

O direito ao esquecimento em tempos de superexposição de dados pessoais na internet

The right to be forgotten in times of overexposure of personal data on the internet

Volgane Oliveira Carvalho¹
Isabelle Ribeiro Viana²

RESUMO

O presente trabalho consolidou um estudo voltado para a análise do cabimento do direito de ser esquecido no ordenamento jurídico brasileiro referente às pessoas que foram absolvidas após a persecução penal ou que já cumpriram a pena que lhe fora judicialmente imposta diante da superexposição de dados pessoais na internet. Para tanto, primeiramente foi avaliado o fenômeno da superexposição de dados pessoais, formador da atual sociedade da informação, e sua influência na proteção da intimidade bem como na eficácia do instituto da reabilitação criminal sob o ponto de vista da teoria da rotulação. Dentro desta perspectiva, esta pesquisa buscou construir a noção de direito ao esquecimento e suas restrições frente ao direito à informação, liberdade de expressão e imprensa, e ao legítimo interesse público atual e necessário. A partir de consultas à lei e à jurisprudência foi possível demonstrar que o direito ao esquecimento está sendo aplicado e reconhecido como um direito dotado de relevância jurídica e social garantidor da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE

Direito ao esquecimento; sociedade da informação; superexposição.

ABSTRACT

This work has consolidated a study related to the analysis of the appropriateness of the right to be forgotten in the Brazilian legal system referring to people who were acquitted after the prosecution or who have already completed the sentence that had been legally imposed on the overexposure of personal data on the Internet. Therefore, it was first rated the phenomenon of over-exposure of personal data, the former of current information society, and its influence on the protection of privacy as well as in effectiveness of criminal rehabilitation institute under the point of view of the labeling approach. Within this perspective, this study aimed to construct the notion of right to be

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho.

² Bacharela em Direito pelo Instituto Camillo Filho.

forgotten and its restrictions front to the right of information, freedom of speech and press, and the current legitimate and necessary public interest. From consultations in law and jurisprudence it was possible to demonstrate that the right to be forgotten is being applied and recognized as a right which has legal and social relevance guarantor of human dignity.

KEYWORDS

Right to be forgotten; information society; overexposure.

INTRODUÇÃO

A internet proporcionou nos últimos anos uma superexposição de informações antes inimaginável, atingindo patamares de evolução a ponto de interferir na privacidade e intimidade das pessoas, mais especificamente em relação àqueles que desejam ter seus dados sobre fatos passados definitivamente apagados e se veem submetidos à uma pena perpétua social devido a permanência de conteúdos privativos à persecução penal pelo qual percorreram em ambiente virtual amplamente acessível.

O presente trabalho analisa o direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados pessoais na internet após absolvição ou condenação no âmbito criminal, a partir de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se este direito do pressuposto de que ninguém está submetido às amarras de uma pena perpétua em razão das novas tecnologias da informação capazes de superexpor em curto período dados pessoais constantemente renovados pela opinião pública e pela imprensa nos meios virtuais de comunicação.

A construção da definição deste direito ao esquecimento foi realizada a partir da análise de princípios e teorias doutrinárias, além de jurisprudências, pois é a partir da ponderação de valores para solucionar conflito principiológico do direito que se chega a um consenso sobre a melhor forma de aplicação e as situações cabíveis do que é demandado para os aplicadores do Direito.

Dessa forma, após abordar o direito de ser esquecido e o informacionismo na internet, foi confrontado o direito ao esquecimento em contraposição ao direito à informação na internet em prol do estabelecimento de garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, além da possível prevenção de danos decorrentes da perpetuação de informações sobre erros passados acompanhados em persecução penal.

Neste cenário de superexposição de conteúdos referentes aos autores de atos delituosos que tenham cumprido pena ou mesmo sido absolvidos criminalmente, a aplicação do direito de ser esquecido se mostra relativo, sendo necessário verificar o real cabimento deste instituto frente às finalidades da pena bem como da reabilitação criminal como meio de preservação da intimidade.

Para tanto, a metodologia aplicada foi de natureza exploratória quanto aos objetivos por constituir importante estágio para delinear e caracterizar o tema bem como problematizar o direito ao esquecimento, além de exigir a identificação de fatores que determinam o seu cabimento ou não no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no direito penal.

Os debates teóricos e técnicos a respeito de quais informações de fato poderão ser apagadas, qual a finalidade de tais informações divulgadas no meio virtual, e quais as restrições para a proteção de dados pessoais na sociedade da informação foram discutidas

com o intuito de entender que a história criminal não deve apresentar-se como óbice para o reconhecimento do direito ao esquecimento como estabilização do passado pelo Direito.

SUPEREXPOSIÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET

A internet proporcionou nos últimos anos uma superexposição de informações antes inimaginável, atingindo patamares de evolução a ponto de interferir na privacidade e intimidade das pessoas, mais especificamente em relação àqueles que desejam ter seus dados sobre fatos passados definitivamente apagados em contraposição a permanência de conteúdos privativos à persecução penal que percorrem em ambiente virtual amplamente acessível.

A partir desta ideia, mostra-se fundamental inicialmente uma análise a respeito desta superexposição de dados pessoais na internet que perpassa por primários estudos acerca da origem histórica da rede virtual, da sua expansão em diversos países, com atenção ao Brasil, das suas finalidades e limitações, até alcançar a atual situação de uso frente ao tratamento jurídico direcionado para a proteção da intimidade e efetividade da reintegração social.

Superexposição de dados pessoais na internet e a proteção da intimidade

A internet surgiu para suprir a necessidade do governo dos Estados Unidos de um método de comunicação e armazenamento de dados para fins militares no contexto da Guerra Fria, mais especificamente no ano de 1969, por intermédio do projeto ARPANET. Tal projeto estava vinculado ao Departamento de Defesa norte-americano e visava atingir a invulnerabilidade diante da ameaça de países inimigos (PAESANI, 2000, p. 25).

A iniciativa tecnológica norte-americana instigou a pesquisa e a educação voltadas para o desenvolvimento e ampliação do uso da internet. Assim, foi através das discussões em instituições acadêmicas de diversos países, dentre eles o Brasil, que se teve difundida a montagem de programas e sistemas interligados entre si. Esta expansão se intensificou até que os serviços brasileiros, na década de 1990, então restritos à educação e pesquisa, se estenderam a informações abertas para o público em geral (TAKAHASHI, 2000, p. 133).

A difusão da informação provocou o rompimento de fronteiras, sejam culturais, políticas, econômicas, bem como sociais. No atual cenário mundial vislumbrado é possível notar novas formas de agir que foram socialmente contornadas pela supervalorização da informação, como resultado da influência deste sistema capaz de gerar, processar e transmitir informações e dados pessoais em tempo real.

Na cena jurídica, emergiram aspectos relevantes em relação à esta disponibilidade de tecnologia a todos os interessados pela informação rápida e sem limites de acesso. De um lado, surgiu um ambiente com inúmeras e inovadoras possibilidades de interação capazes de propiciar vantagens econômicas e políticas. Por outro lado, o avanço da internet despertou na sociedade o interesse pela proteção e intervenção jurídica ante a ameaça de lesão à intimidade como forma de abuso do poder informativo.

O importante reflexo dessa expansão da internet para a presente pesquisa refere-se então à superexposição de dados pessoais neste ambiente de troca de informações e a consequente possibilidade de proteção da intimidade como principal direito afetado pela

ampla divulgação informacional inserido na análise dos direitos fundamentais, bem como sua regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A identificação de um dado pessoal é perceptível quando vinculada aos aspectos singulares de uma pessoa sendo possível a sua diferenciação em relação aos demais dados expostos. Ocorre que, com a velocidade da informação cresce a dificuldade para proteger e controlar a superexposição de dados pessoais.

A Internet foi programada para funcionar e distribuir informações de forma ilimitada. Em contrapartida, as autoridades judiciárias estão presas às normas e instituições do Estado e, portanto, a uma Nação e a um território limitado. Configura-se o conflito e a dificuldade de aplicar controles judiciais na rede e surge o problema da aplicação das regras. (PAESANI, 2000, p. 35).

A distribuição de informações de forma ilimitada traz riscos e ofensas principalmente à intimidade, constitucionalmente protegida. A partir da interpretação de direitos constitucionais diante da sociedade da informação valorizadora das diferentes formas de saber e de controle, Uadi Bulos (2014) diferencia vida privada de intimidade. A ideia de vida privada contorna os relacionamentos do indivíduo sejam comerciais, de trabalho, de convívio diário, sendo mais ampla. Já a intimidade equivale às relações íntimas e pessoais do indivíduo envolvendo todos que participam de sua vida pessoal.

Assim, para construir mecanismos de defesa da intimidade e, em prol desta garantia, discutir a existência de regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet com sua aplicação na sociedade da informação em que todas as pessoas participam inserindo um fluxo de informações e conhecendo conteúdos sem restrições, é preciso *a priori* reconhecer se o ambiente virtual é público ou sofre restrições.

Decidir a que tipo de ambiente corresponde esta rede mundial implica definir a profundidade da intimidade e privacidade dos seus usuários. Sendo um ambiente público, sem restrições legais ao seu uso, a proteção jurídica é mais rarefeita.

Para alguns, a Internet corresponde a um ambiente público, como se as pessoas estivessem em praça pública conversando em voz alta. Tratando-se de um tráfego de mensagens “em público”, poderia ser livremente captado por quem o desejasse, sem implicar violação à privacidade ou intimidade de emissores e receptores das mensagens. Não haveria violação a nenhum valor individual protegido constitucionalmente, pois o simples fato de alguém se utilizar da Internet implicaria manifestação implícita de ciência quanto à publicidade do meio ambiente. (GRECO, 2000, p. 103).

A liberdade informativa e de expressão como interesse da coletividade neste ambiente público em prol da justa informação, difere da tutela da intimidade.

Certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito divulgar tais manifestações, mas também tomar delas conhecimento, e revelá-las, não importa a quantas pessoas. Entretanto, essas mesmas informações respeitantes à esfera íntima da vida privada podem ser consideradas lícitas, quando justificadas por um legítimo interesse do sujeito que as recebe; trata-se de saber se o fim a que a informação serve tem maior valor que o interesse do sujeito ao qual se refere essa informação. (PAESANI, 2000, p. 47).

Essa preocupação quanto à natureza da informação se faz presente na medida em que ocorre a busca pela prevenção de utilização ilícita de dados pessoais ou que seja potencialmente capaz de ferir algum direito fundamental dos indivíduos cujos conteúdos lhe fazem referência através da descuidada superexposição de dados pessoais na internet, sendo efeito negativo desta tecnologia.

Surge então a necessidade de fortalecimento da regulamentação da proteção de dados pessoais que atinge a esfera da intimidade em razão dos constantes mecanismos de vigilância digitais produzindo na sociedade uma noção de invasividade e insegurança quanto ao alcance que uma informação pode obter por meio da internet em geral.

Ainda que distante a ideia de uma normatização eficaz contra ofensas à intimidade, visto que as fontes de armazenamento de dados e facilidade de transmissão de informações no meio virtual dificulta seu controle, no Brasil o Ministério da Justiça, numa tentativa de regulamentação, iniciou em janeiro de 2015 debates públicos em busca da participação e contribuição popular a respeito do anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais e da minuta do decreto presidencial que irá regulamentar o Marco Civil da Internet, sancionado em abril de 2014, ambos encontrados em portais e redes sociais na internet.

O anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais tem por objetivo garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, particularmente em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar. Consta no texto do anteprojeto de lei, dentre os vários dispositivos, artigos que definem o que são dados pessoais, dados anônimos e dados sensíveis, além de selecionar artigos garantidores da segurança e sigilo destes dados pessoais.

O Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, surgiu com o intuito de regulamentar e fortalecer os princípios, direitos e deveres dos usuários da Internet no Brasil tendo como linhas de discussão essenciais a neutralidade de rede, liberdade de expressão e privacidade dos usuários, sendo chamados de eixos de debate.

Ambos os debates são construções primordiais para o tratamento da proteção de dados pessoais observada a intimidade como basilar, já que no Brasil não há um complexo normativo unitário sobre essa questão, ainda que diversos diplomas internacionais e a própria Constituição sustentem a sua tutela e a consagre como direito fundamental, protegida frente à superexposição de dados pessoais na internet.

Sociedade da informação e reintegração social

Através da análise da evolução da internet e as mudanças ocorridas como consequência dessa tecnologia, que resultou no estudo sobre seus efeitos na sociedade e em especial na proteção da intimidade devido ao crescimento da superexposição de dados pessoais no meio virtual, é possível uma construção teórica sobre a formação da sociedade da informação, e a influência desse informacionismo no Direito Penal, com ênfase no reconhecimento da sua interferência na vida das pessoas que foram absolvidas criminalmente e buscam a reintegração social após encerramento da persecução penal.

A sociedade da informação se traduz no constante tratamento de dados pessoais por processo informatizado no qual a informação é protagonista nas relações econômicas, políticas e sociais.

Não há dúvida que foi o desenvolvimento do computador, com a sua capacidade de tratar e de guardar vastas quantidades de informação, e

do sistema de comunicações que transformaram o papel da informação, de meramente auxiliar, num papel central em diversas atividades humanas e sociais. Os computadores convertem qualquer tipo de informação num formato digital que as redes de telecomunicações transmitem entre diferentes terminais de computador. A informação aparece-nos sob diversas formas e diferentes conteúdos. No contexto da sociedade da informação e devido ao uso das novas tecnologias, formas inovadoras de tratamento de informação tornaram possível organizar e apresentar sob formatos diversos uma maior quantidade de dados e/ou conhecimentos. (GONÇALVES, 2003, p. 17-18).

O problema surge quando a informação e os dados pessoais passam a ser excessivamente disponibilizados na internet de modo que colocam em risco a intimidade, a liberdade e dignidade humana em risco. O que seria sociedade da informação em sentido amplo transfere-se para uma sociedade marcada pela vigilância como forma de garantir uma sensação de segurança, ideia já apontada por Michel Foucault (1987), estudioso do modelo panóptico.

Foucault analisou o panoptismo idealizado por Jeremy Bentham na condição de ser um laboratório de poder, sob a forma de instrumento de controle. Por meio da disposição arquitetural de uma prisão tornou-se praticável a vigilância constante, de modo que os indivíduos tinham que permanecer nos lugares determinados, estando permanentemente sujeitos à visibilidade dos guardas que podiam se mover livremente sem serem percebidos (FOUCAULT, 1987).

O panóptico foi um modelo fundamental de manutenção de controle. Transportado o conceito para a atualidade, o ambiente virtual representa hoje o fundamento da constante vigilância em contraposição à intimidade e privacidade, em prol da busca pela segurança e constante informação como forma de fiscalização e supervisão dos comportamentos dos indivíduos.

Assim, Zygmunt Bauman ao tratar da vigilância líquida como pós-panóptico, reflete sobre a natureza fluida da segurança moderna diante de novas tecnologias utilizadas para fiscalização e controle. Bauman investiga criticamente as dinâmicas do poder e os desafios éticos construídos sob a dualidade vigilância/liberdade como forma de afastar a sensação de perigo e preservar o estágio globalizado da sociedade incapaz de se manter oculta.

É por essa dupla razão – proteger-nos dos perigos e de sermos classificados como um perigo – que temos investido numa densa rede de medidas de vigilância, seleção, segregação e exclusão. Todos nós devemos identificar os inimigos da segurança para não sermos incluídos entre eles. Precisamos acusar para sermos absolvidos, excluir para evitarmos a exclusão. Precisamos confiar na eficácia dos dispositivos de vigilância para termos o conforto de acreditar que nós, criaturas decentes que somos, escaparemos ilesos das emboscadas armadas por esses dispositivos – e que assim seremos reinvestidos e reconfirmados em nossa decência e na adequação de nossos métodos. (BAUMAN, 2013, p. 98).

A vigilância traz incutida em si o caráter especulatório das informações divulgadas em ambientes virtuais, principalmente com o advento das redes sociais e sites de busca. As narrativas compartilhadas socialmente permitem expressar o papel que cada

indivíduo representa na vida cotidiana em meio ao constante monitoramento e julgamento praticados na internet.

A atual sociedade da informação, com a criação de identidades virtuais, promove a aceitabilidade ou reprovabilidade de determinado indivíduo, de acordo com os aspectos culturais e os comandos políticos de cada época, de modo a revelar que a relação entre superexposição de dados pessoais na internet e a vigilância é dinâmica e efêmera.

Os computadores não são os culpados, ao contrário do que sugerem alguns de seus críticos acostumados a “surfear”, em vez de mergulhar e penetrar: a vertiginosa velocidade da brilhante carreira dos computadores deve-se ao fato de eles oferecerem a seus usuários uma oportunidade melhor de fazer o que sempre desejaram, mas não podiam, por falta de ferramentas adequadas. Mas também não são os salvadores, como seus entusiastas, de joelhos, costumam afirmar com impaciência. Essa confusão tem raízes na forma como a condição existencial é manejada e empregada pelo tipo de sociedade que construímos enquanto éramos por ela construídos. E, para nos livrarmos dessa confusão (se é que é concebível), precisaríamos ir além da mudança de ferramentas – que, afinal, só nos ajudam a fazer o que todo modo tentaríamos fazer, quer à maneira de uma fábrica caseira, quer utilizando a tecnologia de ponta que todos desejam. (BAUMAN, 2013, p. 52).

A supervalorizada informação, instrumento de poder disciplinar e controle, compromete a intimidade e a capacidade de autodeterminação das pessoas. O mesmo meio que possibilita a integração social é a via principal para a exposição e estigmatização de condutas, impossibilitando o pleno exercício de direitos constitucionais.

Problema principal que a intimidade coloca diante da sociedade atual é, então, a informação. No momento em que a tecnologia permite entrecruzar dados, qualquer pessoa pode, em tese, acessar informações das mais variadas, que atinjam a intimidade – para não se falar na maior facilidade de divulgação e publicação de material ofensivo. A privacidade em relação à informação é questão mais estreita que a privacidade em geral e, nos dias atuais, mais aprofundada e complexa. (RODRÍGUEZ, 2008, p. 21).

Entender a intimidade como direito fundamental implica, em termos de segurança jurídica, na tutela penal frente a sociedade da informação marcada pela superexposição de dados pessoais na internet. A importância da vida íntima ganha visibilidade quando analisada sob o ponto de vista da função no Direito Penal da pena e da reintegração social.

Os novos riscos tecnológicos advindos da sociedade da informação são capazes de interferir na intimidade e dignidade das pessoas correspondem a novas formas de ofensa a bens jurídicos na esfera penal. Essa ofensa demonstra a necessidade de verificar os efeitos da superexposição de dados pessoais e da manutenção de informações sobre indivíduos que foram absolvidos ou que, condenados, já cumpriram suas penas. Há, portanto, a perpetuação infinita destes eventos no ambiente virtual.

Dessa forma, faz-se necessário discutir a interferência da internet e seus recursos sob a perspectiva da aplicação da pena e do instituto da reintegração social dos cidadãos egressos para avaliar a necessidade de proteção de dados pessoais bem como para permitir o livre exercício do poder de escolha sobre que tipo de conteúdo pessoal pode permanecer

acessível ao público sem caracterizar manifesto interesse em perpetuar uma punição em desconformidade com a intimidade e o a função da pena.

Ao tratar da origem das penas e do direito de punir, momento em que a coletividade sacrifica parte de sua liberdade na busca por segurança, pelo bem geral, afirma Cesare Beccaria (2012, p. 17) que “a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”.

Para solucionar conflitos em resposta aos crimes praticados o Direito Penal se vale de teorias que fundamentam o uso da pena. A primeira delas é a teoria absoluta ou retributiva assim entendida:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu feito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com gravidade do delito, que o compense. (ROXIN, 1997, p. 81-82).

Pela teoria relativa ou da prevenção, a função da pena passar a ser vista como inibidora de práticas criminosas futuras, demonstrando a reprovabilidade de tal conduta. Em suma, o atual Código Penal adotou a teoria mista ou unificadora da pena. Nesse sentido:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante a sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção geral. (MASSON, 2010, p. 329).

Seja pelo caráter de retribuição ou de prevenção, a pena deve ser compreendida também pelo viés social, visto que com seu cumprimento, no momento após o cárcere, aquele que retorna à sociedade anseia por possibilidades de adequação ao convívio social. Para tanto, fala-se em reintegração social como processo de integração dos cidadãos-egressos, e é neste momento que se espera a cooperação da coletividade. Ineficaz é um programa de reintegração cuja sociedade como um todo rejeita o indivíduo e protraí os efeitos de uma pena já cumprida, posto que a intervenção punitiva resulta em oportunidade, e não um fim em si mesma.

Enquanto se acreditar que a prisão teria uma solução dentro de seus muros, nunca se atacará o pior, isto é, o fato de que prisão nenhuma pode “recuperar”, “reabilitar”, “ressocializar”, ou qualquer verbo mais que se crie. A prisão é uma instituição criada pela sociedade no intuito de isolar os elementos que ela acredita serem prejudiciais. Como toda criatura, a prisão reflete o seu criador. Isto é, a prisão jamais será um espaço de produção de cidadãos, enquanto a própria sociedade for o oposto disso. (HASSEN, 2002, p. 68-69).

Encerrada a pena, em meio à sociedade da informação, marcada pela vigilância e com forte interferência no direito à intimidade dos egressos, a reintegração social surge como desafio pois a superexposição de dados na internet converte a pena já cumprida em perpétua, fazendo perdurar os efeitos do isolamento e incentivando a rotulação ou estigmatização de indivíduos que querem esquecer fatos passados referentes à condenação, e ainda tais consequências alcançam mesmo aqueles que foram absolvidos em um processo justo.

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversos dispositivos que contribuem para o reconhecimento do direito ao esquecimento e sua ligação com a reabilitação criminal, principalmente ao protegerem os registros e anotações sobre todo o procedimento criminal e a posterior condenação.

Dentre os principais artigos a respeito da temática estão os artigos 93 do Código Penal³ e 748 do Código de Processo Penal⁴, ambos tratando da reabilitação com a garantia de proteção dos dados criminais na medida em que são excluídos dados do registro de identificação criminal. Logo, condenações anteriores não podem constar na folha de antecedentes criminais. No mesmo sentido, há o artigo 202 da Lei de Execução Penal⁵.

Mesmo com essa proteção em relação ao sigilo na reabilitação criminal, a sociedade da informação, caracterizada pela superexposição de dados, persiste na divulgação muitas vezes informal dos dados na crença da existência de uma justiça social em dissonância com a intenção do sistema jurídico que tem por fim restituir a vida dos que percorreram a persecução penal completa ao estado anterior a sua absolvição ou condenação.

Como resultado da busca por uma Criminologia voltada não apenas para o infrator com suas peculiaridades e para a violação penal, surge então a Criminologia Interacionista com abordagem sobre a teoria da rotulação ou da estigmatização para ampliar o objeto da análise penal, e defender que além da figura do infrator que viola parâmetros impostos pela lei, há um outro elemento que precisa ser considerado: a reação social (CASTRO, 1983).

A sociedade cria a etiquetagem do criminoso conduzindo-o a realizar novos comportamentos e formas de identificação coerentes com a nova rotulação oferecida. Assim:

A delinquência não é uma característica do autor, mas que ela depende da interação que existe entre quem realiza o fato punível e a sociedade, quer dizer, entre o delinquente e os *outros*, pois são os processos de detenção e a estigmatização, mais a aplicação do rótulo delitivo àquele que é selecionado (criminalizado), que fazem surgir um delinquente e que influenciam a imagem e aparecimento da delinquência a nível geral. Estuda, também, como a reação social não só determina como estimula a produção da delinquência, porque a etiqueta aplicada – falsa ou verdadeira – seria uma espécie de profecia autorrealizável (“self-fulfilling profecy”). Os seus cientistas mais representativos são os da

³ Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

⁴ Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

⁵ Art. 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.

chamada *teoria da rotulação*. A Criminologia interacionista, pois, interessa-se em como a sociedade reage diante das condutas, tanto criando normas penais, como reprimindo os atos puníveis, estigmatizando – apontando ou rotulando – os delinquentes. (CASTRO, 1983, p. 60-61).

O processo de rotulação é tido como forma de classificação pelo ato desviante de determinados indivíduos de acordo com a intensidade da reação social, podendo desencadear novos atos desviantes ou criminosos. A rejeição social projetada sobre o cidadão-egresso e o que teve sua absolvição garantida pode induzir um novo pensar a respeito de sua identidade, passando a agir como se desviado, estigmatizado fosse. Nesta linha de intelecção, vale perceber quão distante do conceito de reintegração social em meio à sociedade da informação se mostra esta conduta de distanciamento, de reação social. Sobre esse paradigma:

Os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um ofensor. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente. (ANDRADE, 1997, p. 206).

Verifica-se, portanto, que a teoria da rotulação está intimamente ligada com os novos meios tecnológicos de comunicação, seja pela percepção de que existe uma interferência na intimidade e nos demais direitos da personalidade, seja porque fortalece a ideia de vigilância como forma de poder e controle sobre as informações disponíveis das pessoas que cumpriram pena ou que foram absolvidas criminalmente.

Assim, “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza” (BECCARIA, 2012, p. 18) e é com base nessa reflexão que o direito ao esquecimento assume lugar de destaque no presente estudo como meio necessário para viabilizar o pleno exercício dos direitos constitucionais, trazendo a discussão sobre a permanência ou não de conteúdos privativos à persecução penal em contraposição ao direito à informação.

DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS DIREITO À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

A superexposição de dados pessoais na internet relacionada com o discurso sobre a intimidade revela uma sociedade da informação vigilante. Essa vigilância praticada no ambiente virtual e justificada pela busca de segurança, quando analisada sob o aspecto da reabilitação social de indivíduos que cumpriram as penas que lhes foram determinadas, ou ainda dos que mesmo absolvidos submetem-se às constantes avaliações populares revestidas pela desconfiança e preconceito, traz consigo o conflito entre o direito ao esquecimento e os limites para a proteção de dados pessoais frente à vida privada.

Assim, importa desde já compreender a origem, o conceito e a aplicação do direito de ser esquecido, com o reconhecimento da possibilidade de restrições quanto ao seu uso considerando o direito à informação e a finalidade dos dados pessoais expostos no meio

eletrônico. O conflito entre a liberdade comunicativa e os direitos da personalidade, com predominância da intimidade e dignidade da pessoa humana, coordena o presente capítulo na pretensão de construir um entendimento sobre o direito de não ter disponível ao público informações pessoais (penais) que potencializem a estigmatização em desacordo com a dinâmica do Direito Penal.

Noções sobre o direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento, no contexto da sociedade da informação, reproduz o anseio pela não reprodução na internet de fatos passados sobre a vida de uma pessoa referentes à erros cometidos, de modo a evitar consultas e opiniões públicas meramente degenerativas, representando punições eternas.

Na visão de Márcio Cavalcante (2014, p. 198), o direito de ser esquecido “é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”. Uma informação disponibilizada por tempo indeterminado pode corroer a intimidade e ofender a dignidade da pessoa humana, posto que, no âmbito penal, dificulta a reintegração do indivíduo à sociedade. Nesse sentido:

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado direito ao esquecimento. (GRECO, 2013, p. 761).

Tese enfrentada inicialmente nas cortes europeias, o direito ao esquecimento, entendido como meio de apagar o histórico de condenações penais, ganhou destaque com o caso Lebach, na Alemanha, quando três pessoas foram condenadas pela chacina de quatro soldados alemães que guardavam um depósito de armas.

Um dos condenados, diante do conhecimento de que seriam divulgadas cenas sobre o crime com menção aos nomes dos envolvidos, ajuizou ação pleiteando que o Tribunal Constitucional Alemão determinasse o impedimento da exibição deste documentário. Entendendo pela preservação da personalidade e garantia da ressocialização, o tribunal reconheceu a necessidade de impedir a difusão de tais fatos.

No Brasil, tal direito não possui abordagem recente na doutrina, mas adquiriu evidência com a edição do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal. Sendo elencado como um dos direitos da personalidade, tem-se a seguinte orientação:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. [...] 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.

Esta questão também foi debatida na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no primeiro semestre de 2013, em duas decisões independentes (Recursos Especiais nº

1.334.097-RJ e 1.335.153-RJ referentes ao caso da Chacina da Candelária e ao caso Aída Curi, respectivamente), tendo como relator nos dois casos o Ministro Luis Felipe Salomão.

No primeiro caso, conhecido como Chacina da Candelária, cerca de setenta pessoas foram alvo de tiros vindos de policiais à paisana que resultaram em oito mortes. Ao fim do processo três policiais foram condenados e dois absolvidos. Anos depois a Rede Globo veiculou uma edição do programa Linha Direta – Justiça sobre o caso e apresentou referências sobre a participação do policial que havia sido inocentado. Inconformado o policial ingressou em juízo e ao final viu reconhecido o direito ao esquecimento como forma de proteção da sua personalidade.

O segundo caso foi deflagrado igualmente a partir de uma edição do programa Linha Direta – Justiça, desta feita a atração rememorava o assassinato da jovem Aída Curi ocorrido em 1958. Os familiares de Aída ingressaram em juízo alegando que o programa possuía caráter sensacionalista e que trouxe sofrimento à família por reviver uma dor já esquecida. Não houve êxito quanto ao pedido de indenização, mas reviveu o debate acerca do direito ao esquecimento.

Em se tratando de informações constantes na internet que atentam contra a intimidade e a dignidade da pessoa humana, a permanência de dados pessoais que dizem respeito ao cumprimento de pena ou absolvição de uma pessoa por prazo indeterminado reforça que a curiosidade passageira da sociedade não contribui para o processo de aceitação e ressocialização destes cidadãos.

Deve-se destacar o caráter de pessoalidade das condutas divulgadas, posto que o direito ao esquecimento preserva a não perpetuação da pena, mas em contraposição, não é direito absoluto diante de importantes elementos históricos e informações de fundamental interesse público. Com relação aos cidadãos-egressos:

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 precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (MENDES, 2007, p. 374).

O direito a ser deixado em paz, a ser esquecido ou ainda de apagar dados, recebe proteção constitucional, conforme se verifica o texto da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III garante a dignidade da pessoa humana. Além disso, postergar a permanência de informações e dados pessoais dos que já percorreram o longo caminho da persecução penal é conferir pena de caráter perpétuo indiscutivelmente vedada pela Carta Magna.

A Constituição Federal prevê de forma conciliatória com o tema em estudo, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X), assim como o livre exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII), não sendo compatível a permanência de fatos sobre erros passados na internet na medida em que pode ser fator fundamental para impedir o processo de reabilitação social a partir do contrato de trabalho. Dessa forma, é garantida a apreciação do Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) o que, por óbvio atinge o indivíduo que se encontrar prejudicado pela superexposição de dados pessoais na internet.

O exercício do direito ao esquecimento, portanto, mostra-se legítimo juridicamente. Assim, importante examinar instrumentos de controle e proteção de dados

peçoais no âmbito do Direito Penal, de modo a viabilizar o enfrentamento das dificuldades técnicas criadas pelo uso da internet, demonstrando uma visão moderna sobre a proteção da dignidade da pessoa humana e da intimidade daqueles que foram absolvidos ou que cumpriram a pena imposta por erros passados.

Não se pode, porém, afirmar que o direito de ser esquecido é absoluto, posto que em diversas situações pode haver ponderação de princípios e valores com restrição à intimidade, sendo atribuído maior peso a outros importantes direitos adiante expostos, como o direito à informação, história e memória, bem como a liberdade de expressão e imprensa.

Limitações à proteção de dados pessoais

A discussão a respeito do direito de ser esquecido passa por um debate jurídico majoritariamente principiológico para então ser definida a aplicação ou não desta garantia. Muito embora seja tido como um direito da personalidade, pode ser reduzida a sua utilização diante da colisão com determinados direitos fundamentais, quais sejam o direito à informação e liberdade de expressão.

Na tentativa de solucionar os conflitos entre direitos, ensina Edilson Pereira de Farias (1996, p. 96) que:

A “colisão de princípios”, ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico [...], vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.

É certo que os direitos fundamentais não são ilimitados e absolutos, razão pela qual se mostra necessário o uso da ponderação de valores neste caso. Ainda que necessário para desconstruir a imagem de um indivíduo estigmatizada pelos seus erros passados, o direito ao esquecimento encontra limite quando diante do valor do interesse coletivo com formação das convicções sociais, políticas e culturais, a partir de fatos históricos. Na visão de George Marmelstein (2013, p. 378):

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

Em se tratando de direito à informação, memória e história, no contexto dessa pesquisa, é notória sua importância quando analisada diante da sociedade da informação em que o acesso aos recursos tecnológicos amplia o processo de participação social na promoção de políticas públicas, além da evolução do conhecimento coletivo através dos meios de comunicação.

Esse direito, previsto constitucionalmente no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, e artigo 220, §1º, é vital para a garantia de transparência social e eficiência no combate a violação de direitos humanos em cada caso concreto. Atualmente, a internet funciona

como principal via para realização de reivindicações e acesso à importantes informações para formação de preferências individuais e juízos de valor, permitindo o exercício da democracia. Vale salientar a opinião de José Afonso da Silva (2005, p. 246):

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).

No campo da ponderação de valores, quando confrontados o direito ao esquecimento e o direito à informação, a exigência da veracidade da informação transmitida se mostra requisito necessário para avaliar se há fidedignidade e diligência na exposição dos dados pessoais. Fatos passados que não oferecem razão para haver interesse coletivo sobre eles não podem servir para perpetuar uma condenação.

No entanto, o direito à informação não esgota o conflito de valores pois seu campo de proteção é amplo e envolve questões relativas à memória e à história, formadoras da identidade de uma sociedade.

Esse debate envolve o entendimento sobre o direito à verdade em sentido amplo, na medida em que o Estado se vê obrigado a revelar dados até então mantidos em sigilo e conscientizar as pessoas a respeito de violações de direitos humanos ocorridas em períodos passados, ganhando relevo quando se tratam de épocas ditatoriais. A difusão desses fatos diz respeito à toda a coletividade para assegurar que gerações futuras não repetirão tais condutas.

Assim, compreendida a importância do direito ao esquecimento, é importante destacar que este não se anula com a presença do direito à informação, memória e história, mas apenas tem sua aplicação reduzida em prol do interesse público na preservação do histórico nacional. Na visão de Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2001, p. 88) “o crime, por sua natureza, foge da esfera estritamente pessoal do indivíduo. Por definição, ele revela interesse social”. Ainda Godoy (2001, p. 89-90), referindo-se ao direito de ser esquecido em certas situações, destaca que “é claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, [...]. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos”.

Outra restrição importante à proteção de dados pessoais trata da liberdade de expressão e imprensa. A possibilidade de livre manifestação de pensamentos e opiniões está constitucionalmente assegurada, não podendo ser objeto, regra geral, de limitação. É direito fundamental a expressão de mensagens e conteúdos por qualquer meio de comunicação, desde que não ofenda outros direitos tão importantes quanto este. A sociedade merece o acesso pela imprensa de informações que contribuam para o crescimento cultural e político de todos.

Assim é também carente de proteção o direito à expressão na internet, visto que a velocidade da difusão de informação por este meio é principal fator para integração social, com amplo acesso a diversos temas e irrestritas maneiras de expressão de pensamentos e convicções. Além disso, razões históricas e políticas traduzem a principal preocupação em limitar esse direito, motivo pelo qual, na ponderação entre valores, se mostra significativo o entendimento de que a vontade coletiva se constrói a partir do confronto de ideias na busca por uma verdade. George Marmelstein (2013, p. 121) entende que:

É um instrumento essencial para a democracia, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, em que todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar, falando, ouvindo, escrevendo, desenhando, encenando, enfim, colaborando da melhor forma que entenderem.

Pode ser constatada a necessidade de aplicação no momento de avaliação do caso concreto quando a própria Lei do Marco Civil ao tempo em que protege a liberdade de expressão, comunicação e pensamento (art. 3º, inciso I), assegura o direito a exclusão de dados pessoais da internet em benefício do exercício da cidadania, conforme estabelecido no art. 7º e seus incisos, garantindo como exemplo tão importante quanto a retirada de dados, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada

No campo do Direito Penal, é ainda mais presente a liberdade de expressão e imprensa, em confronto com direito ao esquecimento. A exposição de processos jurídicos criminais, a revelação dos nomes dos envolvidos, a notoriedade dispensada à pessoa que foi absolvida ou que teve sua pena completamente cumprida, são seletivos fatores para a defesa da aplicação do direito ao esquecimento.

Em contrapartida, opinião diversa possui Manuel da Costa Andrade (1996, p. 250) ao sustentar que “segundo o entendimento hoje praticamente pacífico, o crime não pertence à esfera da privacidade/intimidade, estando a sua investigação e divulgação abertas ao exercício da liberdade de imprensa”. A ser definida a situação em que pode pesar esta opinião, é possível sua aplicação como restrição ao direito de ser esquecido no caso concreto.

O interesse público é também uma limitação ao direito de ser esquecido, e como consequência, não protege a disponibilização de dados pessoais na internet. Antes de se afirmar como restrição, esse interesse passa por avaliação de conceito e características para então se adequar e constar como argumento em algum processo decisório envolvendo questões relativas ao informacionismo exacerbado.

O legítimo interesse público é peça fundamental para estabelecer a permanência ou não de informações sobre fatos deslizantes passados. Porém, para servir de limitação à proteção de dados em contraposição ao direito de ser esquecido, é preciso analisar alguns pontos importantes para caracterizar esse interesse, como reconhecer a veracidade, atualidade e necessidade da informação.

Na tentativa de conceituar o interesse público, Marçal Justen Filho (2012, p. 119) admite que “não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta a exatidão do conteúdo”. Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 50-51) esse interesse é distinto da afirmação de que seja um somatório dos interesses individuais.

Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual [...]. Na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).

Trazendo tal conceito para o âmbito penal, mais especificamente em relação ao direito de ser esquecido, o interesse público, representado pela dimensão pública dos interesses individuais, merece ser atual e justificável a ponto de ser permitida a

interferência na esfera da intimidade dos cidadãos-egressos ou absolvidos. Ainda que os dados expostos se mostrem verídicos, lícitos e úteis, a justificativa plausível para sua permanência na internet é de grande valor no momento de se inferir sobre o conflito entre dos direitos fundamentais já comentados.

Uma informação na internet, por meio de redes sociais, sites de buscas e revistas eletrônicas com intuito meramente de satisfazer a curiosidade da população ou de difamar alguém não torna o interesse público legítimo, encerrando a exposição de dados pessoais. Entretanto, se o interesse público for notoriamente justificável, atual e útil ao tempo da divulgação das informações e de sua continuidade no meio virtual, esse fator se sobrepõe ao direito de ser esquecido, caso ocorra ponderação de valores para decidir uma divergência.

Portanto, o direito ao esquecimento diante da sociedade da informação, em que dados são expostos e distribuídos a todo momento, ainda que defendido diante da ofensa à intimidade e dignidade humana, encontra limites. Tais limites devem ser levados em consideração quando da aplicação do Direito Penal ao caso concreto, posto que existem critérios específicos de aplicação.

De modo geral, é preciso levar em consideração a intenção da pena e da reabilitação criminal, bem como o fundamento que justifica a relevância do direito de ser esquecido ou seu afastamento frente aos direitos fundamentais para alcançar a resposta sobre sua aplicação ou não. Cabe verificar a aplicação e enfrentamento também no caso concreto de modo a verificar por todos os aspectos desta pesquisa a relevância tanto jurídica quanto social e cultural deste importante direito.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI E NA JURISPRUDÊNCIA

A tese do direito ao esquecimento fortaleceu-se nos últimos anos, sendo perceptível sua aplicação nas decisões judiciais brasileiras bem como em leis e projetos de lei voltadas para o correto uso de dados pessoais na internet. A concretização de uma sociedade caracterizada pelo hiperinformacionismo e sua interferência no instituto da reabilitação criminal fez surgir a necessidade de entender e aplicar o direito de ser esquecido, ainda que presentes princípios que restringem sua aplicação quando se encontram em conflito de valores.

A importância de tal direito fez surgir a discussão sobre seu tratamento como sendo conteúdo de repercussão geral. Assim, antecedendo a demonstração da busca pelo esquecimento nos julgados brasileiros, importante se faz discutir e associar a repercussão geral ao tema abordado nesta pesquisa.

A fim de fazer frente à uma quantidade desmesurada de recursos o legislador editou emenda constitucional que passou a exigir, no recurso extraordinário, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais apresentadas no caso como requisito de admissibilidade recursal.

O legislador, porém, não delimitou cuidou de fixar desde logo bases conceituais sólidas para a ideia de repercussão geral, estabelecendo um conceito jurídico indeterminado, cabendo ao julgador em cada caso particular avaliar a sua aplicabilidade ou não, dando a devida importância aos precedentes judiciais como legítima fonte de direito.

A Lei nº 11.418/2006 regulamentou o dispositivo constitucional que trata da repercussão geral. A partir disso, surge a necessidade de inferir sobre a aplicação da repercussão geral também no Processo Penal.

Conforme a permissão do Código de Processo Penal (artigo 3º), ao tratar da interpretação extensiva, da aplicação analógica e dos princípios gerais de direito, é possível a aplicação subsidiária das normas de processo civil no campo do direito penal, posto que ausente disposição específica sobre a questão na codificação processual penal. Não restando dúvida quanto a aceitabilidade desse requisito também no direito processual penal, cabe entender a análise e recepção da questão do direito ao esquecimento como sendo de repercussão geral, já reconhecida pelo STF em caso pontual.

Através do Recurso Extraordinário com Agravo nº 833248, correspondente ao caso *Aída Curi*, o direito ao esquecimento foi posto em destaque. O ministro Dias Toffoli, relator do caso, manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral do direito de ser esquecido e entendeu que o assunto extrapola os interesses subjetivos das partes pela sua relevância jurídica e social.

Diante do reconhecimento como questão de repercussão geral, o direito ao esquecimento mostra sua importância e ganha destaque no judiciário brasileiro ao poder ser considerado como um direito necessário no âmbito penal, principalmente quando buscado por pessoas absolvidas ou que cumpriram sua pena e não suportam conviver com a permanência de seus dados sobre os erros pretéritos na internet. A admissibilidade do recurso extraordinário mostrou-se fundamental para consolidar a importância de tal direito no ordenamento jurídico.

A aplicação do direito ao esquecimento em outros ramos do direito já demonstra por si a tendência jurídica pela aceitação e aplicação de tal direito no âmbito penal em tempos de superexposição de dados pessoais na internet. Pode-se constatar a presença dessa questão na área do direito do consumidor, conforme artigo 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor que faz referência à exclusão de nomes do cadastro negativo.

Assim como nos outros ramos do Direito, a busca pelo esquecimento também vem ganhando espaço no âmbito penal, com pedidos de retirada de dados pessoais da internet principalmente quando referentes a fatos sobre crimes cometidos no passado, mas que já resultaram em pena cumprida, ou mesmo quando o indivíduo foi absolvido por alguma acusação, mas não se distanciou dos julgamentos pessoais da sociedade. Geralmente tal pedido vem acompanhando de pedido indenizatório pelos danos sofridos.

Os dois casos anteriormente citados nesta pesquisa (*Caso da Chacina da Candelária* e *Caso Aída Curi*) são exemplos importantes para demonstrar que, em sede de recurso especial com decisão unânime da 4ª Turma do STJ, o direito ao esquecimento passou a ser discutido no cenário judicial brasileiro.

No caso do REsp nº 1.334.097-RJ, o indivíduo absolvido pela acusação de ter participado da *Chacina da Candelária* argumentou que fora obrigado a mudar de comunidade para preservar sua segurança e de sua família. O Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro entendeu por conflitar o direito público à informação e o direito ao esquecimento. O autor da ação recorreu ao Tribunal de Justiça, oportunidade onde a sentença foi reformada nos termos seguintes:

I- O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II- Constituinte os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhecesse à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los,

em diálogo com a sociedade civil. III- Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. IV- Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento. V- Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (STJ, 2013a, p. 7).

Em contrapartida, no processo relativo ao caso Aída Curi (REsp nº 1.335.153-RJ), o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a ofensa ao direito ao esquecimento por se tratar de fato histórico e evidente interesse público, impossível de ser lembrado sem se mencionar o nome da vítima. Afirma o Ministro Luis Felipe Salomão:

Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirar-lhe dos ofendidos, permitido que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido [...]. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi (STJ, 2013b, p. 37).

Vale destacar que, o pedido relativo à aplicação do direito de ser esquecido ao caso não foi concedido pela Justiça do Rio de Janeiro nem pelo STJ. Estando o processo no Supremo Tribunal Federal em sede Recurso Extraordinário com Agravo 833.248, a Corte reconheceu o status de repercussão geral à questão:

Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status

constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social (STF, 2015, p. 7).

Verifica-se, portanto, que o direito ao esquecimento faz parte de uma nova realidade, e a depender do caso concreto pode ser aplicado em sua totalidade, ou caso haja conflito valorativo de princípios, pode deixar de ser preponderante em face do legítimo interesse público em questão.

O interesse público, quando analisado frente ao direito de ser esquecido, merece ser atual, útil e legítimo, de modo que se sobreponha ao interesse individual, principalmente quando se tratam de informações sobre crimes passados com autores sem débito com a Justiça.

Nesta linha de pensamento, encontra-se o voto vencido do Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível nº 70011892569, posicionando-se a favor do direito ao esquecimento: “interesse público algum havia na republicação da notícia objeto da presente demanda, pois não tinha nenhuma relevância histórica ou social, vindo apenas a grafar o nome do autor como delinquente em débito com a Justiça”.

A análise dos casos concretos individualizados mostra que nem sempre o reconhecimento do direito ao esquecimento garante a indenização pelo dano sofrido. No caso da Chacina da Candelária, a título de comparação posto que caso extremamente singular, a parte ré foi condenada a pagar indenização. Mas há casos em que os julgadores entendem não existir vinculação entre o pedido de indenização e a ordem de retirada de dados pessoais dos meios de comunicação, podendo ser estendido às matérias presentes na internet, como entendeu o Desembargador José Olegário Monção Caldas, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na Apelação n.º 0001450-96.2010.8.05.0103.

Em se tratando de matéria veiculada pela internet, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando a matéria for divulgada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. Com a publicação da notícia em 26.05.2004 inicia-se o prazo prescricional. Assim, no caso dos autos, a ação foi intentada em 10.02.2010, quando já estava prescrito o direito do autor nos termos do art. 206, § 3 do Código Civil. Logo, não há que se falar em indenização por danos morais. Quanto a Apelação da Empresa Ré, também não merece amparo, tendo em vista que o comando sentencial que determina a retirada dos sites das matérias indicadas pelo Autor não implica acolhimento do pedido de condenação por danos morais. Ademais, verifica-se, in casu, o direito ao esquecimento que pertence a todo cidadão, vez que os serviços indexadores de busca realizam um efeito multiplicador, tornando o alcance global e eterno. (BAHIA, 2013).

Corroborando com mesmo entendimento de desvinculação entre indenização por danos e direito ao esquecimento, e mantendo o posicionamento de que é cabível e aplicável tal direito nos tribunais brasileiros como exceção do direito à informação, memória e história, tem-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios referente à Apelação Cível nº 20100112151953:

I - É improcedente o pedido de indenização por danos morais, tendo em vista que o conteúdo das notícias jornalísticas, essencialmente informativas sobre tema de interesse público – suposto sequestro de menor pelo pai -, não violou os direitos da personalidade do autor, considerada a liberdade de imprensa, que é garantia constitucional, própria do Estado Democrático de Direito. Arts. 1º e 220, § 1º, da CF [...]. IV – A notícia dada pela ré não trata de fatos históricos, cuja veiculação ainda nos dias de hoje teria algum interesse público. Em outras palavras, os fatos noticiados pela ré não são excepcionados pelo direito à memória ou à verdade histórica, devendo, portanto, ser retirados (DISTRITO FEDERAL, 2014).

A evolução das tecnologias, o crescimento do número de redes sociais e diferentes formas de buscar informações exige concomitantemente novas formas de pensar o direito e, em específico, os direitos da personalidade. O direito ao esquecimento, dentro das suas limitações, ainda que pouco regulamentado, ganha suas peculiaridades com seu gradual uso pelos julgadores brasileiros. Vem sendo utilizado, no aspecto criminal, para combater a perpetuação de uma pena já cumprida ou para corroer a estigmatização destes indivíduos, ainda que absolvidos, bastando para este o desgaste que a persecução penal lhe causa.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime nº 70054718952, defendeu o reconhecimento do direito ao esquecimento como direito de todas as pessoas, enfatizando sua aplicação como meio garantidor da justa reabilitação dos indivíduos.

Circunstâncias do art. 59. Culpabilidade. Não há elementos nos autos capazes de justificar a exasperação relativamente à culpabilidade do acusado. Antecedentes. Decorridos mais de cinco anos entre a extinção da pena e a data do fato. Impossibilidade de utilizar condenações anteriores para negatar referida circunstância judicial. Vedação constitucional de penas de caráter perpétuo. Precedente do STJ. Direito ao esquecimento. Todas as pessoas, sem exceção, têm direito ao esquecimento em relação a fatos da sua vida passada, demeritórios ou ilícitos. Mesmo a consideração da reincidência tem efeito limitado no tempo e é possível a reabilitação. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Esta foi uma importante decisão, diante da preocupação quanto à aplicabilidade da reintegração social dos cidadãos-egressos em defesa da dignidade da pessoa humana. Ao tratar do direito de ser esquecido, a decisão se mostra verdadeiro meio de proteção da intimidade das pessoas, partindo do pressuposto de que a exposição pública de dados pessoais no meio virtual torna qualquer pessoa que tenha sido absolvida ou cumprido pena identificada com uma etiqueta social completamente dissociada do convívio coletivo, devido ao juízo de valor imposto pela permanência de dados sobre erros passados na internet e excesso de vigilância e julgamento da sociedade em contraposição à verdadeira decisão judicial.

No transcorrer da análise jurisprudencial é possível verificar que os tribunais brasileiros já se posicionaram sobre diversas questões que circundam o direito ao esquecimento, desde a possibilidade de indenização pelo dano sofrido, influência desse direito na reabilitação criminal, conflito com direito à informação, memória e história, bem como com o legítimo interesse público sobre determinado fato.

Na busca pela compreensão do direito de ser esquecido em tempos de superexposição de dados pessoais na internet, já há nos julgados brasileiros decisão que trata da retirada de dados constantes em sites, especificamente relacionado ao ramo criminal, demonstrando a relevância da temática estudada e sua aplicação prática, conforme se visualiza no seguinte trecho de uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sobre a análise de uma Apelação nº 0007766-17.2011.8.26.0650, envolvendo um indivíduo cuja prática de crime foi submetida à investigação seguida de seu arquivamento *versus* a Empresa Folha da Manhã.

Os canais de mídia na internet, uma vez provocados e diante de fundamento relevante, devem proceder à atualização da informação sobre o processo criminal - já julgado e que resultou em inocência do acusado, a fim de que a informação se mantenha correta e imparcial. Ainda, se necessário for, devem excluir a informação, a fim de que sejam imediatamente cessados os efeitos danosos da notícia (SÃO PAULO, 2014, p. 7).

O relator Paulo Alcides Amaral Salles afirma que o direito ao esquecimento “cuida-se do direito do indivíduo de não permitir que um fato (verídico) causador de constrangimento ou transtorno - ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral de forma permanente”, de modo a concretizar as características deste direito.

O direito ao esquecimento, portanto, mostra-se necessário e presente na lei e, principalmente, na jurisprudência brasileira. Os legisladores, julgadores, e a sociedade como um todo compreende e aplica o direito de ser esquecido na atualidade. Em relação ao tema abordado nesta pesquisa científica, é também perceptível a preservação e cabimento deste direito diante da sociedade da informação, que em diversos momentos restringe o convívio social daqueles a quem recai o peso de uma condenação cumprida ou que foram absolvidos.

A retirada de dados pessoais sobre erros passados e o respeito à intimidade e à dignidade da pessoa humana são objetivos maiores a serem alcançados com a recepção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Diante da ponderação de valores, da repercussão geral reconhecida, da influência na reabilitação criminal, o direito de ser esquecido é atual, útil e importante instrumento limitador da superexposição de dados pessoais na internet.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da internet proporcionou nos últimos anos a hipervalorização da informação. Diante das possibilidades tecnológicas apresentadas diariamente, a disponibilidade de conteúdos de forma ilimitada no ambiente virtual trouxe consequências para o ramo jurídico na medida em que passou a interferir na esfera íntima das pessoas. Em tempos de superexposição de dados pessoais na internet, o Direito enfrenta diversas ofensas à intimidade e dignidade da pessoa humana.

O problema com a expansão tecnológica surge com a desenfreada permanência de conteúdos que dizem respeito à fatos passados de indivíduos que foram absolvidos ou já cumpriram pena após a devida persecução penal. Assim, no âmbito do direito penal, surgiu a necessidade de se discutir a regulamentação da proteção de dados pessoais.

Durante esta pesquisa, foi possível verificar a existência de dispositivos normativos utilizados extensivamente ao direito de ser esquecido na tentativa de regulamentar a exibição na internet de dados pessoais por tempo indeterminado, assim como de anteprojeto de lei de Proteção de Dados Pessoais e da minuta do decreto presidencial que irá regulamentar o Marco Civil da internet, sancionado em abril do ano de 2014.

Além da necessidade de regulamentação da proteção de dados pessoais na internet diante da tutela penal da intimidade e da dignidade da pessoa humana, este trabalho também demonstrou a formação e a influência da sociedade da informação no âmbito penal, mais especificamente quanto à reintegração social.

Tal instituto criminal foi analisado sob a ótica do modelo “pós-panóptico”, da vigilância líquida e da teoria da rotulação (estigmatização), no cenário da Criminologia Interacionista, de modo a concluir que a busca pela segurança, fiscalização e controle é capaz de se sobrepor à liberdade e privacidade dos indivíduos.

A etiquetagem social é capaz de interferir e induzir cidadãos-egressos a comportamentos excludentes, discriminatórios, com criação de uma subcultura a partir da nova identidade oferecida pela sociedade a partir da construção de um perfil com dados pessoais sobre erros passados em forma de pena perpétua.

Após denso estudo envolvendo informação, intimidade e reintegração social, foi possível delinear a noção de direito ao esquecimento tanto pelo viés principiológico no âmbito do direito penal quanto pelo constitucional. Utilizou-se também de codificações e demais leis referentes ao tema para definir esse novo direito.

Ainda que atual e útil, o direito ao esquecimento apresenta restrições. Estas limitações existem para proteger outros direitos tão fundamentais quanto o de ser esquecido. O direito à informação, memória e história, a liberdade de expressão e imprensa, e o legítimo interesse público compõem a principal via de conflitos com a problemática da pesquisa quando postos em casos concretos.

O direito à informação com fins meramente satisfatórios da curiosidade social é desconsiderado na balança de valores. Porém, ao se tratar de uma informação necessária, com evidente relevância social de modo a contribuir com a história da sociedade e capaz de estancar novas tentativas de cometimento de delitos, se sobrepõe ao direito de ser esquecido.

A liberdade de expressão e imprensa representa uma conquista histórica brasileira, devendo ser cuidadosamente analisada quando posta diante da ponderação de valores para que esse instrumento democrático não sofra máculas. A ponderação desses valores não ocorre para anular um princípio em prol de outro, mas apenas para reduzir a incidência em razão objetivos valiosos como a garantia ao cidadão egresso ou que foi absolvido criminalmente de ter uma vida digna e pacífica sem memórias penosas.

Outra restrição à proteção de dados pessoais, especificamente na internet, diz respeito ao interesse público legítimo. Os dados disponibilizados no meio virtual não correspondem em sua maioria a informações realmente úteis, atuais e verídicas, prejudicando o restabelecimento do bom convívio social do indivíduo que passou por uma perseguição penal.

A superexposição de dados pessoais na internet relativos à fatos passados é uma realidade e está intimamente ligada aos conceitos de intimidade, de proteção de dados, direito ao esquecimento e suas restrições, partindo do pressuposto de que se trata de direito relativo e limitado. Percorrer por estes pontos foi crucial para finalmente levantar

as referências jurisprudenciais e legais brasileiras sobre a temática em estudo, de modo a apontar o cabimento do direito ao esquecimento na seara criminal.

Como sintoma da sociedade da informação, a busca pelo judiciário já oferece respostas em relação à aplicação ou não do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio da pesquisa e análise de decisões judiciais recentes foi possível constatar que o direito de ser esquecido encontra respaldo jurídico a ponto de ser reconhecido como uma questão de repercussão geral, entendida assim como sendo uma discussão de relevante e expressivo valor jurídico e social, extrapolando os interesses subjetivos das partes em litígio, alcançando a sociedade como um todo.

Desse modo, conclui-se o estudo com o entendimento de que é cabível o direito ao esquecimento diante da superexposição de dados pessoais na internet, desde que, ao ser avaliado no caso concreto, respeite os limites que lhes são impostos a ponto de garantir o equilíbrio jurídico de princípios raros ao Direito Penal brasileiro e a proteção à intimidade e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. *Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Código Penal*, de 07 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- _____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e do STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e modos de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GRECO, Marco Aurelio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRECO, Rogério. *Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade*. In: Temas Atuais do Ministério Público. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- HASSEN, Maria de Nazareth Agra. O trabalho e os dias: enfoque antropológico sobre trabalho e prisão. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 1, n. 1, p. 61-71, jan./dez. 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Método, 2010. v.1.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito*. v. 1. Trad. Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

Recebido em: 20 de novembro de 2015.

Aprovado em: 01 de dezembro de 2015.