interconexão dos itens usados

<sup>171</sup> No original: “Cogito, ergo sum” do filósofo e matemático francês René Descartes.

<sup>172</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>173</sup> BATISTA, Emerson de Oliveira. **E-News: Fórum Brasileiro de IoT**. Agosto/ 2014 – Vol. 1, Ed. 1. Disponível em: <[http://www.iotbrasil.com.br/new/wp-content/uploads/2014/01/E-NewsIoTBrasil\\_082014.pdf](http://www.iotbrasil.com.br/new/wp-content/uploads/2014/01/E-NewsIoTBrasil_082014.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2015.

constantemente e armazenados na rede mundial de computadores visando otimizar o tempo do ser humano.

O “IoT” tem acesso as preferências do indivíduo por meio de seus dados guiando sua rotina ao revelar qual supermercado melhor atenderá seus anseios, por exemplo. É como se o próprio ser pudesse economizar seu pensamento e tempo pela comodidade cibernética trazida.

Por conseguinte, abre-se espaço de serem apuradas, pelo monitoramento online, predileções musicais, artísticas, musicais, viagens, hábitos, viagens, operações financeiras, crenças, orientação sexual, assim por diante.

É a consagração daquilo que Pérez Luño considera como “síndrome do aquário”<sup>174</sup>, no qual os “cibercidadãos” habitam em domicílio translúcido, que pode ser, a todo momento, espiado e acompanhado.

O Direito, diante dessas inovações, não pode manter-se inerte. É bem verdade que o indivíduo se coloca em situações propícias a danos futuros, entretanto a expropriação da privacidade alheia pelos meios de comunicação em massa como profissionais da indiscrição imotivada deve ser barrada por esta ciência.

Interessante comparação realizada por Gilson Schwartz, doutor em economia e diretor acadêmico da Cidade do Conhecimento do Instituto de Estudos Avançados da USP, ao conceituar o *Facebook* como “fábrica da intimidade”:

Essa nova rede lida com “big data”, não apenas por conta da adesão e intensificação galopantes da digitalização da vida social, mas também e cada vez mais em função das informações que são produzidas pelos próprios objetos e máquinas, as imagens desses objetos e as relações entre códigos, máquinas e objetos. [...] Todos os dados que os usuários das redes sociais postam nelas são vendidos às empresas interessadas em se relacionar com elas, através de anúncios publicitários. No ano passado, 85% do faturamento do Facebook foi obtido dessa forma. Tudo que as pessoas postam, comentam, curtem, jogam, cutucam, é transformado em relatórios, enviados às empresas, que refinam a publicidade, direcionada para cada usuário específico da rede. [...] A mercadoria que o Facebook vende é infinita, ou seja, o negócio dele vai crescer cada vez mais porque supostamente o que ele está comercializando, a privacidade de cada cliente dele no Facebook, é praticamente um monopólio criado, feito um Leviatã, a partir da servidão voluntária dos olhares, cliques e mensagens trocadas dentro da ‘fábrica de intimidade’ que é o Facebook.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez ¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com? Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p.96.

<sup>175</sup> GARCIA, Gabriel; CORRALES, Pedro. Redes sociais alteram o conceito de privacidade e faturam com negociações. **ESPM**. Disponível em: <<http://jornalismosp.espm.br/plural/redes-sociais-alteram-o-conceito-de-privacidade-e-faturam-com-negociacoes>>. Acesso: 18 nov.2015

Como as redes sociais transformaram o conceito de privacidade, ou melhor, modificaram a visão que se tinha da proteção a tal direito, é mister meditar sobre a possibilidade de ser esquecido, assim como, controlar os dados utilizados pela *mass media* numa tentativa de resgate à vida privada.

## 5.2 O Esquecimento

O bojo deste trabalho depende da abordagem minuciosa do esquecimento e suas ramificações, que se passa a expor.

### 5.2.1 Conceito e natureza jurídica

A memória humana possui diversos meios biológicos e cognitivos elementares de um sistema autopoietico e adaptativo. O esquecimento, assim, surge num mecanismo indispensável à sustentação da memória. É justamente porque se olvida, que o ser humano continua a reter informações.

Errôneo julgar, em regra, o esquecimento como sinônimo de moléstia. Ao reverso, esquecimento é imperioso para o bom funcionamento cerebral.

Brilhantemente, o corpo humano confere funções exatas e imprescindíveis a cada partícula que o compõe. Nesse sentido, o esquecimento retira informações, por vezes inúteis - inclusive traumáticas -, camufla energias ora dispensáveis para permitir o ajustamento que o ser humano está momentaneamente carecendo.

Por isso, é possível assegurar: o esquecimento representa uma necessidade humana, ao passo que a memória concebe uma faculdade humana.

A memória vem, portanto, para refrescar dados omitidos pelo esquecimento. Memória esta que se instiga com o exercício constante de recordação. Daí surge a inevitabilidade de se manter registros informacionais. Sem o arquivamento, o esquecimento ganha espaço sob o risco de se perder uma lembrança histórica.

Ingo Wolfgang Sarlet autentica:

[...] é preciso sublinhar que, no contexto social, verifica-se uma tendência natural de que ao longo do tempo, muitas vezes um tempo nem tão longo,

os fatos veiculados pelos diversos meios de informação, sejam esquecidos. É por isso que um ditado antigo afirma que não existe nada mais antigo que o jornal de ontem, conforme nos lembra Marion Albers, professora catedrática de Hamburgo, em palestra promovida na PUC-RS, sublinhando que, apesar de muitas vezes amplamente difundidas em diversos meios, as informações acabam ficando restritas a certos bancos de dados, mais ou menos acessíveis, como jornais, revistas, livros, bem como depositários de informações em geral. Por isso, ainda de acordo com Marion Albers, fala-se numa espécie de esquecimento social, de modo que em termos gerais a maior parte das informações, mesmo que divulgadas, acabam não tendo mais divulgação, ou pelo menos, não alcançam a mesma divulgação. Esse esquecimento social, por sua vez, difere do esquecimento individual, pois não se espera que a vítima de certos fatos, ou familiares, não recordem mais do ocorrido, mas sim, que os fatos não tenham mais repercussão social.<sup>176</sup>

Etimologicamente, o verbo esquecer oriunda latim clássico *excadere*, para latim vulgar *excadescere*, seguido de *escaecer* e por fim *esqueecer*, antes de fixar-se na forma atual. *Excadescere* desmembra-se em *ex*, “para fora”, mais *cadere*, “cair” - significando “deixar sair da memória”; “perder a memória de”; “tirar da lembrança”; “olvidar”.<sup>177</sup>

Consequentemente, conceitua-se direito ao esquecimento como o direito de retirar informações pessoais hospedadas em sistema de registro – digital ou não - visando sua não divulgação, leia-se, para que um dado se torne inacessível à memória da sociedade.

Ou ainda, conforme Ministro Relator Luis Felipe Salomão<sup>178</sup>, “o direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens”.

Para a Corte Europeia o direito a ser esquecido versa:

O direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento

<sup>176</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso: 19/11/2015

<sup>177</sup> Dicionário de Português Online. **Michaelis**. 1998-2009 Editora Melhoramentos Ltda. 2009. UOL Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=esquecer>>. Acesso: 19 nov. 2015. E: Assunto da Edição, **Site de etimologia**. 22 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/esquecer/>>. Acesso: 19 nov. 2015.

<sup>178</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013. Informativo 527. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado.<sup>179</sup>

Com natureza jurídica de direito da personalidade, eis que envolve a privacidade *lato senso*, o direito em testilha tem sua raiz fincada na dignidade da pessoa humana, como pautado no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) - que será posteriormente ventilado.

A categorização alhures alegada é corroborada por François Ost:

[...] o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetos da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.<sup>180</sup>

O fato de “não ser lembrado” ou “ser esquecido” concebe um dos tentáculos da dignidade humana, vez que certas memórias podem trazer consternação e sofrimento exacerbado, sem fundamentação plausível para sua permanência.

Diante dessas amarguras, o esquecimento, engenho presente e genuíno na atividade cerebral, empreende bloqueios para não as ressuscitar. Ocorre que, na sociedade líquida da superinformação, armazéns de dados são lançados constantemente nos arredores deste indivíduo impedindo-o de regenerar seu presente.

Mas não só das angústias nasce a teoria jurídica ao esquecimento. Uma análise cautelosa deve ser realizada para seu surgimento.

Compilando, o direito ao esquecimento emerge diante de certos aspectos: amplo acesso àquele dado, prejuízo ao indivíduo, ausência de dano a história de um povo, falta de interesse público, liberdade de expressão e manifestação pautada na curiosidade pública.

<sup>179</sup> EUROPA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. COM (2010) 609, final. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/health/data\\_collection/docs/com\\_2010\\_0609\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf)>. Acesso: 19/11/2015.

<sup>180</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 160-161.

Embora o alvoroço ao direito *sub examine* seja contemporâneo, remota é sua origem.

### 5.2.2 Origem – direito comparado

Sem o olhar hodierno acerca da teoria, noticia-se como primeiro enfrentamento judicial dessa problematização o caso *Melvin vs. Reid* julgado pela Tribunal Norte Americano do Estado da Califórnia em 1931.<sup>181</sup>

O caso envolveu Gabrielle Darley, ex-prostituta, acusada de homicídio cuja inocência foi posteriormente declarada. Após esses fatos, Gabrielle decidiu encobrir o passado constituindo nova família com o litigante Bernard Melvin. No entanto, decorridos vários anos, Doroty Devanport Reid se pôs a reproduzir um filme – *Red Kimono* – cuja personagem principal representava Gabrielle, inclusive com o mesmo nome, trazendo à tona o passado da ex-prostituta e sua submissão a um julgamento de crime contra a vida.

O marido de Gabrielle ingressou na instância judicial buscando reparação dos danos sofridos pela invasão à privacidade de sua família. A Corte Californiana, pautada na felicidade, direito a inviolabilidade moral de exposição desnecessária da vida alheia, mormente, apresentando crimes com suspeitos declarados inocentes, julgou procedente o pedido de Melvin.

Não obstante, referido precedente foi suplantado pelo desenrolar jurisprudencial sobre o tema “liberdade de expressão” no direito norte-americano. Anita A. Allen ratifica:

As interpretações atuais da responsabilidade civil não favorecem a proteção, com base em ações de indenização por violação à privacidade, a pessoas cujo passado público foi ressuscitado pela mídia para discussão e debate públicos. A Primeira Emenda e a common law determinam ampla liberdade para falar a verdade, publicar notícias acuradas e liberdade artística.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> BENNET, Steven. The “Right to Be Forgotten”: Reconciling EU and US Perspectives. In *Berkeley Journal of International Law, USA*: V. 30, p. 161-194, 2012. **Melvin vs. Reid**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCsQFjACahUKEwj7u76QgZ3JAhUCp5AKHZKBD80&url=http%3A%2F%2Fscholarship.law.berkeley.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1429%26context%3Dbjil&usg=AFQjCNHzeqDI7AbxOUAhdQoemDklGAYNw&sig2=jp5uElm9lqHhd0yvlmfcyA>>. Acesso em 19 nov. 2015

<sup>182</sup> **Dredging up the Past: Lifelogging, Memory and Surveillance**. *The University of Chicago Law Review*, n. 75, 2008, p. 59. Igualmente, Steven C. Benett. **The Right to be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives**. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 30: 1, 2012, pp. 170-171.

Assim se constata no caso *Wilan v. Columbia County*<sup>183</sup>, julgado em 2002, cujo teor apresenta: “o caso Melvin, paternalista na sua dúvida sobre a capacidade do povo de atribuir o peso próprio e não excessivo a história criminal de uma pessoa, está morto”.

Confirma-se a tendência acima colacionada no caso *Sidis vs. F-R Publishing Corporation*<sup>184</sup> julgado pelo Judiciário norte-americano, em 1940. O fato versou sobre um jovem com inteligência extraordinária graduado em Harvard aos 16 anos, porém, ao sair da adolescência alcançando idade mais avançada não progrediu profissionalmente, vivendo de forma oculta e discreta. Referida opção de vida foi publicada pela mídia acarretando, portanto, a vinda desse indivíduo à Corte norte-americana. Na decisão prevaleceu a liberdade de expressão já que se verificou interesse público pelo passado formidável que vivenciou o jovem superdotado.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem, por outro lado, o caso mais emblemático do direito ao esquecimento, levando doutrinadores, inclusive, a citá-lo como precursor da teoria em exame.

Trata-se do famigerado caso *Lebach*<sup>185</sup> que compreende o assassinato de quatro soldados alemães na cidade de Lebach, na Alemanha, em 1969.

Com o encerramento processual, três réus foram condenados - dois com pena de prisão perpétua e o outro com pena de seis anos de reclusão.

Após o cumprimento integral da pena, mas antes de ser efetivamente liberto, esse terceiro sentenciado teve conhecimento do *teaser* do programa televisão alemã ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) que transmitiria e reproduziria o homicídio cometido com exposição dos condenados mediante fotos e, ainda, a opção sexual homoafetiva destes.

Por conseguinte, referido autor do crime ingressou com ação inibitória a fim de impedir a transmissão do documentário.

O Tribunal da Mogúncia negou o pedido do autor da ação fundado na historicidade enredada. Utilizando-se do duplo grau de jurisdição, recorreu ao Tribunal de Koblenz que conservou a decisão de primeiro grau. Neste grau, foram

---

<sup>183</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 280 F.3d 1163 (7th Circuit, 2002). **Wilan v. Columbia County**. Disponível em: <<https://casetext.com/case/wilan-v-columbia-county>>. Acesso 19 nov. 2015

<sup>184</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 113 F. 2d 806 (2nd. Circuit, 1940). **Sidis vs. F-R Publishing Corporation**. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sidis-v-fr-pub-corporation>>. Acesso 19 nov. 2015

<sup>185</sup> ALEMANHA. BVerfGE 35, 202. **Lebach**. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#>>. Acesso: 19 nov. 2015

citados os § 22 e 23 da Lei relativa aos Direitos Autorais sobre Belas Artes e Fotografias (KWG), que ordenam a anuência da pessoa quando se fosse exibir sua imagem, salvo exceções, como o envolvimento histórico do fato que deve sobrepujar a proteção à privacidade em sentido lato.

O Tribunal Constitucional Federal, contrariamente às instâncias inferiores, julgou o pedido de forma procedente. O acórdão do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) determinou que os *mass media*, exercendo seu intento comunicativo, possuem seleção sobre o conteúdo; a forma e o tipo de programa a ser exibido. Logo, diante de um confronto entre liberdade de expressão e outros bens a serem tutelados, utilizar-se-á da ponderação para sua resolução. No caso em testilha, a tutela da personalidade prevaleceu sobre a veiculação ilimitada da imprensa a respeito da pessoa do criminoso e sua vida privada.

Cumprir revelar, ademais, um novo olhar ao esquecimento, em 1999, pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lebach II*<sup>186</sup>, concernente à produção – em 1996 - de uma série (*Verbrechen, die Geschichte machten*) em outro canal televisivo (SAT 1) acerca do mesmo delito componente do *caso Lebach I*. Os resultados desse julgamento se contrapõem ao antecessor.

O fator variável em relação ao programa da ZDF em 1970, já observada, se deu na mudança de nomes de alguns envolvidos e na ausência de veiculação de suas imagens. Afora isso, a série narrou passagens sobre o ex-chefe de Polícia de Munique.

Merece destaque algumas lições extraídas desse julgamento. Cita-se a ênfase no direito à privacidade que se eleva quando distorções e desconfiguração da sua imagem na sociedade estão envolvidos, impedindo o incremento sadio da personalidade pelo risco de etiquetamento social.

Outra faceta de afronta a esse direito fundamental ocorre ante a ameaça efetiva à reintegração dos condenados à sociedade que tenham cumprido a pena imposta.

---

<sup>186</sup> ALEMANHA. BvR 348/98, BVR 755/98. **Lebach II**. Acórdão disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125\\_1bvr034898.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125_1bvr034898.html)>. Acesso: 19 nov. 15.

A Corte germânica, ainda, compara a situação em comento com o caso *Lebach I*. Revela que naquele caso verificou-se lesão suficiente a assinalar, permanentemente, o criminoso a essa qualidade delincente.

O acórdão, outrossim, salienta - com realce peculiar - que o mero cumprimento da pena imposta não traduz na obtenção automática do “direito a ser deixado em paz” (ou, mais apropriado, “direito a ser deixado só”).

O direito alemão registra outra apreciação relevante para o estudo jurisprudencial, foi o caso *Seidlmayr*.<sup>187</sup> Walter Seidlmayr, afamado artista, foi vítima de homicídio por dois irmãos em 1990. Um deles, com liberdade prisional em 2008, ingressou no Poder Judiciário local propendendo a remoção, na *internet*, de informações que descreviam o crime cometido. Na competência Suprema Corte alemã (*Bundesgerichtshof*), declarou-se improcedente o pedido do condenado, após ponderação das circunstâncias envolvidas - como o lapso temporal, veracidade da notícia e o reflexo pessoal na conservação dos arquivos - sob pena de induzir ao “apagamento da História”, o que embaraçaria a mídia de desempenhar a liberdade comunicativa e informacional à população.

Não tão conhecido, mas igualmente importante, é o *Caso Irniger*<sup>188</sup> que retrata o impedimento da propagação de um documentário, em 1983, acerca de Paul Irniger, penúltimo criminoso condenado à pena de morte datada em 25 de agosto de 1939 na Confederação Helvética. A retenção midiática foi embasada em danos à privacidade dos parentes de Paul.

O sistema francês, bem como, apresenta histórico jurisprudencial relevante na compreensão da origem do direito ao esquecimento. Aliás, a expressão “direito ao esquecimento”<sup>189</sup> foi elaborada por Gerard Lyon-Caen, um dos mais prestigiados professores de direito francês, ao analisar o julgamento do caso *Landru*<sup>190</sup> em 1965.

<sup>187</sup> ALEMANHA. BGH, VI ZR 227/08. **Seidlmayr**. Disponível: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=VI%20ZR%20227/08>> Acesso: 19 nov. 2015

<sup>188</sup> SUIÇA. BGE 109 II 353. **Irniger**. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso: 19 nov. 2015

<sup>189</sup> No francês: droit a l'oubli

<sup>190</sup> FRANÇA. TGI Seine, **Landru**. 14/10/1965. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F3i\\_fitDHQUJ:www.institutotrianon.com.br/arquivos/O%2520Caso%2520Landru,%2520uma%2520s%2520Amula.doc+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F3i_fitDHQUJ:www.institutotrianon.com.br/arquivos/O%2520Caso%2520Landru,%2520uma%2520s%2520Amula.doc+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso: 20 nov. 2015

Citado caso, também, envolvia um filme baseado na vida de Henri-Désiré Landru, condenado aos cinquenta anos de idade, pelo homicídio de dez mulheres e um jovem seguido da ocultação dos cadáveres (mediante carbonização). A ação visando impedir sua veiculação foi julgada improcedente, porquanto as informações judiciais que modelaram o filme eram públicas e não se constatou prejuízo em sua propagação.

Em termos exatos, a concessão do direito ao esquecimento adentrou nos teores Judiciais, da França, em 1983, em decisão prolatada pelo Tribunal parisiense no caso *Madame M. v. Filipachi et Congedipress*<sup>191</sup>, a respeito da permissão de matéria jornalística acerca um delito que sucedera quinze anos antes.

Apesar disso, a Corte de Cassação Francesa, em oportunidade vindoura (caso *Mme Monanges v. Kern*)<sup>192</sup>, rechaçou o direito ao esquecimento ante ao interesse público de informações lícitamente reveladas. A lide residiu na publicação de um livro que narra atitudes negativas do autor da ação na época nazista (1940-1945). Nos termos do acórdão:

Considerando(...) que os fatos atinentes à vida privada de Mme X, foram expostos, ao seu tempo, ao conhecimento do público em razão dos debates judiciais divulgados pela imprensa local; que eles foram lícitamente revelados e assim, escapam da sua vida privada, Mme X não pode invocar um direito ao esquecimento para impedir que eles sejam, de novo, revelados.

Da Itália, se extrai passagem jurisprudencial da Corte de Cassação no caso atinente a um político preso, em abril de 1993, mas que foi posteriormente inocentado. Anos depois, este indivíduo constatou notícias na *internet* (notadamente no site do jornal *Corriere della Sera*) abordando sob sua prisão sem menção acerca da absolvição.

A Corte, determinando que o proprietário do site retirasse a notícia com fulcro no direito ao esquecimento, revelou:

<sup>191</sup> FRANÇA. TGI Paris, **Madame M. v. Filipachi et Congedipress**, 20/04/1983. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j-CoUQMLFBYJ:libertescherries.blogspot.com/2013/11/le-droit-loubli-de-florence-rey.html+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 nov. 2015

<sup>192</sup> FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre civile 1, n. 89-12580, **Mme Monanges v. Kern**. 20/11/1990. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wr8LfWSbiUYJ:www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/40-1992/013\\_PS\\_SJG\\_SJG9240CM00013.htm+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br#.Vk9SeXarTcc](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wr8LfWSbiUYJ:www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/40-1992/013_PS_SJG_SJG9240CM00013.htm+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br#.Vk9SeXarTcc)>. Acesso em: 20 nov. 2015

O direito à informação, que também é garantido pela Constituição, é um limite para o direito à privacidade, mas a pessoa a quem os dados são relevantes é correspondentemente dado o direito de ser esquecido (*ex multis* Cass. Civ. N. 3679/1998) ou seja, o direito de não ser divulgado ainda notícia de que, para a passagem do tempo são encontrados ter sido esquecida ou desconhecida para a maioria dos associados. Neste caso, a verdadeira história também assume importância como fato histórico, que este elemento pode justificar a permanência da notícia por meio de sua preservação nos arquivos históricos. Em ambos os casos, no entanto, os dados pessoais das pessoas envolvidas devem ser processados legalmente e de forma justa.<sup>193</sup>

A Bélgica enfrentou o esquecimento no acórdão veiculado em 20 de setembro de 2001 pelo Tribunal Civil de Bruxelas.<sup>194</sup> A decisão negou propagação de um filme no canal de televisão RTL-TVI que reconstruía a história de tentativa falha de fuga de um preso em 1984.

O autor da ação requereu danos morais e tutela inibitória de transmissão do filme. O Tribunal afirmou que um prisioneiro tem direitos relacionados a sua imagem e privacidade, portanto, o direito ao esquecimento.

Enfatizou, ainda, que o indivíduo em decorrência de envolvimento em processo judicial pode integrar-se à vida pública, dispensando, nesse caso, anuência para transmissão de sua imagem. Porém, passados vários anos de sua prisão é direito do condenado ter sua imagem negativa retirada dos meios de comunicação com intuito de reintegra-se socialmente.

As transcritas jurisprudências supracotejadas não auferiram o alarde que recebeu a decisão da *Court of Justice of the European Union* (Tribunal de Justiça da União Europeia) datada em 13 de maio de 2014, fazendo jus, assim, a tópico oportuno.

### 5.2.3 Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia

A decisão da Corte de Justiça da União Europeia foi encorpada pelos noticiários em face do impacto ocasionado em provedores de busca da *internet*,

<sup>193</sup> BÉLGICA. Corte di Cassazione, Sezione III Civile, Presidente Spirito, Relatore Scarano, 05.04.2012. Disponível em: <<https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=it&u=http://www.personaedanno.it/riservatezza-privacy/tutela-dati-personali-obbligo-di-aggiornare-le-notizie-sul-web-cass-5525-2012-pisana-ruol-ruzzini&prev=search>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>194</sup> LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao Esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 199, p. 276, jul./set. 2013

dependendo, assim sendo, de análise detalhada a fim de impedir compreensões errôneas.

Trata-se do caso C-131/12<sup>195</sup> (*Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos*).

Mario Costeja González, advogado espanhol, era proprietário de um terreno submetido à leilão para pagamento compulsório de dívidas referentes à seguridade social do país. Assim publicou, em 1998, o jornal *La Vanguardia*.

O Google permitia esse acesso mediante inserção do nome do advogado no *link* de busca. Ocorre que, a dívida já estava quitada, sendo desnecessária a venda judicial. Anos após – 2009 – González requereu, extrajudicialmente, ao jornal a retirada da informação em comento. Negado foi seu pedido com argumento de que o jornal apenas cumpria determinação do Ministério do Trabalho e Seguridade Social.

Passados dois anos, González requereu, extrajudicialmente, ao Google espanhol o mesmo pedido. Referida solicitação foi transferida para a Googleplex (sede do Google na Califórnia), onde também foi rejeitada.

No mesmo ano, o espanhol ingressou com uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a *La Vanguardia Ediciones SL*, editora do jornal respectivo, Google da Espanha e Google Inc.

A reclamação pleiteava a retirada de seus dados da *Internet* para impossibilitar o acesso a terceiros do conteúdo até então exposto, ou seja, convocou seu esquecimento.

Em julho de 2010, em relação ao jornal, a Agência recusou o pleito do reclamante pautado no interesse público em conferir publicidade ao leilão de imóveis. Julgou, portanto, com os mesmos argumentos fornecidos pelo *La Vanguardia* no ano de 2009, acima transcritos.

Por outro lado, no que se refere ao Google, a AEPD determinou ser legítimo o pedido do autor, porquanto os motores de busca acompanham a legislação de proteção de dados pessoais, logo, é crível a remoção dos dados e a imposição de limites quanto à publicação de determinadas informações no momento

---

<sup>195</sup> EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

em que há detrimento ao direito fundamental de privacidade e dignidade da pessoa humana.

Obviamente, Google Spain e Google Inc. recorreram à Audiência Nacional, instância intermediária ao Supremo Tribunal espanhol com competência nacional.

A Audiência Nacional, averiguando o caso e verificando que a questão envolvia hermenêutica da Diretiva Europeia 95/46 de 1995<sup>196</sup> - acerca do tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados-, entendeu ser imprescindível a remessa do caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Especificadamente, o julgamento abarcou os artigos 2º, alíneas *b* e *d*; 4º, inciso I, alíneas *a* e *c*; 12, alínea *b*, e 14, parágrafo primeiro, alínea *a*, todos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, assim como o artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No dia 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça julgou o esperado conflito que se passa a esmiuçar.

Em proêmio, deparou-se com a natureza jurídica dos buscadores digitais. Decidiu o Tribunal, contrariamente à tese do Google, que os mecanismos de busca se enquadram no conceito “tratamento de dados”, da Diretiva mencionada (artigo 3.º, n.º 1), formatando as informações por eles disponibilizadas. Tratamento de dados pessoais representa:

[...] qualquer operação [...] tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição» efetuada sobre dados pessoais. O termo «tratamento» também inclui os atos através dos quais a responsabilidade pelos dados é transferida de um responsável pelo tratamento para outro responsável pelo tratamento.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> EUROPA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>197</sup> EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conselho da Europa, 2014. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_POR.pdf)>. p. 49; Acesso em: 23 nov. 2015.

Destarte, os motores de busca são responsáveis pela sistematização e difusão dos dados, notadamente, pessoais. Conforme o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia:

[...] não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares identificadas ou identificáveis e, portanto, ‘dados pessoais’ na acepção do artigo 2.º, alínea a), da referida diretiva [...] ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca ‘recolhe’ esses dados, que ‘recupera’, ‘registra’ e ‘organiza’ posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, ‘conserva’ nos seus servidores e, se for caso disso, ‘comunica’ e ‘coloca à disposição’ dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas. [...] De acordo com o artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46, a ação do Google é uma forma de tratamento de dados, independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais. [...] é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, conseqüentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento por força do referido artigo 2.º, alínea d).<sup>198</sup>

Importante frisar, para o Tribunal de Justiça, em testilha, é atribuição do provedor de busca a análise sobre a permanência, a colocação e a retirada dos dados disponíveis.

A pilastra justificativa consiste na capacidade de organização e cooptação das informações registradas na *internet* que possui os buscadores eletrônicos com o propósito de efetivar seu acesso. Por consequência, têm o poder de conduzir as informações aos seus interessados permitindo a elaboração de perfis dos indivíduos que ali estão registrados.

Nesse sentido, os motores de busca são os administradores da privacidade informacional, por isso, protetores dos dados pessoais. De tal modo que:

O operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efeito e possa

<sup>198</sup> EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015

efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada<sup>199</sup>.

Contrariamente, o advogado-geral Niilo Jääskinen, do Tribunal de Justiça da União Europeia, revelou que os princípios asseverados pela Diretiva 95/46/CE não envolvem o direito ao esquecimento no contorno almejado pela AEPD. Refutando a pretensão de González, mencionou que o direito à informação compreende necessariamente:

[...] o direito de pesquisar informação relativa a outras pessoas singulares [...] Na sociedade da informação contemporânea, o direito de pesquisar informação publicada na internet por meio de motores de pesquisa é uma das formas mais importantes de exercer esse direito fundamental.<sup>200</sup>

Concluiu, bem como, a respeito da responsabilização dos motores de pesquisa:

[...] o prestador do serviço de motor de pesquisa na Internet não pode ser considerado «responsável pelo tratamento» desses dados pessoais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 95/46, com exceção dos conteúdos do índice do seu motor de pesquisa, desde que esse prestador não proceda à indexação e ao arquivo de dados pessoais segundo as instruções ou pedidos do editor da página web. Os direitos ao apagamento e ao bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, alínea a), da Diretiva 95/46/CE não conferem à pessoa em causa o direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informações referente à sua pessoa, legalmente publicada em páginas web de terceiros, alegando não desejar que tais informações sejam conhecidas pelos utilizadores da Internet por considerar que as mesmas lhe podem ser prejudiciais ou pretender ser esquecida.<sup>201</sup>

Ainda assim, sua tese não foi acatada pelo Tribunal de Justiça.

No que tange à competência territorial, ou melhor, à submissão do Google às leis europeias, notou-se separação de serviços entre a sede – com responsabilidade de tratamento de dados – e a filial – publicitária dos dados – conforme aduz a defesa do provedor:

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> EUROPA. Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013. Processo C-131/12. **Google Spain SL Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015

<sup>201</sup> *Idem*.

O tratamento de dados pessoais em causa no processo principal é efetuado exclusivamente pela Google Inc., que explora o Google Search sem intervenção alguma da Google Spain, cuja atividade se limita a fornecer apoio à atividade publicitária do grupo Google que é distinta do seu serviço de motor de busca.<sup>202</sup>

A tese, contudo, foi refutada pelo Tribunal de Justiça vez que a Diretiva 95/46 tem por desígnio certificar um amparo integral e eficiente da vida privada, mormente, no que concerne aos dados pessoais, rechaçando interpretação restritiva.

De sorte que, não há que se desagregar a responsabilidade entre empresa sede e a empresa filial, conquanto apresente divisão de tarefas, pois “as atividades relativas aos espaços publicitários constituem o meio para tornar o motor de busca em causa economicamente rentável e que esse motor é, ao mesmo tempo, o meio que permite realizar essas atividades”.<sup>203</sup>

Ingredindo ao cerne do acórdão reconheceu-se o denominado *right to erasure* ou direito de apagar dados pessoais:

O operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa as ligações a outras páginas web, publicadas por terceiros e que contêm informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.<sup>204</sup>

Perfilhou-se o direito de apagar dados pessoais ou direito de oposição com fulcro no artigo 14<sup>205</sup> da Diretiva *sub examine*. Direito de oposição é

<sup>202</sup> EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>203</sup> *Idem*.

<sup>204</sup> *Idem*.

<sup>205</sup> EUROPA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro de 1995. “Artigo 14: Direito de oposição da pessoa em causa Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados; b) Se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de mala direta; ou ser informada antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de mala direta ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem

movimentado com o requerimento do interessado de supressão ou alteração de dados ao responsável pelo tratamento de dados. Caso este não encadeie os atos nos moldes pleiteados, o interessado poderá atuar extrajudicialmente (na Espanha, a agência de proteção de dados) ou judicialmente.

As autoridades administrativas, nos ditames do artigo 28 da Diretiva em comento, poderão concretizar “o bloqueio, o apagamento ou a destruição de dados, ou proibir temporária ou definitivamente esse tratamento”.

Por não ser absoluto, o acórdão europeu correlaciona o direito à autodeterminação dos dados com os artigos 7<sup>o</sup><sup>206</sup> e 8<sup>o</sup><sup>207</sup> da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

Regra geral, os direitos da pessoa em causa protegidos por esses artigos prevalecem também sobre o referido interesse dos internautas, este equilíbrio pode, todavia, depender, em determinados casos particulares, da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública.<sup>208</sup>

Para o Tribunal Europeu os ditames da concessão do *right to erasure* devem se orientar pela natureza da informação, o reflexo na vida privada do indivíduo, o interesse público na publicação e o *status* público do indivíduo na sociedade.

Especificadamente quanto ao último ponto, seria plausível a manutenção do perfil na lista de resultados do buscador daquele que desempenha

despesas, a tais comunicações ou utilizações. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as pessoas em causa tenham conhecimento do direito referido no primeiro parágrafo da alínea b) ”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>206</sup> EUROPA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). Artigo 7º: “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>207</sup> EUROPA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). Artigo 8º: “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”. 2. “Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação”. 3. “O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>208</sup> EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015

papel ativo na vida pública “pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão”.<sup>209</sup>

De tal sorte, resta patente o direito ao esquecimento quando a proteção dos dados e a privacidade (consuntiva do direito a ser esquecido) se sobrepõe aos interesses legítimos dos buscadores eletrônicos e ao interesse comum da liberdade de informação.

O acórdão traz quatro adjetivos que devem ser apreciados pelos próprios buscadores – responsáveis pela retirada de conteúdo – na análise dessa ponderação: dados inexatos, inadequados, impertinentes, excessivos.<sup>210</sup> Soma-se ao exame, a compatibilidade dos dados com a atualidade e o lapso temporal da permanência da informação, salvo para intento histórico, estatístico ou científico.

Constatou-se a existência de “vida útil” de uma informação, leia-se, “mesmo um tratamento inicialmente lícito de dados exatos se pode tornar, com o tempo, incompatível com esta diretiva, quando esses dados já não sejam necessários atendendo às finalidades para que foram recolhidos ou tratados”.<sup>211</sup>

É o que se verificou no *leading case* em apreciação, já que o leilão realizado há dezesseis anos não mais teria utilidade na sua veiculação.

Em esforço inicial ao cumprimento da decisão europeia, a tecnológica Google disponibilizou no dia 30 de maio de 2014, no site de apoio, um espaço específico para o exercício do direito ao esquecimento digital pelos interessados em serem “deslistados” do buscador, mediante inserção dos dados pessoais, documento original com fotografia, site em que deseja ser esquecido, dentre outros campos.<sup>212</sup>

A página do formulário esclarece que o Google tentará “equilibrar os direitos de privacidade do indivíduo com o direito do público de conhecer e distribuir informações”<sup>213</sup>. Afora isso, elucida que a concessão não será automática, dependendo de averiguação referente a atualidade das informações, outrossim, verificação da existência de interesse público “por exemplo, informações acerca de

---

<sup>209</sup> *Ibidem.*

<sup>210</sup> *Idem.*

<sup>211</sup> *Idem.*

<sup>212</sup> Site disponibilizando formulário para o exercício do direito ao esquecimento digital disponível em: <[https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch&hl=pt](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt)>. Acesso em: 24 nov. 2015

<sup>213</sup> *Ibidem.*

fraudes financeiras, negligência profissional, condenações penais ou conduta pública dos funcionários do governo”.<sup>214</sup>

O *Wall Street Journal* reportou no dia 24 de julho de 2014, ou seja, aproximadamente dois meses após o acórdão europeu, que o Google recebeu cerca de 91 mil pedidos de “esquecimento digital” para remoção de 328 mil *links*, dos quais 100 mil foram já cumpridos.<sup>215</sup>

Quanto ao Brasil, segundo aponta a Folha de São Paulo no dia 19 de maio de 2014, os pedidos de remoção à filial nacional no primeiro semestre de 2013, totalizaram 1.635 solicitações, sendo que 48% foram retiradas e 44% das informações “deslistadas” motivam-se em casos de difamação.<sup>216</sup>

Conferindo eficácia expansiva de tal decisão, a Comissão Nacional de Informática e Liberdade (CNIL) no dia 12 de junho de 2015, responsável pela proteção de dados dos cidadãos na França, advertiu impor sanções contra a empresa Google caso não ampliasse o direito ao esquecimento as demais extensões, e não exclusivamente nas versões europeias.

A ordem da Comissão francesa de “deslistar” (*right to deslisting*) informações pessoais no buscador, em nível global, foi comentada no blog da empresa Google por Peter Fleischer, advogado da Google especializado em privacidade.

O *post* traz um alerta de grande relevância na determinação da CNIL: a globalização do direito ao esquecimento para os demais países não deve ser implantada de forma imperiosa porquanto não são todos os países que aceitam e defendem o direito ao esquecimento. Em suas palavras:

Acreditamos que um país não tem autoridade para controlar o conteúdo que uma pessoa em outro país poderá acessar. A ordem é desproporcional e desnecessária porque a maioria dos usuários de internet franceses, por

<sup>214</sup> *Idem.*

<sup>215</sup> SCHECHNER, SAM. Google Backs Majority of 'Forgotten' Requests. **The Wall Street Journal**. 24.07.2014. Disponível em: <<http://www.wsj.com/news/articles/SB40001424052702304521404580049494104087322?mg=reno64-wsj>>. Acesso em: 24 nov. 2015. MEYER, Jens. Google já apagou cerca de 100 mil links pelo ‘direito de ser esquecido’. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/07/1491158-google-ja-apagou-cerca-de-100-mil-links-pelo-direito-de-ser-esquecido-diz-jornal.shtml>>. Acesso em: 24 nov. 2015

<sup>216</sup> ARAGÃO, Alexandre; ORRICO, Alexandre. 'Direito ao esquecimento' europeu reabre debate sobre a liberdade na web. 19/05/2014. **Folha de São Paulo** TEC. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/05/1455521-direito-ao-esquecimento-europeu-reabre-debate-sobre-liberdade-na-web.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2015

volta de 97%, acessam uma versão europeia do Google como o google.fr e não o google.com ou outra versão do site de buscas.<sup>217</sup>

Aliás, essa é uma das críticas a serem feitas após a análise da decisão europeia. Detectada a preferência da Europa pela privacidade torna-se imprescindível verificar se referida prioridade pode ser imposta a outro país, como os Estados Unidos da América, que optam pela liberdade de expressão.

Por outro lado, indaga-se se seria possível existir um buscador diferente para cada “Ponto País”, como se uma nacionalidade tivesse mais direito de acesso à informação em relação a outra nação.

O V Seminário de Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais em São Paulo<sup>218</sup>, organizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) nos dias 26 e 27 de novembro de 2014, trouxe o debate a respeito do direito ao esquecimento, sobretudo, da decisão da Corte Europeia em 2014.

Um dos pontos aventados foi, justamente, a estranheza que seria um país cujo buscador traga dados pessoais de um indivíduo diferentemente de outro país com buscador impossibilitado de listar as informações pessoais desta mesma pessoa. Seria inócuo para a proteção da dignidade da pessoa humana tal realidade.

Destarte, se uma informação realmente viola a privacidade de forma imotivada deve ser ausentada da listagem trazida pelos buscadores eletrônicos. Nesse caso, detectada manifesta violação à dignidade humana, os buscadores mundiais seriam atingidos, ainda que em certos países a liberdade de expressão fosse “preferida”.

Sem embargo, a orientação a ser tomada é verificação da imprescindibilidade na manutenção e veiculação daquele dado, pois está “em jogo” outro direito fundamental, igualmente relevante, que é o direito de informação oriundo da liberdade de manifestação e expressão.

<sup>217</sup> FLEISCHER, Peter. Implementing a European, not global, right to be forgotten. 30.07.2015. **Google Europe Blog.** Disponível em: <<http://googlepolicyeurope.blogspot.com.br/2015/07/implementing-european-not-global-right.html>>. Acesso: 25 nov. 2015.

<sup>218</sup> V SEMINÁRIO DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS. São Paulo, 26-27 de novembro de 2014. **Painel de encerramento: Perspectivas e desafios do direito ao esquecimento.** **Youtube.** (1h 23 min 17 seg.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rVuiVKSa3uU>>. Acesso: 24/11/2015.

Referido seminário pontua mais uma crítica saliente catalogada em revestir os buscadores digitais de magistrados. Cumprindo a determinação europeia, os veículos de busca tornam-se juízes que devem examinar os termos vagos trazidos pelo acórdão: “irrelevância”, “imprecisão”, “inadequação” e “excesso”.

Bacharéis em Direito ingressos na magistratura teriam já dificuldade em enfrentar e enquadrar situações que se amoldam a tais termos, com muito mais embaraço se encontrariam os motores de busca.

Os favoráveis à decisão europeia declaram que o Tribunal de Justiça respectivo teve inteligência ao determinar a retirada da lista proporcionada pelos buscadores, isso porque a informação em si ainda estaria hospedada no site original, logo, o direito à informação estaria resguardado. Atingir os *links* de busca não seria, efetivamente, o esquecimento, mas sim uma dificuldade no ingresso àquela informação.

Ocorre que, retirar um dado do buscador eletrônico é, de toda forma, esvaziar a informação, visto que os provedores de busca se tornaram verdadeiros portais de acesso informacionais.

A política da minimização de dados presente no direito europeu e a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, acima apurada, fazem jus à verificação do sistema interno de cada país para positivar o direito ao esquecimento. Não se deve importar modelos, pura e simplesmente, no arcabouço legislativo interno sem visão sistemática da realidade em que se vive.

### **5.3 Direito ao Esquecimento no Brasil**

Inicia-se, pois, a apreciação do direito ao esquecimento na estrutura legislativa e judiciária brasileira.

#### **5.3.1 Legislação, jurisprudência e doutrina pioneiras**

No enredo histórico do direito brasileiro, vislumbra-se o direito ao esquecimento, ainda que indiretamente, encapsulado em microlegislações e interpretações doutrinárias desde 1941.

Em termos normativos, o artigo 748 do Código de Processo Penal (decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)<sup>219</sup> ao garantir ao reabilitado a ausência de alusão à condenação ou condenações anteriores na folha de antecedentes, tampouco, na certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal, está versando acerca direito ao esquecimento.

Ora, se o direito a ser esquecido pressupõe o impedimento ou mitigação de exploração pública de um fato, é notória a coincidência de finalidade com o supradispositivo.

Do mesmo modo, o artigo 93, *caput*, parte final do Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984<sup>220</sup> certifica o sigilo amplo cedido ao reabilitado visando a reinserção social do condenado.

Na mesma data, a Lei de Execução Penal (numerada em 7.210) instituiu, reflexamente, o direito ao esquecimento por meio de sigilo à condenação aos demais condenados, que não sejam reabilitados, automaticamente ao cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.<sup>221</sup>

A distinção entre ambos sigilos consiste na amplitude protetiva verificada para os reabilitados em relação aos demais condenados, visto que para aqueles o sigilo é mais extenso sendo quebrado, tão somente, por requisição do juiz criminal. Os não reabilitados, por outro lado, podem ter suas condenações anteriores acessadas por qualquer autoridade judiciária, membro do Ministério Público e Delegado de Polícia.

---

<sup>219</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 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”.

<sup>220</sup>BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 93 com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984: “A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”.

<sup>221</sup>BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: Artigo 163. “A sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão em livro especial do Juízo a que couber a execução da pena. § 1º Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro. § 2º O registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo penal”. Artigo 202. “Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou 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”.

Reiterando o alegado, no Estado de São Paulo, especificadamente, o item 54 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento nº 02/86, Cap. VII) ilustra os casos em que as certidões judiciais requeridas para fins exclusivamente civis serão expedidas com a anotação “nada consta”, incluindo-se, entre eles, os inquéritos em andamento ou arquivados.<sup>222</sup>

Ainda no século XX, sob a vigência da Constituição de 1967, foi instituída a alcunhada Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967). Nela, pode-se constatar a previsão mais notável do direito ao esquecimento, especificadamente, no artigo 21, §2º que dispunha: “Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele”.

Sem introduzir-se no prazo de veiculação pela imprensa acerca de delitos, que será posteriormente revelado, referido dispositivo previa uma pena para a desobediência – indireta – ao *right to be forgotten* dos condenados após o cumprimento da pena.

Nada obstante, aludida lei foi, em 2009, declarada integralmente não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 mediante a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, pois “não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas”.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> SÃO PAULO (Estado). **Normas e Serviços da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo 02/86**. Artigo 54: “As certidões de antecedentes e os relatórios de pesquisa eletrônica serão expedidos com a anotação NADA CONSTA, nos casos a seguir enumerados: a) inquéritos policiais em andamento ou arquivados; b) indiciados não denunciados; c) não recebimento de denúncia ou queixa-crime; d) declaração da extinção da punibilidade; e) trancamento da ação penal; f) absolvição; g) impronúncia; h) pena privativa de liberdade cumprida, julgada extinta, ou que tenha sua execução suspensa; i) condenação à pena de multa isoladamente; j) condenação à pena restritiva de direitos, não convertida em privativa de liberdade; l) reabilitação não revogada; m) pedido de explicação em Juízo, interpelação e justificação; n) imposição de medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial; o) suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei 9099/95. 54.4. O disposto nos itens anteriores não se aplica às requisições judiciais, requerimento do pesquisado ou seu representante legal.”

<sup>223</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Disse o ministro Menezes Direito, citando que há uma constante tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão. Destacou, bem como, que a imprensa é a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo”, sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Segundo ele, a imprensa possui uma missão democrática, porquanto o cidadão depende dela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Por isso, essa instituição precisa ter autonomia em relação ao Estado. “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a

Saindo da esfera penal, o artigo 43, §1º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)<sup>224</sup> concedeu o esquecimento aos consumidores com informações negativas registradas em banco de dados ou cadastros respectivos após cinco anos ou após a consumação da prescrição do débito.

Em âmbito doutrinário, um dos pioneiros foi Edson Ferreira da Silva em 1993 que já afirmava o direito de ser esquecido ao citar menções de Raymond Lindon a respeito da jurisprudência francesa do momento<sup>225</sup>. Robusteceu que novos direitos da personalidade, em face de sua natureza inerente ao ser humano, são acolhidos, desde que compatíveis, pelo ordenamento jurídico ainda que não positivados em lei.

O mesmo autor, cinco anos depois, aduz que:

É o interesse do resguardo pessoal que sofre com a renovação do episódio infeliz na memória das pessoas, com a renovação do sofrimento experimentado pela revelação e com a postergação do esquecimento que seria tão salutar. Nesse sentido, o interesse do resguardo pessoal pode ser desdobrado em um direito ao esquecimento, a consistir no poder jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos.<sup>226</sup>

Em 1994, Sidnei Agostinho Beneti, à época juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, nomeado ministro do Superior Tribunal de Justiça em 2007 e aposentado em 2013, despontou, em outra conotação, o direito ao esquecimento no

---

saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”, completou, ao citar que a democracia para subsistir depende da informação e não apenas do voto. Segundo Menezes Direito, “a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história”. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso: 26 nov. 2015

<sup>224</sup>BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; Artigo 43. “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º 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”. É o teor da súmula 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, independentemente da prescrição da execução”, com redação alterada em 2009.

<sup>225</sup> Em 1996, Luiz Alberto David Araujo assim, também, afirmou. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.p. 37.

<sup>226</sup> FERREIRA DA SILVA, Edson. **Direito à Intimidade**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 59.

instituto da prescrição trazendo à baila posicionamento do Professor Francisco Rezek:

Há um escrito do Professor Francisco Rezek, atual Ministro das Relações Exteriores, à época Ministro do Supremo Tribunal Federal, que mostra a perplexidade diante dessa opção da Constituição Federal pelo afastamento de um dos direitos importantes adquiridos pela sociedade no decorrer dos séculos - que é o direito ao esquecimento dos delitos por intermédio da prescrição.<sup>227</sup>

Em 2002, Têmis Limberger, membro do Ministério Público Estado do Rio Grande do Sul, abordou um tópico do direito ao esquecimento no 6º Congresso de Direito do Consumidor utilizando-se do direito comparado. Para a Promotora de Justiça “o direito ao esquecimento é o ‘derecho al olvido’, presente no direito espanhol. Constitui-se em um aspecto das prestações do direito à intimidade”. No sistema brasileiro, Limberger fundamentou referido direito em ala protetiva à intimidade do consumidor bancário presente no artigo 43, §§1º e 5º do Código de Defesa do Consumidor, já mencionado. Para ela, “os dados podem ser guardados por determinado tempo, mas não utilizados eternamente”.<sup>228</sup>

Revela, ainda, que o TJRS foi o precursor na regulação da matéria, ao estruturar a Súmula nº 11<sup>229</sup>, publicada em 1988, dispondo o prazo de 3 anos para o cancelamento da inscrição do nome do devedor no Serviço de Proteção ao Crédito. Com a alteração de lapso temporal para cinco anos pelo advento do Código do Consumidor, estatui-se a Súmula nº 13 com a mesma disposição do artigo 43, §§1º e 5º deste Código.

Na ala jurisprudencial, em 2003 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro contribuiu, involuntariamente, para o histórico do “droit a l’oubli”<sup>230</sup>, no julgamento do Processo 2005.00154774.<sup>231</sup>

<sup>227</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. A constituição e o sistema penal. In: Revista Jurídica Mineira, V.9, n.97, p. 7-25, set/out. 1992. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33549>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>228</sup> LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade do cliente bancário: uma proposta de interpretação conjugando a sistemática constitucional, consumerista e civilista. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul** 48. 2002, p.266-267. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1274905702.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274905702.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>229</sup> RIO GRANDE DO SUL (Estado). Súmulas do TJRS disponíveis em <[http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas\\_do\\_tribunal\\_de\\_justica/](http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>230</sup> A expressão francesa “droit a l’oubli” é traduzida, para o português, como direito ao esquecimento.

Acenado processo envolveu o homicida Doca Street e o programa televisivo *Linha Direta* da rede Globo Comunicações e Participações S.A (Globo).

Raul Fernando do Amaral Street (ou Doca Street), ceifou a vida da *socialite* Ângela Maria Fernandes Diniz em sua residência, na praia de Armação dos Ossos, em Búzios, Rio de Janeiro, no dia 30 de dezembro de 1976. No primeiro júri - em 1979 - Doca Street foi absolvido sob a arguição de legítima defesa da honra. Entretanto, ante a ascensão e encosto midiático do movimento feminista, houve um novo julgamento - em 1981 – sentenciado com pena de 15 anos de reclusão, sendo beneficiado pela condicional em 1987.

Em 2003, a emissora Rede Globo de Televisão, no programa mencionado, pretendeu transmitir uma reportagem baseada no homicídio perpetrado. O autor dos fatos ingressou em vias judiciais exigindo, liminarmente, a suspensão do programa pautado, camufladamente, no direito ao esquecimento.

O Juiz de primeira instância, Pedro Freire Raguene, no mesmo ano, concedeu a liminar do autor por perceber abuso na liberdade de imprensa. Todavia, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permitiu a veiculação do episódio pelo interesse público envolvente: “os fatos ocorridos são absolutamente verdadeiros e históricos. Nós estamos falando aqui de uma história retratada em quatro livros”.<sup>232</sup>

Inclusive, Doca não teve direito a indenização por danos morais na exibição do programa como decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no dia 12 de junho de 2006 no julgamento dos Embargos Infringentes nº 181/06<sup>233</sup>.

Ato contínuo, diversos doutrinadores encararam o tema do esquecimento, como Gilmar Mendes, apontando a possibilidade de as pessoas notórias serem esquecidas:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que

---

<sup>231</sup> AGUIAR, Adriana. Doca Street não terá de ser indenizado pela Globo, confirma TJ-RJ. Revista **Consultor Jurídico**, 12 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca\\_street\\_ao\\_indenizado\\_globo](http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca_street_ao_indenizado_globo)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>232</sup> TJ-RJ autoriza TV Globo a exibir programa Linha Direta – Justiça. Revista **Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2003. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv\\_globo\\_exibir\\_linha\\_direta\\_justica\\_crime](http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv_globo_exibir_linha_direta_justica_crime)>. Acesso em: 26 nov. 2015

<sup>233</sup> AGUIAR, Adriana. *Op., cit.*

precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.<sup>234</sup>

José Carlos de Araújo Almeida Filho, outrossim, relacionou a dificuldade do direito ao esquecimento na sociedade de informação:

Se é certo que a mídia convencional (rádio, TV e imprensa escrita) já causa enormes danos à imagem das pessoas, por possíveis matérias de cunho sensacionalista, ainda há a possibilidade das informações se perderem com o tempo e serem relegadas ao esquecimento. Contudo, na Internet, esta prática não é possível. Os dados ficam, permanentemente, aloçados nos servidores e possíveis de serem analisados a qualquer momento.<sup>235</sup>

Em 2009, O Tribunal Regional Federal da 4ª Região salientou o reconhecimento do esquecimento para indivíduos que não estejam engajados na vida pública, visto que as informações daqueles são de interesse social. Tal decisão analisava o pedido de um servidor federal com o fito de suprimir registros pessoais relativos à demissão e readmissão pretéritas. A ementa da decisão profere:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) 2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada etc., claramente afastando situação de vida funcional.<sup>236</sup>

Outras legislações esparsas, de forma tímida, se dispuseram a tratar sobre a autorregulação de dados pessoais e, tacitamente, o direito ao esquecimento.

<sup>234</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

<sup>235</sup> ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados**. *Revista de processo*, v. 32, n. 152, p. 165-180, out. 2007. item 1

<sup>236</sup> PARANÁ (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-A – AC: 58151 PR 2003.70.00.058151-6, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 06/05/2009, Quarta Turma. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6904453/apelacao-civel-ac-58151-pr-20037000058151-6-trf4>>. Acesso em: 26 de nov. 2015.

Cita-se a Lei de Cadastro Positivo, nº 12.414, de 9 de junho de 2011 cuja ementa da lei revela como objeto a disciplina da formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

Ademais, garante a privacidade dos dados, *verbi gratia*, no artigo 9º<sup>237</sup>, exigindo a aquiescência do cadastrado para o compartilhamento de informações de adimplemento. Igualmente, regula o acesso público dos dados armazenados, afóra a responsabilidade sobre a atualização e correção das informações.

No mesmo ano, a Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527 de 18 de novembro, foi lançada trazendo disposições concernentes a informações sigilosas, outrossim, informações de divulgação ou acesso irrestrito, notadamente, nos Capítulos II e IV da legislação em testilha.

Destaque-se, da mesma lei, o artigo 31 que resguarda a “intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais” no tratamento das informações pessoais.<sup>238</sup>

Sobressai-se do ano 2012 o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça do caso, conhecido popularmente, *Xuxa v. Google Search*<sup>239</sup>. Diametralmente à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, a decisão pretoriana interpretou beneficemente à mitigação da responsabilidade dos provedores de busca.

Em outubro de 2010, Maria da Graça Xuxa Meneghel ajuizou ação ordinária inominada em desfavor de Google Brasil Internet Ltda., com o escopo de excluir do motor de busca Google Search listagem citando o nome da apresentadora catalogado com as expressões “pedófila”, “pedofilia” ou, ainda, paralelamente a outra conduta criminosa.

---

<sup>237</sup> BRASIL. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Artigo 9º: “O compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”.

<sup>238</sup> BRASIL. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Artigo 31, *caput*: “O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.”

<sup>239</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 26-6-2012, 3ª Turma, DJE de 29-6-2012. Inteiro teor do REsp 1.316.921 disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Os fatos geradores de tal ação foram, em proêmio, a participação da autora, em 1982, no filme “Amor, Estranho Amor”, numa cena libidinosa com um adolescente de 12 anos (ator Marcelo Ribeiro).

Em momento posterior, Maria da Graça tornou-se apresentadora de programas infantis logrando popularidade. Para, então, obscurecer a imagem paradoxal que causou com o filme elencado, buscou inibir sua veiculação.

Ocorre que, com a introdução da sociedade líquida e a Era Digital, o domínio sobre a publicação do filme se descontrolou, sendo possível, numa simples inserção de seu nome em buscadores eletrônicos, acessar imagens, adjetivos negativos e reportagens a respeito da cena figurada por “Xuxa”.

Em sede liminar, a autora obteve o pleito esperado coibindo o buscador Google de proporcionar ao público quaisquer resultados/links na inserção dos termos 'Xuxa', 'pedófila', 'Xuxa Meneghel', ou outro semelhante “no prazo de 48 horas, a contar da intimação, sob pena de multa cominatória de R\$20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário”.<sup>240</sup>

Em julgado datado de 26 de junho de 2012, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou pretensão da autora, deliberando que o Google tão-só facilitava o acesso à informação e, por consequência, a ação deveria ser movida contra aqueles que difundiram os dados. Impõe-se a transcrição da ementa do julgado:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo

---

<sup>240</sup> *Idem.*

acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido.<sup>241</sup>

Destarte, no caso concreto, o direito à informação, liberdade de comunicação e expressão preponderaram em relação à privacidade.

### **5.3.2 Retrospectiva 2013: marco jurisprudencial e doutrinário do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro**

Sem embargo a relevância dos registros anteriores, o ano de 2013 foi um momento marcante para o direito ao esquecimento no sistema brasileiro.

#### **5.3.2.1 Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**

Na VI Jornada de Direito Civil, promovida em 11 e 12 de março de 2013 pelo Conselho da Justiça Federal, foi consagrada a proposta modelada no enunciado 531, relativa ao direito ao esquecimento, interpretando o artigo 11 do Código Civil. O teor da proposta acentua: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.<sup>242</sup>

Mais conveniente é tracejar seu fundamento:

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Esmiuçando ao já mencionado no item 3.3, página 36.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.<sup>243</sup>

*A priori*, o enunciado buscou internalizar expressamente um direito já estampado em jurisprudência alienígena vinculando-o à tutela da dignidade da pessoa humana irradiada pela Lei Maior. Trouxe a preocupação do direito em exame na sociedade da superinformação, sobretudo, para os condenados que já cumpriram sua pena tendo em vista a finalidade ressocializadora da pena.

Além disso, veda a utilização do direito ao esquecimento como medida de reescrita da história, contudo não salienta quais dados pretéritos são passíveis de *delete*.

Por referido motivo, sua leitura demanda imprescindível interpretação sistemática com o direito à liberdade de expressão, à memória, à verdade e com sua natureza excepcional e casuística.

O desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rogério Fialho Moreira, coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI Jornada de Direito Civil explica que:

Não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de 'superinformacionismo'. O enunciado contribui, e muito, para a discussão do tema, mas ainda há muito espaço para o amadurecimento do assunto, de modo a serem fixados os parâmetros para que seja acolhido o 'esquecimento' de determinado fato, com a decretação judicial da sua eliminação das mídias eletrônicas. Tudo orientado pela ponderação de valores, de modo razoável e proporcional, entre os direitos fundamentais e as regras do Código Civil de proteção à intimidade e à imagem, de um lado, e, de outro, as regras constitucionais de vedação à censura e da garantia à livre manifestação do pensamento.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> BRASIL. Enunciados da VI Jornada de Direito Civil. Os enunciados da VI Jornada de Direito Civil podem ser verificados no site: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>244</sup> BRASIL. Enunciados da VI Jornada de Direito Civil. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Publicado por Conselho da Justiça Federal, extraído da **JusBrasil**. Disponível em: <<http://jf.jusbrasil.com.br/noticias/100474205/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 07 out. 2015.

E, ainda, complementa quanto à necessidade que seja veiculada a informação verdadeira na era digital, em que se vive:

Verifica-se hoje que os danos causados por informações falsas, ou mesmo verdadeiras, mas da esfera da vida privada e da intimidade, veiculadas através da internet, são potencialmente muito mais nefastos do que na época em que a propagação da notícia se dava pelos meios tradicionais de divulgação. Uma retratação publicada em jornal podia não ter a força de recolher as “penas lançadas ao vento”, mas a resposta era publicada e a notícia mentirosa ou injuriosa permanecia nos arquivos do periódico. Com mais raridade era “ressuscitada” para voltar a perseguir a vítima.<sup>245</sup>

O Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Guilherme Magalhães Martins, autor do enunciado 531 em testilha, confirma a excepcionalidade do direito ao esquecimento, sendo forçoso exame conjunto com outros valores como liberdade de manifestação, pensamento e informação.<sup>246</sup>

Aclara, ainda, que embora sem força normativa, o Enunciado 531 norteia interpretação do Código Civil alusiva aos direitos da personalidade, ao afiançar que os indivíduos têm o direito de ser esquecidas pela opinião pública e pela mídia.<sup>247</sup>

Aliás, “casuísmo” bem ilustra o termo correto primordial na aplicação do direito ao esquecimento. Assim se constata nos dois julgados sobre o tema, realizados na mesma sessão da Quarta Turma do dia 28 de maio de 2013, o REsp 1.334.097 (caso *Chacina da Candelária*) e o REsp 1.335.153 (caso *Aída Curi*), com resultados avessos. Ambos motivados pelo programa *Linha Direta*, da rede televisiva Globo Comunicações e Participações S.A (Globo), são, hoje, considerados pioneiros na admissão jurisprudencial expressa do direito ao esquecimento.

---

<sup>245</sup> Ibidem.

<sup>246</sup> MANDEL, Gabriel. Direito ao esquecimento é garantido por Turma do STJ. Revista **Consultor Jurídico**, 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/tj-sp-analisa-diario-oficial-apagar-dados-direito-esquecimento>>. Acesso em: 28 nov. 2015

<sup>247</sup> Idem.

### 5.3.2.2 REsp 1.334.097 (caso *Chacina da Candelária*)

O Resp. 1.334.097<sup>248</sup> envolve o episódio conhecido como *Chacina da Candelária*, ocorrido no dia 23 de julho de 1993, em frente à Igreja da Candelária situada no centro do Rio de Janeiro.

No dia dos fatos, em período noturno, policiais à paisana posicionaram-se nesta localidade e desferiram projéteis de arma de fogo contra indivíduos que ali dormiam. Das várias vítimas, oito faleceram, todos na faixa entre 11 a 19 anos de idade.

A investigação do massacre teve grande colaboração de um adolescente sobrevivente ao crime, Wagner dos Santos. Vítima que, no ano seguinte, sofreu novo atentado, sendo, portanto, enquadrado no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Lei nº 9807/1999).<sup>249</sup>

De referida colaboração, abeirou-se de Jurandir Gomes de França que foi indiciado como coautor/partícipe dos homicídios do episódio carioca, mas, ao final do processo, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Tempos depois, o programa televisivo *Linha Direta Justiça* procurou o absolvido com o fito de entrevistá-lo no programa em testilha - posteriormente veiculado. Jurandir recusou a proposta despontando o desinteresse em ter sua imagem difundida em rede nacional. Entretanto, em 2006, foi ao ar o episódio, tendo sido este elencado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Esta situação motivou Jurandir Gomes de França a ajuizar ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A). Requereu o direito ao esquecimento fundamentado em:

[..] levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido

---

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015

<sup>249</sup> As sequelas emocionais de Wagner dos Santos foram reportadas pelo site *Globo.com* em 23/07/2015, 22 anos após a chacina. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/07/chacina-da-candelaria-sobrevivente-ainda-tem-pesadelos-diz-irma.html>>. Acesso em: 27 nov. 2015

emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares.<sup>250</sup>

Em primeiro grau (Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ) julgou-se improcedente o pedido do autor, alegando que entre o interesse público da matéria acerca de "evento traumático da história nacional" ecoado "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional", e, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, prevalece o primeiro.<sup>251</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reformou a decisão ora revelada. Declarou que o dever de informar, presente no artigo 220 da Constituição Federal de 1988, é mitigado diante do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à felicidade, mormente, ao se referir a cidadãos, antes anônimos, que enfrentaram processos judiciais e foram absolvidos.<sup>252</sup>

Ademais, expôs que o autor se envolveu, apenas, de forma lateral e acessória, sendo possível retratar a Chacina da Candelária sem revelar seu nome.

Sobrevindo o Recurso Especial, além do Extraordinário interposto, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão, analisou com encômio o direito ao esquecimento, resultando na procedência do pedido do autor.

O Ministro Relator reconheceu, expressamente, o direito a ser esquecido no cenário interno, após discorrer sobre privacidade, liberdade de expressão e direito comparado. Contudo, salientou estar enfrentando, tão somente, o esquecimento para o caso de publicações na mídia televisiva e não o esquecimento digital.<sup>253</sup>

Notadamente, a respeito do esquecimento no âmbito criminal, frisou que como os réus condenados têm direito ao sigilo da folha de antecedentes – como visto alhures - com mais razão os “absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos”.<sup>254</sup>

Trouxe, inclusive, ementas corroborantes da supraconstatação, à guisa de exemplificação:

---

<sup>250</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>251</sup> *Idem.*

<sup>252</sup> *Idem.*

<sup>253</sup> *Ibidem.*

<sup>254</sup> *Idem.*

RECURSO ESPECIAL. PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. INCLUSÃO DO NOME NOS TERMINAIS DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. SIGILO DAS INFORMAÇÕES. "Se o Código de Processo Penal, em seu art. 748, assegura ao reabilitado o sigilo de registro das condenações criminais anteriores, é de rigor a exclusão dos dados relativos a sentenças penais absolutórias e inquéritos arquivados dos terminais de Instituto de Identificação, de modo a preservar as franquias democráticas consagradas em nosso ordenamento jurídico." Recurso provido. (REsp 443.927/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 366)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ANTECEDENTES CRIMINAIS - INQUÉRITOS ARQUIVADOS - EXCLUSÃO DE DADOS DO REGISTRO DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL. 1. Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, de molde a preservar a intimidade do mesmo. 2. "A lei confere ao condenado reabilitado direito ao sigilo de seus registros criminais, que não podem constar de folha de antecedentes ou certidão (arts. 93, do CP e 748, do CPP). O réu absolvido, seja qual for o fundamento, faz jus ao cancelamento do registro pertinente, em sua folha de antecedentes." (RMS 17774/SP. Rel. Min. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 1.7.2004, p. 278). Recurso provido. (RMS 18.540/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 30/03/2007, p. 300).<sup>255</sup>

Destarte, dados potencialmente difamantes não podem conservar-se indefinidamente na memória coletiva, vez que a naturalidade psíquica se consubstancia no esquecimento, sendo a lembrança obra dos veículos midiáticos.

Continua o Ministro que, o crime, isoladamente, pressupõe um natural interesse público já realizado com a publicidade processual seguido da fiscalização social sobre a resposta estatal.<sup>256</sup>

Quando se encerra a resposta estatal, seja pela extinção da pena ou absolvição irrevogáveis, se perfaz a "vida útil" da informação criminal para fins midiáticos, salvo crimes genuinamente históricos, cujas narrativas dependam da exposição dos envolvidos.

Em vias de conclusão do escólio concernente ao acórdão, merece transcrição a passagem sintetizadora trazida pelo Ministro Luís Felipe Salomão:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma

<sup>255</sup> *Idem.*

<sup>256</sup> *Ibidem.*

evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.<sup>257</sup>

Em suma, a Chacina da Candelária tornou-se marco histórico, com difusão lícita, porém, “nem a liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito”.<sup>258</sup>

E embora a reportagem seja fiel à realidade, não se pode olvidar que “a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado”.<sup>259</sup> Assim:

[...] permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida ‘vergonha’ nacional à parte.<sup>260</sup>

Infiltra-se, agora, no Resp. nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)<sup>261</sup>, julgado no mesmo dia, com afastamento casuístico explícito do direito ao esquecimento.

### 5.3.2.3 REsp 1.335.153 (caso *Aída Curi*)

Refere-se ao alcunhado caso *Aída Curi*, assinalado como o evento que encerrou a inocência do bairro de Copacabana. Seu nome, inclusive, batizou endereços de rua em distintas cidades do Rio de Janeiro.

<sup>257</sup> *Idem.*

<sup>258</sup> *Idem.*

<sup>259</sup> *Idem.*

<sup>260</sup> *Idem.*

<sup>261</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

No dia 14 de julho de 1958, Aída Jacob Curi, 18 anos, sofreu violência sexual e atirada da cobertura de um edifício da Avenida Atlântica, em Copacabana, no Rio de Janeiro, visando aparentar suicídio.

Os algozes foram Ronaldo Guilherme de Souza Castro, Cássio Murilo Ferreira e, o porteiro do edifício, Antônio João de Sousa que auxiliou no abuso sexual. A *causa mortis* foi a queda provocada pelos agentes.

Ronaldo foi submetido a três julgamentos, culminando na pena definitiva fixada em oito anos e nove meses de prisão por homicídio e tentativa de estupro. O porteiro Antônio foi absolvido, pelo delito de homicídio, posteriormente ao segundo julgamento e fugiu. Cássio, considerado efetivamente responsável pela morte de Aída, não se submeteu a prisão por ser menor de idade no momento do crime.

Em face do clamor dado pela mídia da época que cercou os julgamentos, outrossim, pela pena branda recebida pelos acusados, o programa *Linha Direta Justiça*, após 50 anos, explorou os fatos ocorridos.<sup>262</sup>

Por conseguinte, os irmãos de Aída ajuizaram ação ordinária em face da rede Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S.A.), pleiteando reparação de danos materiais e morais.

Os fundamentos dos autores foram a reabertura, pela emissora, de feridas antigas que já se encontravam na vala do esquecimento pelos familiares; exploração da imagem de Aída sem consentimento dos autores; enriquecimento ilícito pela exploração de tragédia familiar passada, lucrando com audiência e publicidade.<sup>263</sup>

Em primeira instância (Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ) julgou improcedentes os pedidos dos autores (fls. 854 -869), mantida em grau de apelação sob a motivação de proteção à liberdade de imprensa, expressão e manifestação, direito à informação da sociedade, bem como, alertou que “o esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é

---

<sup>262</sup> Página oficial do programa Linha Direta esmiuçando o caso Aída Curi: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,G1J0-5257-215780,00.html>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>263</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente”.<sup>264</sup>

Sobrevindo recurso especial, juntamente com o recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou o direito ao esquecimento no caso em exame, pois:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.<sup>265</sup>

Deste modo, levando-se em conta que já se passaram cinquenta anos da morte de Aída Curi, o dano psíquico presente dentre os elementos da responsabilidade civil encontra-se enfraquecido. Por isso, no caso em específico, o direito ao esquecimento fica sobrepujado pela liberdade de imprensa.

Afora isso, em delitos de repercussão nacional, a vítima, amiúde, se torna componente indissociável do crime, a ponto de, em regra, obstaculizar a narração do crime caso seja omitida. Soma-se, ainda, o fato de que não houve abuso na exploração midiática que se ateve, com fidelidade, aos contornos do evento criminoso.

Vale trazer à baila os votos dos Ministros vencidos. Cita-se a Ministra Maria Isabel Galloti que apoiou o ressarcimento do programa televisivo aos familiares da vítima, vez que se questionou o direito à imagem do morto e seus familiares, com a ressalva da não autorização prévia da imagem, leia-se, expressamente recusada, violando o artigo 20 do Código Civil e súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais explanou que:

[...] a circunstância de ser exibida a foto da vítima, morta, ensanguentada e abraçada com um dos autores, contra a vontade expressamente manifestada por esse autor, faz incidir a regra do art. 20, parte final, quando dispõe que, se for uma imagem destinada a fim comercial, ela não será exibida sem autorização.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>265</sup> *Idem*.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

Dissentiu, bem como, o Ministro Marco Buzzi, que acompanhou a Ministra Maria Isabel Gallotti, visto que o “dever de informar” não satisfaria:

[...] a uma autorização de explorar economicamente um fato de há muito sucedido, que não envolveu pessoas notórias [...] Não haveria no Caso Aída Curi qualquer interesse público ou histórico e sua exploração em um programa televisivo seria uma violação do “direito ao esquecimento”.<sup>267</sup>

Abeirando o caso no Supremo Tribunal Federal, o Pretório Excelso, com Ministro Relator Dias Toffoli, concedeu *status* de repercussão geral, em 11 de dezembro de 2014, com a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.<sup>268</sup>

Toffoli realçou a necessidade de enfrentamento acerca do tema, elucidando:

Destacam que o que se busca é um precedente inédito em que o referido instituto será analisado na esfera civil e sob a perspectiva da vítima, salientando, também, que esse julgamento terá o condão de detalhar e tornar um pouco mais nítida a proteção à dignidade humana frente aos órgãos de mídia e de imprensa, inclusive à luz do que decidido pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADPF nº 130, no qual se assentou a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a ordem constitucional vigente.<sup>269</sup>

<sup>267</sup> *Idem.*

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 833248 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Min. Rel. Dias Toffoli. 12/12/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>>. Acesso: 28 nov. 2015.

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 833248 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Min. Rel. Dias Toffoli. 12/12/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>>. Acesso: 28 nov. 2015.

Aguarda-se, assim, pronunciamento do tribunal de superposição modulando o direito ao esquecimento.

Em vias de esclarecimento, faz-se mister revelar que o Superior Tribunal de Justiça não usurpou competência do Supremo Tribunal Federal ao analisar o direito ao esquecimento, porquanto apesar de possuir controvérsia constitucional oblíqua, por estar ligado à liberdade de informação, de expressão, vida privada, honra, imagem, também existe viés infraconstitucional, por referir-se aos direitos da personalidade presentes nos artigos 11, 12, 17, 20, 21, do Código Civil, outrossim, ao artigo 927 do mesmo diploma que exhibe a responsabilidade civil.

Ademais em face da constitucionalização do direito civil se concebeu uma “visão unitária do ordenamento jurídico”<sup>270</sup>, “de modo que os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado (como família e propriedade) passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional”.<sup>271</sup>

#### 5.3.2.4 Marco Civil da Internet e demais registros recentes

Retornando ao esboço histórico brasileiro do direito *sub examine*, impõe-se destacar o intitulado “Marco Civil da Internet”, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.

O artigo 3º da legislação elenca, dentre os princípios que a regem, a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais<sup>272</sup>.

O artigo 7º, outrossim, prevendo garantias aos usuários, concede no inciso X o direito à:

---

<sup>270</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. II

<sup>271</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>272</sup> BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Artigo 3º: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

[..] 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>273</sup>

Da leitura dos artigos 18 a 21 c.c artigo 23 do mesmo texto legislativo, nota-se diferença clarividente entre o sistema brasileiro e a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia colacionada anteriormente.

Para o sistema brasileiro, os provedores de busca não são os responsáveis à concessão do “esquecimento” de um dado digitalizado, mas sim o Poder Judiciário, que tomará as providências necessárias à proteção do sigilo informacional, intimidade, vida privada, honra e imagem, tendo poder, inclusive, de definir segredo de justiça, notadamente, referente aos pedidos de guarda de registro.

Três situações excetuam a remoção forçada de conteúdo por ordem judicial, quais sejam, tratando-se de pornografia infantil, pornografia de vingança (ou seja, pornografia privada não autorizada) e questões referentes a direito autoral. Nestes casos, a remoção será realizada pelo próprio provedor de aplicações de internet, conforme exposto por Marcel Leonardi, Diretor de Políticas Públicas do

---

<sup>273</sup> BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Art. 7º: “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...]; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; 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; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.”

Google no Brasil, no V Seminário de Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais em São Paulo.<sup>274</sup>

O Marco Civil da Internet buscou, de forma acertada, atribuir ao Estado-juiz que é o mais competente para ponderar valores fundamentais averiguar quais conteúdos são passíveis de esquecimento digital.

Ainda no ano de 2014, pode-se extrair julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que concedeu o direito ao esquecimento em rede televisiva em face da ausência de relevância do fato para a sociedade hodierna.<sup>275</sup>

Josmar Ferreira Veiga propôs ação ordinária de reparação por dano moral e material em desfavor de Globo Comunicação e Participações S.A sob o fundamento de que no dia 26/2/2007, o site de notícias da Globo e o Jornal DFTV propalaram notícia infiel à verdade, revelando que o autor teria sequestrado sua filha, de pouco mais de 2 anos de idade. Assevera que, a publicação dissimulou sua honra e imagem no ambiente social, familiar e profissional.

O Tribunal de Justiça, embora tenha reconhecido o esquecimento e determinado a exclusão da notícia, decidiu contrariamente à indenização pela veiculação da matéria jornalística por não se tratar de ato ilícito porquanto as informações do suposto crime foram passadas pela polícia aos veículos de comunicação. As informações sobre o possível crime foram passadas pela polícia ao veículo de comunicação, que as divulgou em seu telejornal local e na *internet*.<sup>276</sup>

Ainda em segunda instância estadual, se tem outro enfrentamento jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2014, fora do campo criminal, abrangendo histórico de dívidas já quitadas.<sup>277</sup>

O caso surgiu da negativa de crédito na aquisição de um produto por Barbara Neves de Britto na loja Magazine Luiza embasado em histórico de

---

<sup>274</sup> V SEMINÁRIO DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS. São Paulo, 26-27 de novembro de 2014. **Painel de encerramento: Perspectivas e desafios do direito ao esquecimento.** Youtube. (1h 23 min 17 seg.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rVuiVKSa3uU>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>275</sup> DISTRITO FEDERAL. Acórdão n.º 772390, 20100112151953APC, Relatora: Vera Andrighi, Revisor: Esdras Neves, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/03/2014, publicado no DJE: 01/04/2014. P. 464. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

<sup>277</sup> RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70054612916 Rel. Des. Des. Miguel Ângelo da Silva. Inteiro teor do julgamento disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/7/art20140718-05.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015

anotações negativas pretéritas, provenientes de dívidas já quitadas. O mesmo impedimento ocorreu nas lojas Ponto Frio (Globex) e no Tumelero.

Para o Tribunal em comento:

A concessão de crédito ao consumidor constitui faculdade do fornecedor de bens e serviços e/ou da instituição financeira, cuja conduta, num ou noutro sentido (concedendo-o ou negando-o), situa-se no âmbito da autonomia privada. Entretanto, ao exercer tal faculdade o fornecedor não pode ferir direitos da personalidade do consumidor ou violar as normas do CDC. O chamado “direito ao esquecimento” tem por finalidade evitar o armazenamento de informações relativas ao consumidor por tempo indeterminado, de forma a impedir que uma dívida continue a gerar efeitos extrajudiciais após a sua prescrição e/ou quitação. Utilização de informações acobertadas pelo direito ao esquecimento que acarreta a responsabilidade civil solidária do fornecedor de produtos ou serviços e do órgão arquivista, acaso a inviabilização do acesso do consumidor ao crédito cause danos materiais ou morais. Caso concreto em que os elementos de convicção encartados aos autos revelam que a parte autora teve o crédito negado por algumas das empresas condenadas com base em informações relativas a dívidas já quitadas.<sup>278</sup>

Outras jurisprudências se delinearam sobre o tema em apreciação.

No dia 08 de abril de 2015, o Juiz de Direito Rodrigo Garcia Martinez (45ª Vara Civil de São Paulo) julgou improcedente a ação de obrigação fazer movida pelo senador Aécio Neves (PSDB-MG) em face dos buscadores Google, Bing e Yahoo.

Aécio demandou a restrição da listagem contendo seu nome na *internet*, para que não fosse exibido paralelamente a reportagens de desvio de recursos públicos durante seu mandato em Minas Gerais. O senador afirmou “ser vítima de crime virtual pela propagação de matéria caluniosa, que retrata acusação inexistente do Ministério Público contra o requerente por desvios de recursos públicos”.<sup>279</sup>

Para o julgador, os motores de busca são apenas intermediários do acesso à informação, desse modo:

Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito na internet, reprimir o direito da coletividade à informação, mesmo que a notícia seja falsa. [...] Portanto, por mais que seja odiosa a prática de ridicularizar a imagem de um político que representa os ideais de uma

---

<sup>278</sup> *Idem.*

<sup>279</sup> SÃO PAULO (Estado). Processo nº 1102375-05.2013.8.26.0100. Juiz (a) de Direito: Dr(a). Rodrigo Garcia Martinez. Inteiro teor da sentença disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/aecio-google.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

grande parcela da população brasileira, não é justo que as requeridas respondam por atos de terceiros, ainda mais quando elas mesmas colaboram na revelação dos verdadeiros delinquentes.<sup>280</sup>

Uma das mais recentes decisões consiste na proferida pela Juíza de Direito Maria Rita Rebello Pinho Dias, da 18ª Vara Cível de São Paulo, processo nº 1082349-15.2015.8.26.0100, sentenciada no dia 13 de outubro de 2015.<sup>281</sup>

Rodrigo Alcantâra de Leonardo propôs ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos em face de Agência Estado Ltda. e Editora Gazeta do Povo S/A.

Os fatos se originam de processo criminal, em desfavor de Rodrigo, instaurado por explosão de bomba no evento “Parada Gay” em 2009 responsável por ferir 10 pessoas. Ao final do processo, Rodrigo foi absolvido pelos crimes de lesão corporal e explosão, porém condenado pelo delito de associação criminosa.

A demandada Gazeta noticiou o evento criminoso indicando expressamente o nome do autor, informando que havia sido condenado pelo juízo da 29ª Vara Criminal do Fórum da Barra Funda, revelando que ele havia se associado com outras sete pessoas em quadrilha ou bando armado para lançar artefato que feriu mais de treze participantes da 13ª Parada do Orgulho LGBT.

O requerente, sentindo-se ofendido, alegou que a ré “notícia falsa condenação em sua página da internet, informando que havia sido condenado por tal explosão, o que é falso”. Exigiu, por isso, seu direito ao esquecimento.

Para a magistrada, condenado ou absolvido, as notícias publicaram informações atinentes aos fatos interessantes à sociedade, quais sejam, atentados motivados pela orientação sexual. Ressaltou-se:

Não se está dizendo, com isso, que o exercício do direito à livre manifestação da opinião é absoluto e que não está sujeito a eventuais punições. Ocorre que a punição à livre manifestação da vontade, quando for o caso, apenas pode se dar de forma repressiva, ou seja, após a exibição da opinião e, mesmo nesse caso, somente em vistas à indenização da pessoa eventualmente lesada. Em momento algum pode se impedir que o cidadão possa manifestar livremente sua opinião, nem, tampouco, privar os seus demais concidadãos do direito de ouvir tal opinião, analisá-la e criticá-la. Cercear o cidadão de tal direito, de

---

<sup>280</sup> *Idem.*

<sup>281</sup> SÃO PAULO (Estado). Processo nº 1082349-15.2015.8.26.0100. Juiz (a) de Direito: Dr(a). Maria Rita Rebello Pinho Dias. Dados do processo disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000HV0A0000&processo.foro=100>>. Acesso: 28 nov. 2015

fundamental importância, consiste em censura ao livre exercício de sua opinião e expressão, o que apenas pode ser admitido em Estados Autoritários. A censura é incompatível com o Estado Democrático do Direito. Trata-se de interpretação que atende ao princípio da proporcionalidade. Vale destacar, ademais, que, abstraindo-se da veracidade das informações constantes nas notícias questionadas pelo autor, o fato é que elas têm por objetivo alertar outras pessoas sobre a ocorrência de crimes de ódio. Há, portanto, em princípio, interesse público na veiculação de tais informações, ainda que se mostrem, posteriormente, em razão da confrontação com demais evidências, equivocadas o que não parece ser o caso dos autos, frise-se.<sup>282</sup>

A julgadora, inclusive, mencionou que o autor não faz jus, no momento, à reabilitação criminal, por não preencher os requisitos do instituto. Desta forma, é crível conservar a reportagem ao acesso público.

### 5.3.2.5 Projetos de lei acerca do direito ao esquecimento

No que se refere aos projetos de lei reguladores do direito ao esquecimento (especificadamente sobre a remoção e da exclusão de informação pessoal na *internet*), pode-se mencionar três matrizes (que receberam outros projetos a eles pensados): PL 7881/14, PL 215/15, PL1676/15.

Em tramitação na Câmara dos Deputados, tem-se o Projeto de Lei 7881/14, de autoria de Eduardo Cunha (PMDB/RJ), que na tentativa de importar o modelo europeu resumiu o direito ao esquecimento em um artigo: “É obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida”.<sup>283</sup>

O projeto notadamente recebe críticas pela generalidade que trata a matéria tão robusta de detalhes, permitindo que qualquer cidadão, ainda que não o

<sup>282</sup> SÃO PAULO (Estado). Processo nº 1082349-15.2015.8.26.0100. Juiz (a) de Direito: Dr(a). Maria Rita Rebello Pinho Dias. Sentença disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1082349-15.2015.8.26.0100&cdProcesso=2S000HV0A0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&cdServico=190101&ticket=wQ3zBhUFTWFDTOIfzozq4Hco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvgGS9guhLh%2FHUedobBrL%2FcX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoeQsziAwOiztfKCB2Dkrsc2OGie57h3bvK0Lla8hZAI6xPYcbqbfJxZewwVPKtffA2dZl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 28 nov. 2015

<sup>283</sup> BRASIL. Projeto de Lei 7881/2014. Inteiro teor disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1270760&filename=PL+7881/2014](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270760&filename=PL+7881/2014)>. Acesso em: 29 nov. 15

lesado da publicidade, requeira o esquecimento, num ensaio de *delete* da liberdade de manifestação, expressão e do direito à informação.

O V Seminário de Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais em São Paulo<sup>284</sup> e o 7º Congresso de Crimes Eletrônicos, promovido pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP)<sup>285</sup> comentaram a respeito do projeto aludido tecendo críticas e preocupações com a introdução do referido artigo no arcabouço legislativo.

O advogado Carlos Affonso Souza, diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS) e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ressaltou que a medida é muito genérica por adotar o conceito de “dados irrelevantes ou defasados” e admitir que qualquer pessoa apresente pedido para a exclusão dos *links*.<sup>286</sup>

O Projeto de Lei 215/2015<sup>287</sup>, de autoria de Hildo Rocha PMDB-MA, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 06 de outubro de 2015, pune os crimes contra a honra praticados nas redes sociais.

Ocorre que, os apensos a este projeto são os causadores de celeuma doutrinária, como se observa no Projeto de Lei 1589/2015, de Soraya Santos – PMDB/RJ, que prevê modificação da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 incluindo no artigo 19:

§ 3º-A O indivíduo ou seu representante legal poderá requerer judicialmente, a qualquer momento, a indisponibilização de conteúdo que ligue seu nome ou sua imagem a crime de que tenha sido absolvido, com trânsito em julgado, ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso.<sup>288</sup>

<sup>284</sup> V SEMINÁRIO DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS. São Paulo, 26-27 de novembro de 2014. **Painel de encerramento: Perspectivas e desafios do direito ao esquecimento.** (1h 23 min 17 seg.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rVuiVKSa3uU>>. Acesso: 29 nov. 2015.

<sup>285</sup> FECOMERCIO SP. **VII Congresso Fecomercio de Crimes Eletrônicos.** 18-19/08/2015. Site original do Congresso disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/EventosInterna/Get/13015>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>286</sup> LUCHETE, Felipe. Proposta quer obrigar imprensa a criar "call center" de direito ao esquecimento. 20 de agosto de 2015. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/projeto-lei-obrigar-call-center-direito-esquecimento>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>287</sup> BRASIL. Projeto de Lei 215/2015. Inteiro teor disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1298301&filename=PL+215/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298301&filename=PL+215/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>288</sup> BRASIL. Projeto de Lei 1589/2015. Inteiro teor disponível em <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1336275&filename=PL+1589/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1336275&filename=PL+1589/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

Embora de intenção positiva, o artigo causa certa inquietação vez que, diferentemente da decisão europeia, prevê a indisponibilização do conteúdo em si e não da listagem dos buscadores. Daí se questiona a força de o direito ao esquecimento realmente retirar do universo digital uma informação já armazenada.

O Projeto de Lei 1676/15, de autoria de Veneziano Vital do Rêgo – PMDB/PB, por outro lado, assim desponta:

[..] tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público.<sup>289</sup>

Porém, referido projeto traz expressamente normas explicativas do direito ao esquecimento como se ilustra:

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

Art. 4º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, devem criar, dentro de noventa dias, departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente.

§ 1º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, na hipótese de não reconhecerem a existência do direito ao esquecimento, deverão fornecer ao requerente, por escrito, motivadamente, as razões da negativa, em até trinta dias.

§ 2º O prazo máximo de trinta dias mencionado no § 1º não constitui impedimento para a pronta solução de casos mais urgentes.

§ 3º O descumprimento do dever de instalação dos departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento ou o seu mau funcionamento acarretará a responsabilidade dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, a ser promovida por meio de ação civil pública.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> BRASIL. Projeto de Lei 1676/2015. Inteiro teor disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=PL+1676/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=PL+1676/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

Evidentemente merece aplausos por estampar, explicitamente, um conceito do direito ao esquecimento. Contudo, também importa, literalmente, o modelo europeu extrajudicial, leia-se, contraria o Marco Civil da Internet que adota o Estado-Juiz como o responsável por verificar quais conteúdos seriam deslistados.

Pelo exposto, constatando a necessidade do casuísmo mediante arbítrio judicial, o Conselho de Comunicação Social (CCS) do Congresso Nacional aprovaram, em 05 de outubro de 2015, o parecer dos conselheiros Ronaldo Lemos, Walter Ceneviva e Celso Schroder pelo afastamento dos quatro projetos que tratam da remoção e da exclusão de informação pessoal na *internet*, com o desígnio de proteger dados pessoais com a finalidade de não serem veiculados sem a anuência do titular.<sup>291</sup>

O parecer rejeita integralmente os projetos de lei (PLs) 7881/14 e 1676/15. No que tange ao PL 1589/15 e outros apensados ao PL 215/15, o parecer rechaça integralmente os dispositivos que abordam o direito ao esquecimento.

Vislumbrando a penúria de normatização completa e adequada acerca de tratamento dos dados pessoais aos parâmetros brasileiros, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), expôs em 20 de outubro de 2015 a nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais no decorrer do seminário internacional 'Anteprojeto Brasileiro de Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva Comparada'.<sup>292</sup>

O Anteprojeto teve como autores a Senacon, juntamente com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, após a efetivação de dois debates públicos, concretizados via *internet*, um em 2010 e o outro no primeiro semestre de 2015.

Conforme aduz o site oficial desta “campanha”, totalizaram-se “2.000 contribuições dos setores público e privado, academia e organizações não-governamentais” fruto de “inúmeras reuniões técnicas, seminários e discussões por diversos órgãos e entidades”.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> COMUNICAÇÃO. Câmara Notícias. Notícia acerca do posicionamento do Conselho de Comunicação Social (CCS) do Congresso Nacional disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/497582-CONSELHO-DE-COMUNICACAO-REJEITA-PROJETOS-SOBRE-EXCLUSAO-DE-INFORMACAO-PESSOAL-DA-INTERNET.html>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>292</sup> O Anteprojeto, as consultas e demais informações encontram-se disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf> e <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/> Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>293</sup> *Idem*.

Mais surpreendente é que após duas consultas populares, com participação complexa de outros setores sociais, o Anteprojeto não menciona expressamente o direito ao esquecimento. E dentre as consultas e questionamentos realizados pela população sobre tal compilação normativa, uma das indagações era justamente “Por que o Anteprojeto não trata do direito ao esquecimento, que é um tema amplamente debatido hoje e que tem tudo a ver com a proteção de dados? ”, a resposta oficial merece transcrição integral:

A Internet não esquece” é uma frase de grande efeito para alertar as pessoas sobre os efeitos da disponibilização indiscriminada de seus dados pessoais em uma tecnologia que cada vez mais aumenta sua capacidade de armazenamento, processamento e agregação a baixos custos. Neste sentido, um direito a ser esquecido pode possuir um papel importante na proteção à privacidade na Sociedade da Informação. Todavia, a atual amplitude do significado que vêm sendo dado a este direito não é uniforme nem permite tratar com homogeneidade casos nos quais mais claros nos quais o cidadão pode ter direito ao cancelamento de seus dados pessoais com outras ocasiões, mais complexas, nas quais outros direitos devem também ser considerados em perspectiva, como a liberdade de expressão e o direito à informação.

O Anteprojeto, ao proporcionar ao cidadão uma série de direitos e garantias para o controle de seus dados pessoais, inclui a possibilidade de cancelamento destes dados quando o tratamento não for legítimo - o que pode ser a concretização de uma determinada demanda por “esquecimento”. Não se vislumbra, porém, um direito específico ao esquecimento, seja pela sua implementação ser viável com os instrumentos já presentes no Anteprojeto, seja pela necessidade de que o exercício dos direitos do cidadão sobre seus dados sempre deva ser visto à luz de outros direitos de terceiros. Posto isso, a regulamentação neste sentido estrutura-se a partir de instrumentos gerais de proteção de dados pessoais descritas neste Anteprojeto para legitimar o uso de dados pessoais e proporcionar controle aos titulares, quais sejam: direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição e princípios como finalidade, adequação e minimização.<sup>294</sup>

Isto posto, visível o casuísmo do direito ao esquecimento alcançado por detalhada ponderação de valores e princípios fundamentais mediante a máxima da proporcionalidade, que se passa a expor.

---

<sup>294</sup> Questionamentos e respostas sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais estão disponíveis em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6ymETgjhepcJ:www.brasil.gov.br/cidadani+a-e-justica/2015/01/q-a\\_protecaodadospessais.doc+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6ymETgjhepcJ:www.brasil.gov.br/cidadani+a-e-justica/2015/01/q-a_protecaodadospessais.doc+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 29 nov. 2015.

## 5.4 Aplicação do Direito ao Esquecimento

De todo exposto, sabe-se que a primeira regulação brasileira, ainda que não legislativa - tampouco – vinculante, sobre tal direito adveio de um enunciado de direito civil alhures transcrito.

Utilizando-se da mesma fonte, alude o Enunciado nº 274 da IV jornada de direito civil a técnica de ponderação elaborada por Robert Alexy na resolução dos *hard cases* (casos de difíceis resolução):

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.<sup>295</sup>

Para Alexy, a relação de tensão entre dois direitos fundamentais não pode ser resolvida com apoio em uma precedência absoluta de algum deles, não há prioridade isolada e regrada. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”.<sup>296</sup>

Coincidentemente, Alexy exemplifica a técnica de ponderação com o auxílio do *caso Lebach*, anteriormente debatido.

Na explanação, o jurista alemão verifica as condições de sopesamento utilizadas pelo Tribunal Constitucional Alemão na decisão para aplicação do direito ao esquecimento. São quatro as condições essenciais para efetivar a ponderação em testilha: “repetição/ ausência de interesse atual pela informação/ grave crime/ risco à ressocialização”, ou seja, “uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> BRASIL. Enunciados da IV Jornada de Direito Civil disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>296</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. Malheiros Editores. 2012, p. 95.

<sup>297</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 102.

Imperioso ilustrar a metódica da colisão e concorrência de direitos fundamentais aclarada por José Joaquim Gomes Canotilho.<sup>298</sup>

A concorrência se dá mediante cruzamento de direitos fundamentais - uma única conduta está inclusa no campo de proteção de vários direitos, liberdade e garantias - ou através da acumulação de direitos – um único bem jurídico encadeia, no mesmo indivíduo, a acumulação de um conjunto de direitos fundamentais.

A primeira modalidade é exemplificada, por Canotilho, tendo como base o direito de expressão e informação que inclui a liberdade de imprensa, o direito de antena, o direito de reunião e manifestação.

A segunda ramificação é ilustrada, pelo mesmo autor, com o direito de participação na vida pública que para ser, efetivamente, protegido pressupõe tutela cumulativa do direito de sufrágio, liberdade partidária, direito de petição, ação popular e assim por diante.

Para os defensores do direito ao esquecimento, a dignidade da pessoa humana para ser cumprida acumularia a tutela do direito de ser esquecido ao lado de vários outros direitos, como privacidade, imagem e honra.

Atente-se, na concorrência de direitos fundamentais não se aplica a técnica da ponderação, “devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo”<sup>299</sup>, utilizando-se critérios de especialidade e generalidade.

A especialidade será administrada quando uma das várias normas amparadoras de direitos fundamentais consiste em preceito especial em relação aos outros.

Já a generalidade insurgirá da verificação de direitos fundamentais mais amplos e da pretensão que o titular almeja alcançar imediatamente.

Concorrência, portanto, não pode ser confundida com colisão de direitos fundamentais, nesses moldes, conceituada por Canotilho:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de

---

<sup>298</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Edições Almedina. 2003, p. 1269

<sup>299</sup> *Ibidem*.

direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.<sup>300</sup>

A colisão de valores fundamentais implica o axioma da proporcionalidade. Referida máxima põe em pauta a justa medida, moderação e equilíbrio na aplicação de direitos, igualmente, importantes.

Para a obtenção da proporcionalidade mister se faz a passagem por três submáximas, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade (ou exigibilidade) caracteriza-se pela indispensabilidade da restrição do direito ante a ausência de medida menos gravosa.

A adequação (pertinência ou idoneidade) representa a escolha do meio mais eficaz para a obtenção do escopo perquirido.

Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito prega o sopesamento propriamente dito entre os valores fundamentais em conflito visando atingir a máxima efetividade e a mínima restrição. Os direitos, aqui, são postos em balanças valorativas de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

O último parâmetro, frequentemente, exige conhecimento interdisciplinar do julgador pela complexidade que circunda o emprego dos direitos fundamentais.

Esta operação valorativa tem aplicação, não só, no âmbito judicial, como também a nível legislativo no momento da elaboração normativa.

Aliás, na esfera penal o Estado-legislador utiliza-se da dupla face da proporcionalidade, patenteada pelo direito alemão<sup>301</sup>, consubstanciada na proibição de excesso (*Übermassverbot*) e na proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Proibição de excesso, igualmente cognominada de garantismo negativo, proclama a proteção contra o arbítrio estatal na demasia da penalização. Proibição de proteção deficiente, do lado oposto, designado de garantismo

---

<sup>300</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op., cit.*, p. 1270.

<sup>301</sup> ALEMANHA. Acórdão BverfGE 88, 203, 1993. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>. Acesso em: 30 nov. 15

positivo, prescreve uma proteção suficiente ao bem jurídico relevante com o fito de não vulnerar um direito fundamental.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal:

[...] quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>302</sup>

Evidentemente, a dupla face da proporcionalidade advém da relação axiológica-normativa entre Constituição Federal e Direito Penal a ponto de a Lei Maior limitar materialmente a ciência penal (fixando limites na elaboração e aplicação das normas penais), funcionar como paradigma na seleção dos bens jurídicos relevantes, como também, elaborar mandados de criminalização a serem cumpridos pelo legislador infraconstitucional.

Nesse diapasão, o direito ao esquecimento abarca, de um lado, liberdade de imprensa, expressão, manifestação, direito à informação, e, de outro, dignidade da pessoa humana, privacidade, imagem e honra, todos abrigados pela mais elevada normatização do ordenamento jurídico.

A despeito de estarem no mesmo patamar legislativo, as modificações sociais, culturais e, sobretudo, tecnológicas incumbiram-se de conferir uma nova faceta a tais direitos.

Pode-se afirmar que a ponderação de valores advém da própria escolha constitucional pela tutela, grosso modo, de direitos antagônicos, os quais, concebem a pretensão de se ocultar paralelamente à pretensão de expor e transparecer.

Diante do exposto, critérios foram posicionados na averiguação da licitude da liberdade de imprensa no ato desnudar a vida particular que podem ser assim compilados:

---

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 418376 MS. Min. Marco Aurélio, 09/02/2006, Tribunal Pleno. Disponível em: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE\\_418376\\_MS\\_1305830120706.pdf?Signature=Qh0imkhloQOWU13F5SCQ8TJ6QoA%3D&Expires=1448889391&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e1b1d478fc449d6d2c661ee2e29a93da](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_418376_MS_1305830120706.pdf?Signature=Qh0imkhloQOWU13F5SCQ8TJ6QoA%3D&Expires=1448889391&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e1b1d478fc449d6d2c661ee2e29a93da). Acesso em: 30 nov. 2015

O grau de consciência do resultado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída; o grau de identificação do retrato na imagem veiculada; a amplitude da exposição do resultado; a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação; o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; o grau de atualidade da imagem; o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato e o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida; o compromisso ético com a informação verossímil; a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).<sup>303</sup>

Sob o enfoque da contemporaneidade da reportagem, a despeito de não se admitir abuso na veiculação da notícia, não são ordenadas verdades integrais, comprovadas de antemão em sede de investigações no domínio administrativo, policial ou judicial, como se notou nas jurisprudências já colacionadas. Impõe-se, assim, informação séria que ultrapassa a categorização de meros boatos.

Ocorre que, a contemporaneidade, imanente às reportagens midiáticas, é sobrepujada pelo armazenamento permanente digital, o que acarreta certa inquietação do noticiado.

Com efeito, Eric Schmidt<sup>304</sup>, presidente e ex-chefe executivo da Google, alegou a necessidade de introduzir um botão de delete na *internet* em face dos prejuízos causados aos indivíduos que possuem seus dados digitalizados no registro eletrônico.

Nesse sentido, a discussão ancestral entre o público e o privado aufere uma nova aparência na modernidade líquida, qual seja, o alastramento do espaço público no recinto privado provém, concomitantemente, da invasão da privacidade *lato senso* por terceiros - assim como - da espontânea apresentação da vida privada ao palco social.

Assevera, com apreensão, o ministro Luis Felipe Salomão:

<sup>303</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 794.584/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.2012. Informativo n 493. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21434897/recurso-especial-resp-794586-rj-2005-0183443-0-stj/inteiro-teor-21434898>>. Acesso em: 30 nov. 2015. Em complemento: REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca?q=resp+801109>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>304</sup> SCHMIDT, Eric. **Google's Schmidt: The Internet needs a delete button**. Disponível em: <[http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/](http://news.cnet.com/8301-1023_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/)>. Acesso em: 30/11/2015

Essa também tem sido uma importante - se não a mais importante - face do atual processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade, e o que estarrece é perceber certo sentimento difuso de conformismo, quando se assiste a olhos nus a perda de bens caros ao ser humano, conquistados não sem enorme esforço por gerações passadas. Sentimento difundido por inédita "filosofia tecnológica" do tempo atual pautada na permissividade, para a qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade.<sup>305</sup>

Não se pode negar que as hodiernas técnicas de informática acolhem praticidades salientes para a sociedade, logo, os poderes que regem a República e demais instituições devem adequar-se a elas censurando, tão-só, o abuso da mídia digital.

Neste ponto, impõe-se tecer acerca da presença inafastável da liberdade de imprensa. Pode-se dizer que a imprensa representa um dos supedâneos da democracia, pois povo desinformado é povo inculto, *habitat* favorável ao autoritarismo estatal, corrupção e demais mazelas sociais.

Tendo tal constatação como base, a Lei Maior buscou amparar a comunicação social no artigo 220, *caput*, apontando que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".<sup>306</sup>

Logo em seguida, a Carta Magna ordena na aplicação da plena liberdade de informação jornalística observação, como limites, da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (artigo 220, § 1º).

Ademais, o § 3º do artigo 222 dirige o manejo de tal liberdade, ao asseverar que "os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221", postulados dos quais se sobressai o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (inciso IV).

Para o Ministro Luis Felipe Salomão manifestando seu voto no processo envolvendo a "Chacina da Candelária", a barreira constitucional à liberdade de informação, repousada na vida privada, intimidade, honra, imagem e,

---

<sup>305</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão (Resp. 1.334.097): <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso: 30 nov. 2015.

<sup>306</sup> Sobre a comunicação vide item 3.1, página 28.

de resto, nos valores individuais e da família, supramencionados, demonstra que, no sopesamento de direitos, nota-se certa primazia à dignidade da pessoa humana, que não dispensa análise robusta do caso em concreto.<sup>307</sup>

A conclusão em testilha foi elaborada pelo fato de que no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 há a fixação da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República.

Esta, porém, não foi a leitura do Supremo Tribunal Federal ao declarar a não recepção da Lei de Imprensa pela Lei Maior:

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. [...] A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.<sup>308</sup>

Utilizando da oportunidade cedida por esta passagem do Pretório Excelso, é imperioso compilar os argumentos contrários à tese do direito ao esquecimento como fez o Ministro Luis Felipe Salomão:

i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um "delírio da modernidade"; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando

<sup>307</sup> Sobre o respectivo acórdão vide item 5.3.2.2, página 109.

<sup>308</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão da Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 130 Distrito Federal. Min. Rel. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso: 30 nov. 2015

alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística.<sup>309</sup>

Soma-se, ao supramencionado, um argumento interessante de que o pleito do direito ao esquecimento, paradoxalmente, torna o indivíduo mais conhecido e eternamente lembrado por uma simples busca das jurisprudências acerca do tema.

Tal efeito colateral foi, inclusive, apelidado como “efeito Streisand”<sup>310</sup> por Mike Masnick revelando um fenômeno digital na qual a tentativa de deletar uma informação se volta contra o titular, culminando numa espiral de divulgação.

Assim se verificou, por exemplo, com espanhol Mario Costeja González que numa frenética ânsia em ser esquecido tornou-se afamado em face da decisão europeia e “agora todo mundo sabe de sua história, pode ler sobre seu apartamento de 90 m<sup>2</sup> em Barcelona ou até ver sua calvície nas fotos estampadas internacionalmente”.<sup>311</sup>

A despeito de todas as críticas, o direito ao esquecimento é, sim, importante na tentativa de equilibrar a modernidade líquida e merece cautela rigorosa na sua aplicação. Como não há consenso nem mesmo entre os Tribunais Superiores, impende traçar condições de aplicação do direito ao esquecimento para os fatos não criminosos e criminosos em complemento aos supraelencados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>309</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>310</sup> A nomenclatura “Efeito Streisand” alude “a um incidente em 2003 no qual a atriz e cantora estadunidense Barbra Streisand processou o fotógrafo Kenneth Adelman e o website *Pictopia.com* em 50 milhões de dólares em uma tentativa de ter uma foto aérea de sua mansão removida da coleção de 12000 fotos da costa da Califórnia disponíveis no site alegando preocupações com sua privacidade. Como resultado do caso a foto se tornou popular na Internet, com mais de 420000 pessoas tendo visitado o site durante o mês seguinte”, informação disponível em: <<http://www.contabilidade-financeira.com/2011/05/efeito-streisand.html>>. Acesso: 30/11/2015

<sup>311</sup> LUCHETE, Felipe. Cobrar direito ao esquecimento pode provocar efeito inverso. 6 de agosto de 2014. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-06/cobrar-direito-esquecimento-provocar-efeito-inverso>>. Acesso: 30 nov. 2015.

#### 5.4.1 Incidência do direito ao esquecimento aos fatos não criminosos

No que tange aos fatos não criminosos pode-se sintetizar os jaezes em: domínio público; memória social e interesse público.

O indivíduo integralizado no domínio público será fatalmente impelido aceitar a publicidade de sua privacidade, sempre ressaltando, sem tocar as esferas mais profundas da intimidade e do segredo. Isso porque, as pessoas célebres alienam, algumas involuntariamente, sua esfera privada.

Paulo José da Costa Jr. aclara:

Em outras palavras: se as pessoas que consciente ou inconscientemente se expõem à publicidade, como atores, esportistas, músicos, inventores, políticos, por se tornarem objeto de um legítimo interesse público, perdem a crosta exterior da sua intimidade (*Privatsphäre*), conservam, porém, o seu direito à intimidade, embora mais restrito, reduzido às manifestações essenciais da soledade.

O *derecho al olvido* para as pessoas notórias só surgiria, assim, quando a informação atingisse as camadas mais densas da privacidade *lato senso*, a serem ponderadas pelo Estado-Juiz na respectiva demanda.

O segundo aspecto condicional ao esquecimento é a memória social. Quando a informação é imprescindível à memória social, como fatos históricos do período ditatorial, o direito ao esquecimento fica mitigado pela liberdade de imprensa e informação.

A memória social é alimentada pelos registros informacionais por simbolizar política pública de gestão da biografia da sociedade. Reativar a memória coletiva colabora na metodologia didático-pedagógico de educação da Cidadania e da República, com o fito de clarificar o passado, e, com tal elucidação, elaborar projetos eficientes, e não utópicos, à evolução social.

A compreensão do presente pressupõe o estudo do passado. Nesse raciocínio, a memória opera como instrumento de empecilho à reiteração dos erros passados.

A *contrario sensu*, quando o fato interessa – tão somente- a memória de seu titular, causando desconforto na sua difusão, o *right to be forgotten* se aflora como ramificação da dignidade da pessoa humana.

Diretamente vinculado ao que se exibiu, o magistrado deverá detectar se há mero interesse do público na propagação dos dados pessoais ou se, realmente, há interesse público.

A curiosidade pública é conduzida, repetidamente, pela aversão pública, exibicionismo acentuado do indivíduo, condenação social prévia e vingança ininterrupta.

A definição de informações de interesse público envolve as notícias proeminentes para o convívio social. *Verbi gratia*, notícias imprescindíveis para resguardar a saúde ou a segurança pública, ou para “prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, prima facie, peso apto para superar a garantia da privacidade”<sup>312</sup>.

Para o dicionário de ciências sociais, interesse público seria:

[...] o princípio geral pelo qual se orientaria o processo de escolhas de políticas públicas em uma sociedade democrática; o critério pelo qual se julgaria o “acerto” ético e moral das referências traduzidas numa opção de política pública; o parâmetro principal pelo qual o desempenho de um governo seria julgado.<sup>313</sup>

O interesse público consiste em consectário lógico do regime democrático, pautado, no predomínio das maiorias. Não resulta do “somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum”.<sup>314</sup>

#### 5.4.2 Incidência do direito ao esquecimento aos fatos criminosos

Postas as considerações acima aludidas, se põe a verificar o direito ao esquecimento para os fatos criminosos.

Ordena-se tal constatação a partir da indagação a respeito do critério temporal máximo em que a mídia pode cobrir – licitamente- um fato criminoso perpetrado por determinado agente.

<sup>312</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373.

<sup>313</sup> DICIONÁRIO de ciências sociais. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 629.

<sup>314</sup> CARVALHO FILHO, J. S. Interesse público: verdades e sofismos. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73.

Mencionou-se, alhures, que a Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967) no artigo 21, §2º dispunha: “Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele”.

Entretanto, aludida legislação foi declara não recepcionada pela Constituição da República de 1988. Isto é, a única normatização acerca do tema foi afastada do ordenamento jurídico sob o fundamento da vedação de imposição de empecilhos à imprensa, leia-se, censura à comunicação social (artigo 220 da Lei Maior).

Na ocasião, o Ministro Joaquim Barbosa, seguido da Ministra Ellen Gracie, discordou, como o Procurador Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, do afastamento de tal artigo, pois:

O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano.

Pela omissão normativa, alguns doutrinadores forneceram soluções ao lapso temporal das matérias objeto do jornalismo policial.

Paulo José da Costa Jr. delinea a cobertura da infração até o cumprimento da pena:

Lícita, portanto, a publicação da fotografia do evadido de cárcere ou manicômio, de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça de pessoa perdida. Não se justificaria, entretanto, publicar a fotografia de um condenado, que já tivesse recebido a pena e que não merece tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária.<sup>315</sup>

Simone Schreiber, por outro lado, defende que a veiculação da notícia do delito deve se dar até o julgamento definitivo da causa:

O critério de atualidade da causa deve ser adotado no Brasil, sendo razoável sustentar que o período de potencial colisão entre a liberdade de expressão e o direito ao julgamento justo vai da instauração do inquérito até o julgamento definitivo da causa. Indiscutivelmente, um período baste longo,

---

<sup>315</sup> Costa Jr., Paulo José. *Op., cit.*, página 46.

considerando a morosidade dos procedimentos que marca o sistema judicial brasileiro. Contudo, o elemento temporal é apenas um, que se apregoa aos dois primeiros, para a caracterização do *Trial by media*. Não se está defendendo a proibição de veiculação de qualquer reportagem sobre julgamentos criminais enquanto estiverem em curso, mas apenas campanhas da mídia, integradas por sucessivas reportagens prejudiciais que apresentem potencialidade de influenciar indevidamente no resultado de determinado julgamento. O fator tempo integra ademais a noção de campanha da mídia, pois as reportagens prejudiciais devem se suceder por determinado lapso temporal, podendo ter início na fase investigatória e prosseguir na pendência do julgamento.<sup>316</sup>

Com mais razão está José Paulo da Costa Jr., pois quando do julgamento a sociedade ainda se tem interesse cumprimento da pena como mecanismo fiscalizador da resposta estatal. Afora isso, diante da historicidade do delito nem mesmo a extinção da pena é hábil a retirar da mídia sua veiculação.

Tal constatação procede do conflito entre o direito de ser esquecido e o evidente interesse público presente noticiários criminais.

A história de um povo representa patrimônio imaterial simbolizando os mais diversos fatos e personagens responsáveis de projetar, para momento porvindouro, as linhas políticas, sociais ou culturais de determinado período.

O crime cometido anteriormente ingressa nos registros históricos de uma sociedade a serem rememorados por gerações futuras. Um delito consubstancia-se em elemento característico refletor de costumes e convivência de determinada época, indispensável ao estudo da ciência penal e processual penal, assim como, para evolução jurisprudencial, sobretudo, na aplicação da pena.

Nessa linha de raciocínio, a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade - e o próprio ser humano - evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanitários, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia.

O que se espera é mesmo que as futuras gerações, por intermédio do registro histórico de crimes presentes e passados, experimentem idêntico sentimento de evolução cultural, quando, na posteridade, se falar em Chacina da Candelária, Chacina do Carandiru, Massacre de Realengo, Doroty Stang, Galdino Jesus dos Santos (Índio Galdino-Pataxó), Chico Mendes, Zuzu Angel, Honestino Guimarães ou Vladimir Herzog.<sup>317</sup>

---

<sup>316</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 352.

<sup>317</sup> Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão (Resp. 1.334.097): <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso: 30/11/2015.

Certo é que, como já foi debatido, a mídia exerce um movimento de enfoque sobre crimes famigerados. Muitos deles receberam episódio exclusivo em programas, como o Linha Direta (“frequentador” do Poder Judiciário).

O que tornou o programa alvo de ações judiciais foi, justamente, a técnica de junção do jornalismo com dramatização, criando no telespectador a confiança de que naqueles exatos moldes se passaram os fatos. A simulação dramatúrgica torna-se real aos olhos daquele que a assiste, não restando imprecisão acerca da acusação do crime e do criminoso.

Indubitavelmente, os delitos difundidos pela mídia, em regra, já estavam sentenciados pela própria sociedade.

Portanto, a propagação ampla e eterna, sobretudo, dramatizada, de uma infração e de seus personagens pode ocasionar, sim, abuso à dignidade humana em face da seleção social infundável suportada por tais agentes.

O direito ao esquecimento, aqui, cairia como luva não para efetivamente deletar todas as informações a respeito daquele fato - visto que a *internet* adere à nuvem digital todas as informações nela dispostas - mas sim para dificultar seu acesso visando a ressocialização e dignidade da pessoa humana.

Prescreve, ainda, o ministro Luis Felipe Salomão:

[...] o direito ao esquecimento pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. Portanto, a questão da historicidade do crime, embora relevante para o desate de controvérsias como a dos autos, pode ser ponderada caso a caso, devendo ser aferida também a possível artificiosidade da história criada na época.<sup>318</sup>

Em suma, após o cumprimento integral da pena, o sentenciado poderá pleitear judicialmente o direito ao esquecimento. Caso o magistrado constate a historicidade, ou outra particularidade, do crime, à luz das jurisprudências já mencionadas, elegerá a liberdade de informação. Contudo, se o fato puder ser veiculado sem a menção de dados pessoais do condenado e sem prejuízo para a veracidade factual, o direito ao esquecimento poderá ser concedido judicialmente.

---

<sup>318</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015

## 5.5 O Direito ao Esquecimento e os Maus Antecedentes

Obviamente, após toda a explanação sobre a teoria do direito ao esquecimento fica evidente que ela existe – somente - se o fato é passível de divulgação por qualquer veículo de comunicação.

Patente erro é aclamar o esquecimento de registros sigilosos como alegou o Ministro Dias Toffoli<sup>319</sup> para embasar a limitação temporal dos maus antecedentes a cinco anos.

É antagônico pedir a privacidade daquilo que já é sigiloso.

De todas as jurisprudências colacionadas, nacionais ou comparadas, notou-se que o direito ao esquecimento é uma exceção a ser acurado casuisticamente.

Nesse raciocínio, o direito ao esquecimento dos registros criminais já foi concedido pela Lei de Execução Penal<sup>320</sup> que impõe sigilo aos antecedentes, aquebrantado, exclusivamente, para a aplicação de pena a novo delito perpetrado pelo agente.

Soma-se o fato de que o Código Penal visivelmente taxou o período depurador, especificadamente, à reincidência (artigo 64, inciso I). Feito isso, não é possível realizar interpretação extensiva à citada legislação para impor a ampliação do alcance depurativo sob pena de desconfigurar a natureza do direito ao esquecimento, concomitantemente, a natureza dos maus antecedentes.

O direito ao esquecimento, por compor o quadro dos direitos da personalidade, não é absoluto. Impô-lo, automaticamente, após transcurso do quinquídio é o mesmo que conferir, sem respaldo legal algum, absolutismo a um direito. Logo, desvirtua-se a máxima da proporcionalidade imanente aos conflitos de direitos igualmente valorados.

---

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 119200, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf>>. Acesso em: 28 out. 2015. Já abordado no tópico 4.4.1.2, página 63.

<sup>320</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: Artigo 163. “A sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão em livro especial do Juízo a que couber a execução da pena. § 1º Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro. § 2º O registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo penal”. Artigo 202. “Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou 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”

Neste ponto, o artigo 59 do Código Penal – que repousa os antecedentes - concretiza a moderação entre o garantismo positivo e negativo perfilhados pela proporcionalidade ao trazer o conteúdo mínimo a ser sopesado pelo Estado-Juiz. Impor vida útil aos antecedentes levaria a uma proteção estatal insuficiente a ponto de rasgar o princípio da individualização da pena equiparando infratores primários com agentes não primários, e por decorrência, a igualdade material.

Explica-se: o princípio da individualização da pena permite avaliar o perfil do agente para ponderar a pena adequada aos contornos do delito. Exerce, ainda, papel mantenedor da igualdade material ao amoldar a pena ao respectivo infrator. No mesmo sentido, Roberto Lyra:

A defesa social tem finalidade direta – a readaptação, - empenhando-se, especificadamente, pela eliminação da causa do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquentes para determinar o tratamento praticamente mais adequado.<sup>321</sup>

Os antecedentes criminais possuem natureza jurídica de circunstância judicial mediante ato discricionário juridicamente vinculado à luz do caso concreto. Transformá-la em circunstância legal (como a reincidência) dilacera o princípio da legalidade que decreta previsão normativa para a incidência de uma agravante. Não há agravante implícita no Direito Penal.

O brocardo “quem pode o mais pode o menos” tampouco é suficiente para limitar os maus antecedentes. Não foi imotivada a pretensão legislativa de deletar, isoladamente, a reincidência permitindo a duração perpétua dos maus antecedentes. Justamente pela imperiosidade, taxatividade e intensidade é que a recidiva se “apaga” após o período depurador.<sup>322</sup>

E atente-se (a redundância aqui é imperiosa): isso não é negar o princípio do *non bis in idem* uma vez que não há apenas um fato, mas dois, ou mais, fatos delituosos, sendo imprescindível leva-los em consideração, na pena da segunda infração.

---

<sup>321</sup> LYRA, Roberto. *Op., cit.* p. 170.

<sup>322</sup> Os efeitos da reincidência foram abordados no tópico 4.2.6.

A pena do delito antecedente não terá ingerência com a reiteração criminosa. Não alcança, assim, o delito pretérito. Representa o “cometimento de novo fato antijurídico, além do anterior”.<sup>323</sup>

Neste diapasão, o direito penal não poderia riscar o passado do infrator revestindo-o de primário no cumprimento de um equivocado prejuízo à ressocialização. Assim fosse, estar-se-ia pregando a instituição de uma falsidade jurídica.

Indaga-se qual seria o impedimento à reintegração social se os delitos cometidos no passado estariam envolvidos por registros sigilosos. Diferentemente, seria se tais fatos fossem constantemente lembrados pela publicidade conferida pelos veículos de comunicação, conferindo a roupagem de *outsider* para os condenados.

E aí sim, se encaixa o direito ao esquecimento. O condenado tem o direito de ser esquecido –como regra- da mídia, seja digital ou não, após seu cumprimento da pena, mas isso não confere o direito de se tornar primário assim como outro indivíduo que nunca praticou uma infração penal.

O enunciado específico sobre o tema bem esclarece que “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história”.<sup>324</sup>

Não se está, bem como, realizando *analogia in malam partem* no vitaliciamento dos maus antecedentes. O artigo 64 do Código Penal é claro ao mencionar “para efeito de reincidência”, leia-se, para outros efeitos – como os maus antecedentes – não se aplica a regra disposta.

Interpretar o dispositivo de forma diversa é o mesmo que legislar por via oblíqua. O Poder Judiciário não pode figurar como legislador ativo no exercício da função jurisdicional.

Aliás, muito cuidado se deve ter com a tendência da “supremocracia”, ou melhor, com os casos em que o Supremo Tribunal Federal avoca o protagonismo da função legislativa.

O mesmo Tribunal, inclusive, já ilustrou que “a data da condenação não afeta a existência de antecedentes”.<sup>325</sup>

---

<sup>323</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf>>. Acesso: 01 dez.2015

<sup>324</sup> BRASIL. Enunciados da VI Jornada de Direito Civil. Os enunciados da VI Jornada de Direito Civil podem ser verificados no site: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

Afora isso, “a base de dados do órgão de identificação criminal tem natureza de registro público, que não pode, simplesmente, ser elidido, apagado, até porque as informações ali constantes podem ser exigidas para fins judiciais”.<sup>326</sup>

Os registros criminais digitais são acessados, tão somente, por senhas especificadamente cadastradas, de modo que fica lançado no sistema quem as maneja para acessar o cadastro criminal. Por conseguinte, constatada violação de sigilo funcional, com respectiva propagação dos dados, poderá se iniciar processo criminal com fulcro no artigo 325 do Código Penal.

Essa é uma das teses do Ministério Público do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

ANTECEDENTES CRIMINAIS – EXCLUSÃO DE DADOS DOS INSTITUTOS DE IDENTIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE A lei assegura o sigilo dos cadastros criminais, nas hipóteses de arquivamento de inquérito, absolvição, reabilitação e extinção da punibilidade, salvo requisições judiciais ou casos expressos em lei. Tais dados, portanto, não podem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação.<sup>327</sup>

Supondo acatar a tese do esquecimento disposta pelo Supremo Tribunal Federal aos maus antecedentes, se o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá viesse a cometer novo crime, notadamente contra a vida, após cinco anos do cumprimento de sua pena atual, o juiz deveria considerá-los primários na aplicação da pena.

Sem dúvidas, a população não se convenceria que o casal poderia ser equiparado a indivíduos primários pela suposta premissa do direito ao esquecimento. Mormente, porquanto bastaria inserir seus nomes em buscadores de

---

<sup>325</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, RHC 83547/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 14/11/2003. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770106/recurso-em-habeas-corporus-rhc-83547-sp> >. Acesso em: 25 out. 2015. STF, HC 95585/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe publ. 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2911217/habeas-corporus-hc-95585-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015. STF, HC 74967/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/05/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700463/habeas-corporus-hc-74967-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015. STF, HC 86415/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/11/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14788841/medida-cautelar-no-habeas-corporus-hc-86415-pr-stf>>. Acesso em: 25 de out. 2015.

<sup>326</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 9ª edição. Forense, 01/2014, pag. 43.

<sup>327</sup> SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional** nº. 212 do (D.O.E., 01/06/2005, p. 41). Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ordem\\_numerica](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ordem_numerica)>. Acesso: 30 nov. 2015

pesquisa que a sociedade teria acesso ao crime cometido à época (levando-se em conta que pela notoriedade do delito o direito ao esquecimento midiático seria improcedente no *caso Isabella Nardoni*).

Utilizando-se de fatos verídicos, Francisco da Costa Rocha, vulgo Chico Picadinho, anos após ser foi solto por bom comportamento cometeu novo crime nos mesmos parâmetros do primeiro. Não há como se esperar que o magistrado vá considera-lo como primário.<sup>328</sup>

Nesse sentido, impor regras a assuntos tão delicados consiste em violentar flagrantemente toda ciência penal. Ou melhor, dissimular a verdade sob o prisma de falsas premissas - como as alegadas pelos favoráveis à limitação dos maus antecedente - representa violação a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a justiça social.

Nessa linha, reitera-se outra tese institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo que sintetiza:

Afastada a circunstância legal da reincidência (art. 61, I, CP) pela ocorrência de sua 'prescrição' (art. 64, I, CP), a sentença condenatória anterior subsiste para efeitos de reconhecimento da circunstância judicial dos maus antecedentes (art. 59, CP).<sup>329</sup>

Como a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 119200 PR, ainda, não é vinculante, não há que servir parâmetro para embasamento jurisprudencial e doutrinário vez que está abalizada em falsas e preocupantes pontuações. A decisão, deve, assim, ser objeto de estudo para que não se cometa o mesmo equívoco no manuseamento do direito ao esquecimento, tendo em vista que a matéria está modulada como assunto de repercussão geral (tema 150<sup>330</sup>).

---

<sup>328</sup> CALIXTO, Leandro. Chico picadinho pode deixar a prisão em 90 dias. 01 de julho 2010. **Estado: Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chico-picadinho-pode-deixar-prisao-em-90-dias-imp-574593>>. Acesso em: 30 nov. 2015. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJO-5257-215805,00.html>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

<sup>329</sup> SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional**. Publicada no D.O.E., 23/06/2004, p. 33. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUjl4jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ORDEM\\_ALFABETICA\\_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUjl4jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

<sup>330</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 119200, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

O crime deve ser analisado miudamente pelo magistrado, para aplicação da pena, harmonizando o delinquente e com a pena. A pena deve ser a mais pertinente a prevenir, reprimir e ressocializar aquele infrator. E quando não é a primeira violação a um bem jurídico, o agente não poderá receber a mesma resposta que outro indivíduo primário.

Tirar essa valoração judicial consiste em mitigar a função típica do Poder Judiciário.

Em suma, o direito ao esquecimento “não é o caminho salvador para tudo”<sup>331</sup>, sobretudo, para acobertar um hipotético garantismo camuflado com ilegalidade e inconstitucionalidade.

---

<sup>331</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

## 6. CONCLUSÃO

Restou evidente que a individualização da pena representou grande conquista na evolução penal. A antiguidade, demarcada pela vingança divina, avultava a sanção aos demais membros da família visando penitenciar a transgressão perpetrada pelo autor do fato.

E foi com o Direito Canônico que se vislumbrou a idiosincrasia da pena, sobressaindo o componente subjetivo da infração, contrapondo-se à percepção meramente objetiva do delito marcado no Direito germânico.

Tal individualização reclama atuação judicial (em complemento à legislativa e ao lado da administrativa) para o exercício da regrada discricionariedade provida pelo legislador. Este encarregou o julgador, cuidadosamente, a um arbítrio, criterioso e embasado, definindo preceitos limitativos para administra-lo casuisticamente.

Referida adequação da pena ao fato perpassa, inicialmente, pelas circunstâncias judiciais ilustradas no artigo 59 do Código Penal. Coincidentemente, o mesmo dispositivo traz a teoria mista adotada pelo Estatuto Penal que assume dupla finalidade, leia-se, de retribuição e prevenção (geral e especial).

Acenada união eclética de finalidades permite, simultaneamente, o desencorajar de possíveis infratores, a sustentação da lei penal, a contenção da reincidência e a ressocialização.

Daí se conclui que as circunstâncias judiciais, notadamente, os antecedentes criminais são instrumentos primordiais para a concreção da individualização da pena.

No mesmo sentido, se verifica um viés do movimento de política criminal conhecido como “Novíssima Defesa Social”, que prega a pacificação da sociedade mediante o tratamento do condenado, da leitura do artigo 1º da Lei de Execução Penal. Materializa-se tal preocupação, *verbi gratia*, no artigo 202 deste corpo legal ao tutelar a ressocialização do sentenciado através do sigilo da condenação nos registros criminais.

É notável, portanto, que o legislador cuidou de detalhar os pressupostos necessários para a humanização da pena a fim de não desequilibrar a bifurcação da prevenção e retribuição

Ocorre que, um suposto garantismo que vem se ampliando, paulatinamente, busca infiltrar concepções impróprias focando-se exacerbadamente no aspecto preventivo especial positivo da pena (ressocialização), olvidando-se das demais facetas preventivas e retributiva da pena.

A ressocialização, como visto, já foi contemplada pelo legislador, logo, pender –tão-só- para sua direção consiste em desestabilizar o equilíbrio trazido pelo artigo 59 do Código Penal. Por consequência, ensejaria o estímulo ao crime, abafaria a eficácia da legislação penal, instigaria a reincidência e divulgaria a impunidade.

Do que adianta blindar, sobremaneira, o criminoso se desampara a sociedade e desfalece o sistema de segurança pública.

Uma dessas teses garantistas se acorrenta na aplicação do direito ao esquecimento no sistema de duração temporal dos maus antecedentes.

Todavia, a ânsia em buscar a defesa do réu pode acarretar na utilização precipitada de argumentos antagônicos e desarrazoados, como a aludida combinação.

O sistema que circunda os antecedentes criminais é durativo e rechaça um termo final. É extraído, justamente, da leitura – *a contrario sensu* - do artigo 64, inciso I do Estatuto Penal que limita, isolada e expressamente, a reincidência.

Num primeiro olhar, poderia se alegar contradição entre tais sistemas, já que a reincidência pela maior gravidade teria duração pré-estabelecida em lei, ao contrário dos maus antecedentes que teria perpetuidade temporal.

Entretanto, um devido estudo do arcabouço jurídico já esclarece tal opção legislativa. Ora, é, exatamente, por ser mais grave que a reincidência é limitada, seus efeitos possuem intensa gravitação negativa no infrator e perpetuá-los, sem dúvida, seria uma intensificação exasperada da finalidade retributiva.

Assim sendo, por medida de política criminal, o legislador optou por “apagar” a reincidência após o período depurador mas manter um registro que diferenciasse um indivíduo não primário daquele que nunca infringiu uma regra penal.

Nada mais justo, pois o sistema deve refletir sobre hipóteses que não facilitem a violação de um bem jurídico. Caso, também, se excluísse do registro criminal os antecedentes seria possível criar esquemas de reiteração criminosa a cada cinco anos pós cumprimento de pena e ainda ter sanções mais brandas.

Obviamente, que em certos casos, como crimes culposos ou de pequena lesividade cometidos há mais de cinco anos, não necessariamente seriam demarcados pelo julgador no exame inicial do método trifásico da pena. Isso porque o arbítrio judicial é pautado na justiça e nas peculiaridades do caso concreto com coerente motivação exibida.

Diferentemente, não haveria a permissão um juiz afastar a reincidência constatada no processo se fosse de notável aplicação, por se tratar de circunstância judicial.

Alegar, bem como, interpretação extensiva benéfica ao réu é de igual equívoco, uma vez que citada interpretação só é realizada em normas não taxativas. O artigo 64 do Código Penal escancara a expressão “para efeito de reincidência” a fim de que não haja expansão deste efeito.

É nítida a incorporação no papel de legislador quando o judiciário mescla termos e camufla palavras para exercer sua função típica. Isso uma atividade legislativa disfarçada de “hermenêutica”. A tripartição de poderes não pode ter efeito retórico, mas sim deve ter existência real.

Sobre o assunto, a função típica de julgar impõe a utilização de todos os documentos referentes ao infrator, num reflexo da teoria dos poderes implícitos.

Afora isso, a teoria finalista do delito crava a análise do dolo ou culpa do agente no cometimento do delito. Para tanto, é mister verificar as tendências daquele infrator vez que, muitas vezes, conhecer o dolo exato do autor se mostra impraticável.

Viu-se, outrossim, que não há que se confundir perpetuação dos maus antecedentes com perpetuação de pena. A pena está estampada nos preceitos secundários dos dispositivos, já as circunstâncias judiciais estão postas para auxiliar a discricionariedade regrada como instrumentos viabilizadores da individualização da pena.

Ademais, a interpretação extensiva nesse caso para aplicar o direito ao esquecimento se confrontaria com a natureza excepcional deste direito.

O direito ao esquecimento dispõe que dados pessoais sejam excluídos de um sistema midiático, digital ou não, para que o indivíduo não fique estigmatizado no corpo social pela exposição de sua privacidade.

Certo é que o esquecimento nada mais significa do que a contenção de uma informação na memória individual, tão-só, do seu titular, até que, pela ausência de registro, seja efetivamente esquecida.

Numa sociedade da superinformação, vivenciada na modernidade líquida, em que a velocidade de acesso e repasse se tornam demasiadamente céleres, se busca tentar com o direito ao esquecimento, ao menos, dificultar este alcance informacional para proteger a vida privada que pode, sem a devida cautela, ser realmente esvaecida.

O direito a ser esquecido tem suas raízes fincadas no âmbito criminal com o intento de retirar dos noticiários aquele que já cumpriu sua pena para permitir sua ressocialização.

Com efeito, a mídia exerce um papel influente na sociedade, sobretudo, na seleção de cidadãos que cometeram delitos. Claramente, a sociedade necessita da informação trazida pela mídia, mesmo porque o direito à informação consiste em um dos cânones constitucionais supedâneos da Democracia.

Sem informação não há evolução social. Mas é visível que a mídia explora os assuntos receptores de maior audiência, dentre os quais, os crimes contra a vida, ocasionalmente, sem o adequado objetivismo.

Dessarte, se pleiteia um esquecimento midiático após o encerramento do *ius puniendi* estatal. Excepcionalmente, por motivos históricos a pretensão será sobrepujada pela memória social, direito à verdade e à informação.

Os Tribunais de Justiça nacionais, ao contrário do Tribunal de Justiça da União Europeia, veem com muita cautela referido direito, determinando que se peça diretamente ao site originário da notícia que se retire a informação veiculada. Na União Europeia, se encarrega os buscadores a tal função.

O Superior Tribunal de Justiça em 2013 se posicionou favoravelmente à existência do direito ao esquecimento impondo, corretamente, uma análise casuística mediante ponderação com os valores constitucionais da liberdade de imprensa, direito à informação e liberdade de expressão.

Ainda não se manifestou este Sodalício acerca do esquecimento digital, que renderá, ainda, muitas demandas judiciais.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado conivente com o direito ao esquecimento, sobretudo, nos maus antecedentes, rotulando –

inclusive- o tema como de repercussão geral. Aliás, referido posicionamento vai de encontro com toda motivação findada no afastamento da Lei de Imprensa.

Recentes projetos de lei, bem como, estamparam tentativa de normatizar o tema. Contudo, a complexidade é tamanha que erros evidentes são constatados.

Não há como regradar um assunto excepcional e casuísta sem margem de arbítrio judicial à luz das peculiaridades concretas. Esta é uma falha comum entre citados projetos de lei.

Falha também da Corte Suprema brasileira que deseja retirar o casuísmo e a excepcionalidade de um direito, puramente, ponderativo pela máxima da proporcionalidade.

Não é recente a afirmação de que não há valores absolutos. Empregar nova visão a este respeito transtorna todo o ordenamento jurídico aclamado.

Salienta-se, o direito ao esquecimento se destina a registros de acesso público. E os maus antecedentes estão acobertados pelo sigilo trazido pela Lei de Execução Penal aquebrantado, somente, para fins judiciais no cometimento de novo delito.

O tipo abstrato traz um rigorismo fixo para aquele fato, porém as estruturas de quem comete o delito possuem variantes mais laboriosas do que a severidade prevista abstratamente.

Deste modo, os magistrados se ocuparam da tarefa individualizador para humanizar a pena adaptando à vida do condenado.

A individualização vem, assim, para que a pena seja dinâmica e não estática. Os infratores não podem ser vistos com generalidade, mas sim com especificidade. E colocar todos eles em tábula rasa é o mesmo que “esquecer” os ditames do sistema penal e a da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena. **Mídia e processo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ABREU, Iduna Weinert. **A teoria da ação finalista de Hens Welzel**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 12 out. 2015.

AGUIAR, Adriana. **Doca Street não terá de ser indenizado pela Globo**. Revista Consultor Jurídico, 12 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca\\_street\\_ao\\_indenizado\\_globo](http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca_street_ao_indenizado_globo)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

ALEMANHA. BVerfGE 35, 202. **Lebach**. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#>>. Acesso: 19 nov. 2015

\_\_\_\_\_. Acórdão BverfGE 88, 203, 1993. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>. Acesso em: 30 nov. 15.

\_\_\_\_\_. BvR 348/98, BVR 755/98. **Lebach II**. Acórdão disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125\\_1bvr034898.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125_1bvr034898.html)>. Acesso: 19 nov. 15.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. Malheiros Editores. 2012

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados**. Revista de processo, v. 32, n. 152, p. 165-180, out. 2007. item 1

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMARAL, Rodrigo. **Alvin Toffler: 3º onda é a única opção para o Brasil**. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020815\\_eleicaooct8ro.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020815_eleicaooct8ro.shtml)>. Acesso em: 06 out.2015.

ARAGÃO, Alexandre; ORRICO, Alexandre. 'Direito ao esquecimento' europeu reabre debate sobre a liberdade na web. 19/05/2014. **Folha de São Paulo** TEC. Disponível

em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/05/1455521-direito-ao-esquecimento-europeu-reabre-debate-sobre-liberdade-na-web.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2015

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5.ed. Buenos aires: Editorial Losada, 1950, T.1.

BATISTA, Emerson de Oliveira. **E-News: Fórum Brasileiro de IoT**. Agosto/ 2014 – Vol. 1, Ed. 1. Disponível em: <[http://www.iotbrasil.com.br/new/wp-content/uploads/2014/01/E-NewsIoTBrasil\\_082014.pdf](http://www.iotbrasil.com.br/new/wp-content/uploads/2014/01/E-NewsIoTBrasil_082014.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos Antecedentes à Reincidência Criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica. 1998.

BOSCHI, José Antonio Paganella. A dosimetria das penas privativas de liberdade. In: **Ibccrim: Boletim do Instituto Brasileiro De Ciências Criminais** - 242 - Janeiro/2013. Site: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade)>. Acesso em: 15 de out.2015.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 93 com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso: 07 out. De 2015

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 748. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos nº 37, de 18.8.2000 aprovado em 21.8.2000.**  
**Artigo 4.** Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/codigos/codi\\_conduta/cod\\_conduta.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm)>.  
Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad;** Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. “Marco Civil da Internet”.** 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: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disponível em:  
<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf> e  
<<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/>>. Acesso em: 29 nov. 2015. e  
<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6ymETgjhepcJ:www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/q-a\\_protecaodadospessoais.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6ymETgjhepcJ:www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/q-a_protecaodadospessoais.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. 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: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 7881/2014.** Inteiro teor disponível em:  
<[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1270760&filename=PL+7881/2014](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270760&filename=PL+7881/2014)>. Acesso em: 29 nov. 15

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 215/2015.** Inteiro teor disponível em:  
<[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1298301&filename=PL+215/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298301&filename=PL+215/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 1589/2015**. Inteiro teor disponível em <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1336275&filename=PL+1589/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1336275&filename=PL+1589/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 1676/2015**. Inteiro teor disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=PL+1676/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=PL+1676/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível, com redação original, em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1981**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015

\_\_\_\_\_. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>> Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Disponível em:  
<<http://jf.jusbrasil.com.br/noticias/100474205/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma. HC 119200**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Disponível em:  
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tese de Repercussão Geral nº 150.** Ministro Relator Roberto Barroso. RE 593818. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642160&numeroProcesso=593818&classeProcesso=RE&numeroTema=150>>. Acesso em: 05 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **RHC 88.022/RJ**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 28.03.2006. Disponível em:  
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761177/recurso-em-habeas-corpus-rhc-88022-rj>> Acesso em: 09 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **2ª Turma. RHC 120677 SP** Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/03/2014. Disponível em:  
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25030989/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-120677-sp-stf>>. Acesso: 11 out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 120165**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Informativo 735. Disponível em:  
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24997255/habeas-corpus-hc-120165-rs-stf/inteiro-teor-114416143>> Acesso: 11 out.2015.

\_\_\_\_\_. **RE 453.000/RS**, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf>>. Acesso: 12 out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 95.585/SP**, rel. Min Ellen Grace, 2ª Turma, j. 11.11.2008, informativo 528. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2911217/habeas-corpus-hc-95585-sp>> Acesso:13 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **AO 1.1046/RR**, rel. Min, Joaquim Barbosa, Plenário, j. 23.04.2007, informativo 464. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1046&classe=AO&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso: 13 de out.2015;

\_\_\_\_\_. Rel. Orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j.29.11.2005, **Informativo 411**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso: 13 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **RE 591.054/ SC**, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/12.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 10/11/2015.

\_\_\_\_\_. **HC 97.665/ RS**, rel. Min. Celso de Mello, 2ª.Turma, j. 04.05.2010, **Informativo 585**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97665&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **RHC 121.126/AC**, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j.22.04.2014. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25078609/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-121126-ac-stf/inteiro-teor-119754390>>. Acesso: 13 de out.2015;

\_\_\_\_\_. **RHC 117.095/SP**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j.27.08.2013, Informativo 719. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm>>. Acesso em: 13 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 117.737**, rel Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 15.10.2013. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24594588/habeas-corpus-hc-117737-sp-stf/inteiro-teor-112087760>>. Acesso em: 14 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **RHC 70752 SP**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 14/12/1993. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748757/habeas-corpus-hc-70752-sp>>. Acesso em: 15 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 92.322/PA**, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 11.12.2007, informativo 492. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14768758/habeas-corpus-hc-94945-pa-stf>>. Acesso em: 15 de out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 108.146/GO**, rel. Min. Luiz. Fux, 1ª Turma, j. 05.06.2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21916430/habeas-corpus-hc-108146-go-stf/inteiro-teor-110474255>>. Acesso em: 20 de out.2015

\_\_\_\_\_. **RHC 106814**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 08/02/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18281527/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106814-ms>>. Acesso: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **RHC 83547/SP**, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 14/11/2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770106/recurso-em-habeas-corpus-rhc-83547-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 95585/SP**, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe publ. 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2911217/habeas-corpus-hc-95585-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 74967/SP**, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/05/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700463/habeas-corpus-hc-74967-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 86415/PR**, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/11/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14788841/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-86415-pr-stf>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Inquérito 2.027 Rondônia, 18/12/2009. Tribunal Pleno. MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq2027CM.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma. **HC 110191**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23121660/habeas-corpus-hc-110191-rj-stf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 126315/SP**, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2015. (HC-126315). 2ª turma. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770633/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-126315-sp-sao-paulo-8620482-6420151000000>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma. **HC 119200**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tese de Repercussão Geral nº 150**. Ministro Relator Roberto Barroso. RE 593818. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642160&numeroProcesso=593818&classeProcesso=RE&numeroTema=150>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal**. Min. Rel. Cármen Lúcia. 9 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130**. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **ARE 833248 - Recurso Extraordinário Com Agravo**. Min. Rel. Dias Toffoli. 12/12/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>>. Acesso: 28 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma. **HC 119200**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **RE 453.000/RS**, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf>>. Acesso: 01 dez.2015.

\_\_\_\_\_. **RHC 83547/SP**, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 14/11/2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770106/recurso-em-habeas-corpus-rhc-83547-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 95585/SP**, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe publ. 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2911217/habeas-corpus-hc-95585-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 74967/SP**, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/05/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700463/habeas-corpus-hc-74967-sp>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 86415/PR**, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/11/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14788841/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-86415-pr-stf>>. Acesso em: 25 de out. 2015.

\_\_\_\_\_. **RE 418376 MS**. Min. Marco Aurélio, 09/02/2006, Tribunal Pleno. Disponível em: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE\\_418376\\_MS\\_1305830120706.pdf?Signature=Qh0imkhloQOWU13F5SCQ8TJ6QoA%3D&Expires=1448889391&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e1b1d478fc449d6d2c661ee2e29a93da](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_418376_MS_1305830120706.pdf?Signature=Qh0imkhloQOWU13F5SCQ8TJ6QoA%3D&Expires=1448889391&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e1b1d478fc449d6d2c661ee2e29a93da)>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ** (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 200.900/RJ**, rel. Min. Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma, j. 27.09.12. **Informativo 505**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23370121/habeas-corpus-hc-237145-rj-2012-0060275-2-stj/inteiro-teor-23370122>>. Acesso em: 09 out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 275.126/SP**, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j.18.09.2014. Informativo 594. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/143210228/habeas-corpus-n-275126-sp-do-stj>> Acesso em: 10 out.2015

\_\_\_\_\_. 6ª Turma. **HC 301.693/SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/12/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/159075898/andamento-do-processo-n-301693-sp-do-dia-19-12-2014-do-stj>>. Acesso: 11 out.2015.

\_\_\_\_\_. 6ª Turma Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 26/09/2011 - 26/9/2011 **HC 147840**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077477/habeas-corpus-hc-147840-rj-2009-0182372-0-stj/inteiro-teor-21077478>>;

\_\_\_\_\_. **HC 158848 DF 2010/0002435-4**, Ministro Og Fernandes, 20/04/ 2010, Sexta Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9216888/habeas-corpus-hc-158848-df-2010-0002435-4/inteiro-teor-14296583>>. Acesso: 11 out.2015.

\_\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 516.097/MT**, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 07.08.2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237230/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-516097-mt-2014-0110854-9-stj/inteiro-teor-25237231>>. Acesso: 12 out.2015.

\_\_\_\_\_. **HC 176171 RJ 2010/0108377-2**, Rel. Min. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, j. 13/08/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24048789/habeas-corpus-hc-176171-rj-2010-0108377-2-stj/relatorio-e-voto-24048791>>. Acesso em: 21 de out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 278186 SP 2013/0326159-8**. Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador Convocado do Tj/Sc. 5ª Turma, j. 02/06/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196974450/habeas-corpus-hc-278186-sp-2013-0326159-8>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 571.478/SP**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/139535405/agravo-em-recurso-especial-n-571478-sp-do-stj>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 288.127/MG**, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP], Quinta Turma, julgado em 06/11/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202300333/agravo-em-recurso-especial-aresp-594308-sp-2014-0258370-1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC 240022 SP 2012/0080333-6**. Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, j. 11/03/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25006817/habeas-corpus-hc-240022-sp-2012-0080333-6-stj>>. Acesso: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.334.097-RJ**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013. Informativo 527. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Rel. Min. Nancy Andrighi**, julgamento em 26-6-2012, 3ª Turma, DJE de 29-6-2012. Inteiro teor do **REsp 1.316.921** disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ** (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial Nº 1.335.153 - Rj** (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Resp 794.584/RJ**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.2012. Informativo n 493. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21434897/recurso-especial-resp-794586-rj-2005-0183443-0-stj/inteiro-teor-21434898>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **REsp 801.109/DF**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca?q=resp+801109>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BECKER, Howard S. *Outsiders. Estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BÉLGICA. **Corte di Cassazione, Sezione III Civile**, Presidente Spirito, Relatore Scarano, 05.04.2012. Disponível em: <<https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=it&u=http://www.personaedanno.it/riservatezza-privacy/tutela-dati-personali-obbligo-di-aggiornare-le-notizie-sul-web-cass-5525-2012-pisana-ruol-ruzzini&prev=search>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

BENETI, Sidnei Agostinho. **A constituição e o sistema penal**. In: Revista Jurídica Mineira, V.9, n.97, p. 7-25, set/out. 1992. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33549>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

BENNET, Steven. The “Right to Be Forgotten”: Reconciling EU and US Perspectives. In Berkeley Journal of International Law, USA: V. 30, p. 161-194, 2012. **Melvin vs. Reid**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCsQFjACahUKEwj7u76QgZ3JAhUCp5AKHZKBD80&url=http%3A%2F%2Fscholarship.law.berkeley.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1429%26context%3Dbjil&usg=AFQjCNHzeqDI7AbxOUAhdQoemDklgGAYNw&sig2=jp5uElm9lqHhd0yvlmfcyA>>. Acesso em 19 nov. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, T.3.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**, P.G. Rio de Janeiro: Forense, 1978, T.1.

BURKE, Maria Lúcia Garcia Pallares. **Entrevista com Zigmunt Bauman** (Uma versão reduzida desta entrevista foi publicada na Folha de S. Paulo, caderno “Mais!”, 19 de outubro de 2003) Disponível: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12427/14204>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

CALIXTO, Leandro. Chico picadinho pode deixar a prisão em 90 dias. 01 de julho 2010. **Estadão: Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chico-picadinho-pode-deixar-prisao-em-90-dias-imp-,574593>>. Acesso em: 30 nov. 2015. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215805,00.html>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Edições Almedina. 2003

CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José (org.). **Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000

CAPUCHINHOS. Missionários **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Stampley Publicações Ltda. [ca. 1.974].

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, 3.ed. Bogotá: Temis, 2000.

CARVALHO FILHO, J. S. Interesse público: verdades e sofismos. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. In “**Reincidência**”, artigo do caderno “Direito & Justiça”, Correio Brasiliense de 13 de maio de 1996.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: R.T., 2002.

COOLEY, Thomas McIntyre. **The Elements of Torts**. Gale: Yale Law School Library, 2010.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. CIDH, Série C. n° 126, **caso Fermín Ramírez contra Guatemala**, sentença de 20 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortaIInternacionalJurisprudencia/anexo/13F.pdf>>. Acesso em: 12 out.2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMUNICAÇÃO. Câmara Notícias. **Notícia acerca do posicionamento do Conselho de Comunicação Social (CCS) do Congresso Nacional**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/497582-CONSELHO-DE-COMUNICACAO-REJEITA-PROJETOS-SOBRE-EXCLUSAO-DE-INFORMACAO-PESSOAL-DA-INTERNET.html>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Decreto 678/92. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 14 de out. 2015.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Nataly. Lei Carolina Dieckmann entra em vigor hoje. **Estadão: O Estado de São Paulo**. 02 de abril de 2013. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,lei-carolina-dieckmann-entra-em-vigor-hoje-imp,1015792>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**, P.G.Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/rt, 2007.

DICIONÁRIO de Português Online. **Michaelis**. 1998-2009 Editora Melhoramentos Ltda. 2009. UOL Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=esquecer>>. Acesso: 19 nov. 2015. E: Assunto da Edição, **Site de etimologia**. 22 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/esquecer/>>. Acesso: 19 nov. 2015.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460#\\_ftn23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn23)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: R.T., 1998.

DREDGING up the Past: Lifelogging, Memory and Surveillance. **The University of Chicago Law Review**, n. 75, 2008, p. 59.

DISTRITO FEDERAL. **Acórdão n.º 772390, 20100112151953APC**, Relatora: VERA ANDRIGHI, Revisor: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/03/2014, publicado no DJE: 01/04/2014. P. 464. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**. 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 06 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 113 F. 2d 806 (2nd. Circuit, 1940). **Sidis vs. F-R Publishing Corporation**. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sidis-v-fr-pub-corporation>>. Acesso 19 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. 280 F.3d 1163 (7th Circuit, 2002). **Willan v. Columbia County**. Disponível em: <<https://casetext.com/case/willan-v-columbia-county>>. Acesso 19 nov. 2015.

EUROPA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões**. COM (2010) 609, final. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/health/data\\_collection/docs/com\\_2010\\_0609\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf)>. Acesso: 19/11/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro de 1995**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conselho da Europa**, 2014. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_POR.pdf)>. p. 49; Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013. Processo C-131/12. **Google Spain SL Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. **Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01)**. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FECOMERCIO SP. **VII Congresso Fecomercio de Crimes Eletrônicos. 18-19/08/2015**. Site original do Congresso disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/EventosInterna/Get/13015>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

FERREIRA DA SILVA, Edson. **Direito à Intimidade**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

FLEISCHER, Peter. Implementing a European, not global, right to be forgotten. 30.07.2015. **Google Europe Blog**. Disponível em: <<http://googlepolicyeurope.blogspot.com.br/2015/07/implementing-european-not-global-right.html>>. Acesso: 25 nov. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, P.G., 15. ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva, **Código Penal e sua interpretação**, SP: RT, 8ª ed., 2007.

FRANÇA. TGI Seine, **Landru**. 14/10/1965. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F3i\\_fitDHQUJ:www.institu-totrianon.com.br/arquivos/O%2520Caso%2520Landru,%2520uma%2520s%25FAMula.doc+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F3i_fitDHQUJ:www.institu-totrianon.com.br/arquivos/O%2520Caso%2520Landru,%2520uma%2520s%25FAMula.doc+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso: 20 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. TGI Paris, **Madame M. v. Filipachi et Congedipress**, 20/04/1983. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j-CoUQMLFBYJ:libertescherries.blogspot.com/2013/11/le-droit-loubli-de-florence-rey.html+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Cour de Cassation, Chambre civile 1, n. 89-12580, **Mme Monanges v. Kern**. 20/11/1990 Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wr8LfWSblUYJ:www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/40-1992/013\\_PS\\_SJG\\_SJG9240CM00013.htm+%&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br#.Vk9SeXarTcc](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wr8LfWSblUYJ:www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/40-1992/013_PS_SJG_SJG9240CM00013.htm+%&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br#.Vk9SeXarTcc)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

FREEDOM of the Press. N.p., n.d. Web. 25/06/2003. Disponível em: <<http://faculty.ncwc.edu/mstevens/410/410letco9.htm>>. Acesso em: 06 out. 2015.

GALVÃO, Fernando. **A aplicação da pena**. ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 6.ed. São Paulo: Max Limonad, v.I, t.I, 1982.

GARCIA, Gabriel; CORRALES, Pedro. **Redes sociais alteram o conceito de privacidade e faturam com negociações**. ESPM. Disponível em: <<http://jornalismosp.espm.br/plural/redes-sociais-alteram-o-conceito-de-privacidade-e-faturam-com-negociacoes>>. Acesso: 18 nov.2015.

GEORGIA, Supreme Court. **Pavesich V. New England Life Insurance Co. Et Al**. 03.03.1905 Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAAahUKEwj\\_1JyGopbJAhXFx5AKHSfeDJM&url=http%3A%2F%2Ffaculty.uml.edu%2Fsgallagher%2Fpavesich\\_v.htm&usg=AFQjCNH0oHqSUVGdgKB5rLQ7HSRI FkChQ&sig2=48BDyYWo5zGAVlunSNIWaA](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAAahUKEwj_1JyGopbJAhXFx5AKHSfeDJM&url=http%3A%2F%2Ffaculty.uml.edu%2Fsgallagher%2Fpavesich_v.htm&usg=AFQjCNH0oHqSUVGdgKB5rLQ7HSRI FkChQ&sig2=48BDyYWo5zGAVlunSNIWaA)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

HERREIRA, Aparecida da Silva. Nova Defesa Social. Akrópolis-**Revista de Ciências Humanas da UNIPAR**. Londrina: UNIPAR, v.3, n.12, 1995.

Henrique, DEMERCIAN; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 9ª edição. Forense, 01/2014.

JESUS, Damásio. **Direito penal. Parte Geral**. 31ª edição. Editora Saraiva. 2010.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao Esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 199, p. 276, jul./set. 2013.

LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade do cliente bancário: uma proposta de interpretação conjugando a sistemática constitucional, consumerista e civilista. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul 48**. 2002, p.266-267. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1274905702.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274905702.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

LINHA Direta – Justiça. **Globo**. Aída Curi. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad.José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, T.I.

LUCHETE, Felipe. Proposta quer obrigar imprensa a criar "call center" de direito ao esquecimento. 20 de agosto de 2015. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/projeto-lei-obrigar-call-center-direito-esquecimento>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Cobrar direito ao esquecimento pode provocar efeito inverso. 6 de agosto de 2014. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-06/cobrar-direito-esquecimento-provocar-efeito-inverso>>. Acesso: 30 nov. 2015.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez ¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com? Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Vol. II. 2ª Edição, Revista Forense, Rio de Janeiro, revista e atualizada, p. 175,1995.

MANDEL, Gabriel. Direito ao esquecimento é garantido por Turma do STJ. Revista **Consultor Jurídico**, 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/tj-sp-analisa-diario-oficial-apagar-dados-direito-esquecimento>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

MANZARENA, Luis Rodrigues. **Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain**. San Sebastián: IVAC/KREI. 1989.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Método. 9ª edição, 2015.

MEMORANDO. 01 de outubro de 2011. **Site de etimologia**. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/privacidade/>>. Acesso em 17/11/2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEYER, Jens. Google já apagou cerca de 100 mil links pelo 'direito de ser esquecido'. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/07/1491158-google-ja-apagou-cerca-de-100-mil-links-pelo-direito-de-ser-esquecido-diz-jornal.shtml>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**, P.G., 7.ed. Buenos Aires: IB de f, 2004.

MURILLO, Pablo Lucas. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madri: Tecnos, 1990.

MORENO, José Carlos. **A internet em McLuhan, Baudrillard e Habermas**. Instituto Universitário de Lisboa. **Journal**, vol.7 - nº3 (2013), 059-077. Disponível em <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/viewFile/697/624>>. Acesso em: 06 out.2015

NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários**. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v.1. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PARANÁ (Estado). **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. TRF-A – AC: 58151 PR 2003.70.00.058151-6, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 06/05/2009, Quarta Turma. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6904453/apelacao-civel-ac-58151-pr-20037000058151-6-trf4>>. Acesso em: 26 de nov. 2015.

PRADO, Luiz Regis *et ali*. **Direito de Execução Penal**. 2.ed. São Paulo: r.t., 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**, P.G., São Paulo: R.T., v.1, 2013.

PECK, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Digital**. 5. ed. rev., atual. e ampl., de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEDIDO de remoção de pesquisa ao abrigo da lei de proteção na Europa. **Google**. Disponível em: <[https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch&hl=pt](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt)>. Acesso em: 24 nov. 2015

PEREIRA, Robson. **A influência da mídia no julgamento de grandes casos**. Revista Consultor Jurídico, 3 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-03/estante-legal-influencia-midia-julgamento-grande-repercussao>>. Acesso em: 07 out.2015.

PESSAGNO, Rodolfo G; BERNARDI, Humberto P.J. **Temas de história penal**. Buenos Aires, 1953.

\_\_\_\_\_. Espiral do Silêncio. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/filosofia/espiral-do-silencio/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

PORTO, Gabriella. Teoria Hipodérmica. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/comunicacao/teoria-hipodermica/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Espiral do Silêncio. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/filosofia/espiral-do-silencio/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 25 de Abril de 1974. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 06 out. 2015.

POYARES, Walter Ramos. **Comunicação social e relações públicas**. 2.ed. aum.; Rio de Janeiro: Agir, 1974.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Súmulas do TJRS**. Disponíveis em <[http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas\\_do\\_tribunal\\_de\\_justica/](http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70054612916 Rel. Des. Des. Miguel Ângelo da Silva. Inteiro teor do julgamento disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/7/art20140718-05.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Tese Institucional**. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:y3Ke4oth4VMJ:www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/18\\_IIEncontroPenal%2520\(sem%2520autor\).doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:y3Ke4oth4VMJ:www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/18_IIEncontroPenal%2520(sem%2520autor).doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso: 12 out.2015.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional** (D.O.E., 01/06/2005, p. 41). Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ordem\\_numerica](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ordem_numerica)>. Acesso: 30 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional**. Publicada no D.O.E., 23/06/2004, p. 33. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUj14jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ORDEM\\_ALFABETICA\\_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUj14jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Normas e Serviços da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo 02/86**. Disponível em:  
<<https://arisp.files.wordpress.com/2011/11/portaria-02-19861.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Processo nº 1102375-05.2013.8.26.0100**. Juiz (a) de Direito: Dr(a). Rodrigo Garcia Martinez. Inteiro teor da sentença disponível em:  
<<http://s.conjur.com.br/dl/aecio-google.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Processo nº 1102375-05.2013.8.26.0100**. Juiz (a) de Direito: Dr(a). Rodrigo Garcia Martinez. Dados do processo disponível em:  
<<http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000HV0A0000&processo.foro=100>>. Acesso: 28 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Processo nº 1102375-05.2013.8.26.0100**. Juiz (a) de Direito: Dr (a). Rodrigo Garcia Martinez. Sentença disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1082349-15.2015.8.26.0100&cdProcesso=2S000HV0A0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&cdServico=190101&ticket=wQ3zBhUFTWFDTOfzq4Hco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvGGS9guhLh%2FHUedobBrL%2FcX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBjhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoeQsziAwOiztfKCB2Dkrsc2OGie57h3bvK0Lla8hZAI6xPYcbqbfJxZewwVPKtffA2dzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 28 nov. 2015

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional** nº. 212 do (D.O.E., 01/06/2005, p. 41). Disponível em:  
<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ordem\\_nu\\_merica](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ordem_nu_merica)>. Acesso: 30 nov. 2015

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Tese Institucional**. Publicada no D.O.E., 23/06/2004, p. 33. Disponível em:  
<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUjI4jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos\\_extraordinarios/teses/ORDEM\\_ALFABETICA\\_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UeUjI4jdbIJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-183.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 01 dez. 2015

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7.ed. rev. e atual; São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso: 19/11/2015.

**V SEMINÁRIO DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS.** São Paulo, 26-27 de novembro de 2014. Painel de encerramento: Perspectivas e desafios do direito ao esquecimento. (1h 23 min 17 seg.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rVuiVKSa3uU>>. Acesso: 24/11/2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

SCHECHNER, SAM. Google Backs Majority of 'Forgotten' Requests. **The Wall Street Journal**. 24.07.2014. Disponível em: <<http://www.wsj.com/news/articles/SB40001424052702304521404580049494104087322?mg=reno64-wsj>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

SCHMIDT, Eric. **Google's Schmidt: The Internet needs a delete button.** Disponível em: <[http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/](http://news.cnet.com/8301-1023_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/)>. Acesso em: 30/11/2015.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA Jr, Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo: R.T., 2002.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 13. ed. 1997.

SILVA, Suzane Cristina. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. In: **Ibccrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos)>. Acesso em: 20 de out.2015.

SILVEIRA, Daniel; BOECKEL, Cristina. **Globo: G1 Rio.** 23 de julho de 2015. As sequelas emocionais de Wagner dos Santos foram reportadas pelo site *Globo.com* em 23/07/2015, 22 anos após a chacina. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de>

janeiro/noticia/2015/07/chacina-da-candelaria-sobrevivente-ainda-tem-pesadelos-diz-irma.html>. Acesso em: 27 nov. 2015.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Parecer Em Ação Direta De Inconstitucionalidade**. 12 de julho de 2010. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria\\_Juridica/Controle\\_Constitucionalidade/ADIns\\_3\\_Pareceres/ADIN-00571826120118260000\\_12-07-11.htm](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/ADIns_3_Pareceres/ADIN-00571826120118260000_12-07-11.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito**. Revista Consultor Jurídico, 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

STEVEN C. Benett. The Right to be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 30: 1, 2012, pp. 170-171.

SUIÇA. BGE 109 II 353. **Irniger**. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso: 19 nov. 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

TACRIM-SP - HC - Rel. Manoel Carlos - RJD 7/191 - JUTACRIM 80/108, 87/127. In: STOCO. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. SP: RT, 2007.

TEORIA da Comunicação. **Teoria Empírica de Campo ou Teoria dos Efeitos Limitados**. Disponível em: <[http://teoriadacomunicacaofesv.blogspot.com.br/2010/06/teoria-empirica-de-campo-ou-teoria-dos\\_6127.html](http://teoriadacomunicacaofesv.blogspot.com.br/2010/06/teoria-empirica-de-campo-ou-teoria-dos_6127.html)>. Acesso em: 06 out. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. II

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral - II**. Editora de Direito. Volume 2. 1997.

TIBÚRCIO, Cesar. Efeito Streisand. **Contabilidade Financeira**. 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.contabilidade-financeira.com/2011/05/efeito-streisand.html>>. Acesso: 30/11/2015

TJ-RJ autoriza TV Globo a exibir programa Linha Direta – Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2003. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv\\_globo\\_exibir\\_linha\\_direta\\_justica\\_crime](http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv_globo_exibir_linha_direta_justica_crime)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

TOFFLER, Alvin: **“A terceira Onda”**. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2003.

TURING, Alan: **Life and Legacy of a Great Thinker**. Germany: Springer, 2004.

VIEIRA, Ana Lúcia M., **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**, P.G. São Paulo: R.T., 1997.