

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: A NECESSIDADE DE SUA AFIRMAÇÃO E DE UM MAIOR ALCANCE DESTA NA ESFERA CRIMINAL

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues¹

RESUMO

O trabalho se propõe a analisar os aspectos que envolvem o debate concernente à afirmação do direito ao esquecimento, na ordem constitucional e jurídica brasileira. Objetiva-se demonstrar, em diálogo com o Direito Penal, que além de ser afirmado, o direito ao esquecimento deve possuir um alcance maior na esfera criminal, principalmente diante das peculiaridades desta no cenário brasileiro. É uma pesquisa exploratória do tema, que analisa as decisões que afirmam o direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira, sobretudo diante de casos televisivos e, concomitantemente, vale-se do direito comparado para analisar o diálogo desse instituto com o paradigma político-criminal.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito Penal. Ressoalização. Memória e esquecimento. Papel da mídia.

ABSTRACT

This paper proposes to analyze the aspects that involve the debate concerning the affirmation of the right to be forgotten, in the Brazilian constitutional and legal order. The main purpose is to demonstrate, in dialogue with Criminal Law, that in addition to being affirmed, the right to be forgotten must have a greater scope in the criminal sphere, mainly due to the peculiarities of it in the Brazilian scenario. It is an exploratory research of the theme, which analyzes the decisions that affirm the right to be let alone in Brazilian jurisprudence, especially in the case of television media and, concomitantly, uses comparative law to analyze the dialogue of this institute with the political-criminal paradigm.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Diretor de Comunicação da Empresa Júnior da Faculdade de Direito – ADVOCATTA.
Endereço eletrônico: matheus.rodrigues@advocatta.org

Keywords: Right to be let alone. Right to be forgotten. Trial by news media. Criminal Law. Resocialization. Memory and forgetfulness.

INTRODUÇÃO

“Que vai ser quando crescer? vivem perguntando em redor. Que é ser? É ter um corpo, um jeito, um nome? Tenho os três. E sou? Tenho de mudar quando crescer? Usar outro nome, corpo e jeito? Ou a gente só principia a ser quando cresce? É terrível, ser? Dói? É bom? É triste? Ser: pronunciado tão depressa, e cabe tantas coisas? Repito: ser, ser, ser. Er. R. Que vou ser quando crescer? Sou obrigado a? Posso escolher? Não dá pra entender. **Não vou ser. Não quero ser. Vou crescer assim mesmo. Sem ser. Esquecer.**”²

Quase cinco décadas depois do fato, um programa televisivo veicula o estupro e morte de Aída Cury, no Rio de Janeiro. Quase uma década depois do ocorrido, também no Rio, a “Chacina da Candelária” é retratada em canal de televisão, descrevendo a identidade de envolvidos (divulgando-se, inclusive, a identidade de inocentados no fato). Já na Alemanha, por duas vezes, judicializa-se, na Corte Constitucional, a tentativa de um canal de televisão de realizar um documentário sobre a série de assassinatos a soldados cometidos durante um roubo de armas. Se você fosse qualquer uma dessas pessoas retratadas, ou ao menos tivesse uma relação com elas, gostaria de ser lembrada por esses fatos desabonadores, dos quais desejasse se esquecer?

Este trabalho propõe a analisar os aspectos que envolvem o debate concernente à afirmação do direito ao esquecimento, na ordem constitucional e jurídica brasileira. Objetiva-se demonstrar, em diálogo com o Direito Penal, que além de ser afirmado, o direito ao esquecimento deve possuir um alcance maior na esfera criminal, principalmente diante das peculiaridades desta no cenário brasileiro.

Trata-se de uma pesquisa exploratória do tema, que irá mostrar, primeiramente, a origem e desenvolvimento do direito ao esquecimento na ordem jurídica. Analisa-se, ainda, dois Recursos Especiais que representam a afirmação do instituto na jurisprudência, bem como o papel do juiz diante de colisões constitucionais que envolvam esse direito.

² ANDRADE, C. D. **Poesia e prosa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1992.

Ao fim, o direito ao esquecimento, além de ser entendido como necessário à afirmação da autonomia do indivíduo, afirma a memória coletiva e, mormente, no Direito Penal, instrumentaliza a esperança do ex-detento em institutos, como a ressocialização.

1.1. DIGNIDADE HUMANA: ALICERCE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Falar sobre o ser humano é uma tarefa complicada. Há disposições expressas que buscam proteger o ser humano em sua dignidade. Dessa forma, os direitos da personalidade, vistos sob uma dimensão material, buscam garantir o respeito ao ser humano tanto em sua integridade física (vida, direito sobre o corpo) quanto em sua integridade moral (liberdade, privacidade, imagem, honra, nome, direito moral do autor, recato).

Falar sobre o “ser”, desta maneira, é falar sobre direito à vida e à liberdade, sobre o direito à integridade física e psíquica, sobre o direito ao nome, à identidade pessoal e à imagem, sobre o direito à intimidade, à privacidade e ao recato, sobre o direito moral do autor, à honra, à reputação e, por fim, também é falar sobre o direito ao esquecimento. Por fim, não. Os direitos da personalidade compõem um rol meramente exemplificativo, não excluindo outros que, porventura, ao longo das mudanças sociais, possam vir a aparecer. E mais: são categorias de tipicidade aberta, ou seja, são fluidos e moldáveis às peculiaridades dos casos concretos e às transformações da sociedade.

O direito ao esquecimento, portanto, surge como um direito da personalidade, fundado sob a dignidade da pessoa humana. Tentando se afastar de qualquer argumento retórico que possa levar a um mero principialismo moral³, é importante mostrar como a dignidade humana oferece um feixe argumentativo à existência desse direito, mesmo sabendo que esse entendimento possa mudar, já que esses direitos e princípios se ressignificam ao longo do tempo.

³ Marcelo Neves nota que a “a invocação aos princípios apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da (...) prática jurídica e constitucional [brasileiras]”, e, ainda, que a “**a retórica principialista** servia ao afastamento das regras claras e ‘completas’, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas”.

NEVES, MARCELO: **Abuso de princípios no Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em 5 de mar. 2016.

Sobre o tema, v. ainda: NEVES, MARCELO: **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. 304 p.

A dignidade humana, minimamente, é formada por três elementos essenciais⁴. Primeiramente, pelo próprio elemento ontológico da dignidade: coisas têm valor, o ser humano tem dignidade. É desse elemento anti-utilitarista que, no plano jurídico, tem-se a origem de diversos direitos fundamentais, como o direito à integridade moral (e, por conseguinte, o direito ao esquecimento).

Ainda, como segundo elemento essencial, pode-se entender a dignidade a partir do seu elemento ético: o ser humano, em sua autonomia da vontade, pode fazer valorações e escolhas existenciais, que constituem opções personalíssimas. Desse elemento, pode-se extrair uma dimensão privada e pública que, respectivamente, reforça os direitos da personalidade e dá origem aos direitos políticos, os quais, neste último, destaca-se o direito de ser informado para poder, autonomamente, deliberar nas escolhas privadas.

Ademais, é importante interpretar também a dignidade sob um valor comunitário: nesse sentido, ela molda os limites da liberdade como contraponto a própria autonomia da vontade. A partir desse elemento, notadamente, encontra-se decisões que, baseadas em conceitos indeterminados, como o interesse público, esbarra nos limites à liberdade humana, legitimando decisões que impõem limites à autonomia da vontade, impedindo, por exemplo, que anões sejam voluntariamente arremessados⁵.

A dignidade humana, vista sob seus elementos essenciais, oferece amparo principiológico e argumentativo ao direito ao esquecimento da seguinte forma:

1. Em seu elemento ontológico, postula o ser humano como detentor de dignidade, afirmando, juridicamente, seus direitos fundamentais intrínsecos, como o direito à integridade física e moral;

⁴ Ver sobre o assunto a obra de BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p.21-30. Barroso, na sua obra, aduz para a necessidade de definição de um conteúdo mínimo que possam garantir a unidade e objetividade na sua aplicação e interpretação, impedindo uma retórica principialista. Ainda, segundo ele, esses três elementos, os quais nos baseamos para indicar os alicerces da dignidade humana ao direito ao esquecimento, seriam dimensões mínimas do conteúdo da dignidade humana, respeitando-se, nessa conceituação, a laicidade e o máximo da neutralidade política, buscando sua universalização.

⁵ V. **CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLÉE**. Disponível em: <goo.gl/LXIs4K>. Acesso em 5 de mar. 2016.

2. Em seu elemento ético, postula o sujeito como livre para fazer escolhas personalíssimas, podendo fundamentar decisões nas quais ou (1) os indivíduos queiram construir uma nova identidade pessoal⁶, objetivando o esquecimento de um passado desabonador, por exemplo, ou, ainda, (2) garantam a prevalência do direito de informação como forma de orientar às pessoas em suas deliberações morais e individuais, presentes e futuras;
3. Em seu elemento social, sendo a dignidade humana limite e molde à liberdade individual, defende indivíduo contra atos praticados por ele mesmo, protegendo direito de terceiros e valores sociais, como a solidariedade⁷.

Posto isto, pode-se entender os argumentos principiológicos que fundam e dão origem ao direito ao esquecimento. Vale ressaltar, ainda, que a dignidade humana, mesmo em seu conteúdo mínimo, pode legitimar decisões contrárias (que garantam a prevalência ou não do direito ao esquecimento). Nesse debate inicial, portanto, já se sabe qual o fundamento do direito ao esquecimento, cabendo, agora, tentar-se delimitar o significado e a evolução deste no direito pátrio.

1.2. POSSÍVEL SIGNIFICADO E DESENVOLVIMENTO DO “RIGHT TO LET ALONE” NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

O direito ao esquecimento, “right to be let alone”, ou “right to be forgotten”, nasce da discussão acerca dos direitos da personalidade, mormente, o direito de privacidade e à honra. No direito comparado, *hard cases* propiciaram a exasperação desse debate constitucional no mundo, em casos como *Lebach I* (1973) e *II* (1999), na Alemanha, e *NYtimes v. Sullivan*, nos EUA.

Apesar disso, só se fala em direito ao esquecimento no Brasil a partir do século XXI. Doutrinariamente, destaca-se o Enunciado ^o 531 do CJE/STJ (Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal), aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, bem como sua justificativa:

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

⁶ Identidade pessoal é abordada, mormente, na doutrina italiana, e entendida como o direito de ter, cultivar ou manter uma imagem (seja política, ética, social e/ou religiosa) diante da coletividade, não sendo ligada, necessariamente, à honra e reputação.

⁷ V. obra de BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 40-42.

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 ao 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.

As transformações sociais, sobretudo com o advento da Era da Informação e, conseqüentemente, do fortalecimento da Internet, propiciaram a necessidade da consolidação do direito ao esquecimento: esse instituto seria um contrabalanceamento à perenidade das informações na rede. Se antes as informações se perdiam nos jornais, que, mesmo guardados, tinham pouco tempo biológico de uso, agora, estas permanecem eternamente na Internet. Tais informações podem ser acessadas a qualquer momento e em qualquer lugar; da mesma forma, serem replicadas e republicadas. Assim sendo, o “right to be forgotten” surge para contrabalancear esse aspecto absoluto na propagação e replicação da informação: nenhum direito é absoluto, logo, as liberdades comunicativas também não o são⁸.

De contraponto às liberdades comunicativas à aceitação pela doutrina brasileira, o direito ao esquecimento é expressamente afirmado pela jurisprudência brasileira em dois casos julgados no STJ (Superior Tribunal de Justiça): o Recurso Especial nº 1.334.097, conhecido como “Chacina da Candelária”, e o Recurso Especial nº 1.335.153, o caso “Aída Curi”, ambos com relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, tendo este último repercussão geral aceita pelo STF, em 2014, onde permanece parado.

Em resumo, portanto, tem-se um instituto relativamente novo, debatido de forma incipiente na doutrina brasileira e afirmado, recentemente, pela jurisprudência. Sua definição, outrossim, não é consolidada: de acordo com a compreensão doutrinal no Enunciado supratranscrito, o direito ao esquecimento seria um direito

⁸ Vale ressaltar que um dos desdobramentos do direito ao esquecimento é (e que, portanto, também envolvem o contrabalanceamento desse aspecto absoluto proporcionado pelo advento da Internet) o “right not to be found”. Trata-se de um direito a desindexação impostos aos motores de buscas, como o Google, acerca de informações específicas do interessado. Há julgado, nesse sentido, no Tribunal de Justiça da União Europeia (European Court of Justice), que determinou que o Google deveria, a pedido do particular, desindexar link com informações desatualizadas ou irrelevantes que infringisse a privacidade do indivíduo.

fundamental que detém o titular de evitar que, a qualquer momento, seja lembrado por fatos desabonadores do seu passado, pela simples vontade de terceiros. Destaca-se, por fim, na definição e justificação do enunciado, o desdobramento importante desse instituto na esfera penal.

1.3. LIBERDADES COMUNICATIVAS v. DIREITO AO ESQUECIMENTO: INSTITUTOS QUE CERCEIAM A COLISÃO ENTRE ESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento do instituto conhecido como “right to be forgotten” (traduzido, literalmente, como “direito de ser esquecido” ou “direito ao esquecimento”) foi acompanhado pelo recrudescimento de conflitos constitucionais já conhecidos. Esse debate, no âmbito penal, ganha novos elementos e contornos.

Discorrer sobre o “direito ao esquecimento”, inevitavelmente, é lembrar o conhecido conflito constitucional que envolve liberdades comunicativas e direito da personalidade. Faz-se, no entanto, entender o que seria “liberdade comunicativa”. Tendo esse entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado, pode-se, então, avançar na discussão e entrar no Direito Penal.

A liberdade comunicativa deve ser compreendida de forma ampla, englobando tanto um direito de expressão como um direito de informação⁹. O direito de expressão é percebido de forma estrita como a liberdade de expressar um pensamento político, filosófico, moral ou religioso. Já o direito de informação é visto no sentido lato do termo, ao envolver a comunicação dos fatos, ou seja, o direito de informar, de se informar e ser informado.¹⁰ Ambos sentidos são positivados

⁹ SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**, 2015, p. 7-11. Disponível em: <goo.gl/4pXKYP>. Acesso em 6 nov. 2016. No mesmo sentido, v. também BARROSO, Luis Roberto, **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**, 2001. Disponível em: <goo.gl/R8rog2>. Acesso em 6 jan. 2016.

¹⁰ SARMENTO., op. cit., p. 7, 8., nesse sentido, afirma “O direito à informação desdobra-se em três dimensões: o direito de informar que é uma faceta das liberdades de expressão e o de imprensa; o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público”.

constitucionalmente¹¹. A doutrina majoritária e a jurisprudência entende que a impossibilidade de limitar esse direito fundamental (expressa no art. 220 da CF/88) não são destinadas à esfera jurisdicional, mas sim ao poder constituinte derivado.

Aduz-se, ainda, que, assim como o direito ao esquecimento, as liberdades comunicativas, em último plano, são também fundadas no princípio da dignidade humana. O ser humano, para seu devido desenvolvimento, deve “se informar”, “ser informado” e “informar”, constituindo estas ações essenciais para a formação da sua personalidade e das suas liberdades comunicativas, já que somos linguagem. Devemos “informar” e nos comunicar. Devemos “se informar” e “ser informado” para formar convicções e crenças políticas e ideológicas¹².

Existem outros direitos que, historicamente, são abordados nesse conflito constitucional¹³, como o interesse público, por exemplo, que amálgama e solidifica a importância da liberdade comunicativa. Pode-se citar, ainda, o direito ao cultivo da memória coletiva, a liberdade de imprensa, os diversos direitos da personalidade, a segurança da sociedade e do Estado etc.

O referido “direito ao esquecimento” nasce no Direito Penal e nele oferece instrumento à ressocialização, como é aduzido na justificativa do Enunciado nº 531. Sobremaneira, ao lado dos direitos e institutos acima, faz-se necessário, agora, discutir o “right to be forgotten” à luz de uma linguagem criminal. Deve-se mudar o paradigma, para se entender a mensagem desse estudo. Deve-se trabalhar com esse instituto problematizando os objetivos, declarados ou reais, e os princípios do Direito Penal. Não se trata, dessa forma, de um “direito ao esquecimento” de um

¹¹Art. 220 da CF/88 afirma 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”.

¹² As dimensões do direito à informação poderiam ser problematizadas, mostrando que, no Brasil, estas são totalmente influenciadas pelos pequenos poderosos donos da grande mídia brasileira. v. MIGUEL, Luis Felipe, **Representação Política em 3-D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política**, 2003, p. 132-134. Disponível em: <<https://goo.gl/mqcXSw>>. Acesso em 6 de mar. 2016. Dessa forma, faticamente, é essa mídia que, inconstitucionalmente constituída (já que a CF proíbe esse monopólio e oligopólio, em seu art. 221), determina o que deve ser informado às pessoas e, em último plano, o que elas devem deliberarem entre si. Não obstante, reconhecemos o lado simbólico e o espectro ideal dessa definição, apenas ressaltando que, atualmente, há uma grande disparidade entre o ser e dever ser (fático x ideal). Isso é problematizável, no entanto, não constitui o foco do nosso trabalho.

¹³ Conflito histórico, presente, em grande ou pequena medida, na ADPF n.130 e na Adin 4.815, por exemplo.

cidadão qualquer, mas sim de um cidadão que fora alcançado pelos tentáculos, cada vez maiores, do Direito Penal. Trata-se de um cidadão, portanto, que busca (ou já alcançou) a ressocialização na sociedade. O direito ao esquecimento é a afirmação, como nas palavras do Min. Luís Felipe Salomão, de um direito à esperança.

Abordar essa conexão e entrelaçamento com o Direito Penal é uma tarefa árdua, no direito comparado, principalmente, diante das peculiaridades e características do sistema penal brasileiro.

1.4. O INSTITUTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DISCURSO TRANSNACIONAL: O CASO LEBACH I (1973) E II (1999)

No discurso internacional, há uma certa cisão acerca do alcance do instituto do “right to be forgotten” em relação aos demais direitos citados acima. De um lado, há uma clara tendência na Alemanha, e em outros países europeus, de se privilegiar a privacidade de ex-presidiários, principalmente aqueles que já “cumpriram seus débitos com a sociedade”, garantindo a eles o direito ao esquecimento: as coberturas midiáticas desses crimes tendem a preservar a identidade desses ex-presidiários. Do outro, nos EUA, há uma tendência de prevalecer a liberdade de expressão, garantida pela *First Amendment*, frente aos direitos da personalidade¹⁴¹⁵.

O caso *Lebach*, um marco para o nascimento do direito ao esquecimento, deve ser melhor analisado. Representa, em todas as suas peculiaridades, a dificuldade que é deliberar casos que envolvem uma colisão entre direitos constitucionais. O caso *Lebach*, aconteceu na Alemanha, onde um indivíduo fora condenado pelo assassinato de soldados, durante uma ação de roubo de armas: o famoso “assassinato de soldados de Lebach”. Prestes a sair da prisão, o canal de televisão alemão ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) produziu, e intentava apresentar, um documentário acerca desse crime (“Soldatenmord von Lebach”).

A tentativa, no entanto, foi parar no Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht), que manteve as decisões anteriores de proibir a

¹⁴ Ver *NYTIMES v. Sullivan*; *Cox Broadcasting Corp v. Cohn* e *The Florida Star v. B.J.F.*

¹⁵ V. Siry, L., Schmitz, S., ‘**A Right to Be Forgotten? - How Recent Developments in Germany May Affect the Internet Publishers in the US**’, *European Journal for Law and Technology*, v. 3, n. 1, p. 1-3, 2012.

veiculação do documentário. O tribunal alegou que, no caso específico, a tutela dos direitos da personalidade do preso (prestes a deixar o cárcere) sobrepujava a liberdade de comunicação, pois ao veicular o documentário, poder-se-ia colocar em risco a ressocialização do indivíduo na sociedade, violando, em último caso, duplamente o princípio da dignidade humana: primeiro por violar os direitos da personalidade do indivíduo e, em seguida, por poder vilipendiar e ignorar o direito à reinserção social. Dessa forma, o canal de televisão estava proibido de veicular qualquer documentário sobre o crime que fizesse uma menção expressa àquele criminoso que deixaria a prisão. Reforça-se: menção expressa, ou seja, a transmissão podia ser realizada, desde que não revelasse, explicitamente, a identidade do interessado.

A situação mudaria, quase 27 anos depois, quando um novo canal da televisão alemão pretendeu veicular outro documentário com o mesmo conteúdo, o caso *Lebach II*¹⁶. A corte constitucional alemã, no entanto, não manteve as decisões dos tribunais anteriores, e optou pela prevalência da liberdade de comunicação, aduzindo que a transmissão do documentário não ameaçaria mais a ressocialização do indivíduo, pois havia um grande lapso temporal desde sua saída da prisão. Observa-se, agora, a presença do fator temporal (a distância temporal do fato cerne à decisão) sendo uma variável determinante na ponderação com as liberdades comunicativas.

Diante do julgado em questão, as peculiaridades presentes em colisões constitucionais desses direitos no âmbito penal são clarificadas, peculiaridades estas que são levadas ao extremo no caso (devido ao fator temporal e a eminência do fim da pena do acusado). O âmbito penal traz novas variáveis à análise: a ressocialização, a persecução penal punitiva, a influência da mídia ao longo de todo o processo criminal e a política criminal do Estado, como se referiu na seção acima. O instituto do direito ao esquecimento, portanto, como será defendido no presente artigo, necessita ser visto cuidadosamente e sob um novo prisma de observação em

¹⁶ A ementa da decisão do caso *Lebach II* (1999), que faz também referência ao julgado de 1973, encontra-se disponível para a consulta. Disponível em: <goo.gl/zE7DJg>. **“Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde von SAT 1 gegen das Verbot, den Film ‘Soldatenmord von Lebach’ auszustrahlen”**.

casos penais, incorporando à análise e à ponderação as variáveis que esse ramo do direito traz.

1.5. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Sendo apontados, conceitualmente, os devidos institutos pertencentes a esse conflito constitucional, resta nos aprofundar nesse debate. Debate este que deve se inserir, sob pano de fundo, numa democracia deliberativa (comunicativa e dialógica). Por meio desse diálogo, ousamos tentar responder algumas perguntas que são derivadas (ou seriam originárias?) desse conflito constitucional entre o direito ao esquecimento, mormente dos presos e ex-detentos, e as liberdades comunicativas.

Como balancear esses direitos (a liberdade comunicativa e o direito ao esquecimento) com a ressocialização do preso? Como utilizar o instituto do “right to be forgotten”, adequadamente, definindo conteúdo mínimo e alcance para que ele não seja, retoricamente, usado para validar decisões contrárias? O dever de informar e o cultivo da memória coletiva podem ser equilibrados e temperados à luz do direito ao esquecimento?

O direito ao esquecimento é, antes de tudo, um instrumento constitucional e, com isso, não pode ser usado indevidamente e ilegalmente, abusando-se, em última medida, da própria constituição. No Direito Penal, ainda, busca-se mostrar que é evidente a necessidade de uma roupagem diferenciada de tratamento e aplicação, pois ele se encontra inserido em outro paradigma (sendo um ramo do Direito com características bastante peculiares e ímpares).

2.1. ESQUECIMENTO E DIREITO À MEMÓRIA COLETIVA

Em uma sociedade complexa, o ser humano vive rodeado de paradoxos: democracia e constitucionalismo, poder constituinte e soberania, e, inevitavelmente, esquecimento e memória.

Primeiramente, deve-se entender a natureza do ser humano (autor e objeto do direito): somos seres dialógicos e comunicativos, formados pela nossa memória. Nossa identidade, desse modo, é construída pelo que lembramos: somos seres únicos por lembrarmos o que resolvemos lembrar. No entanto, lembrar também é

esquecer: somos seres únicos por esquecer o que resolvemos esquecer. É nesse sentido que Mamede na sua obra “O lugar da memória no reconhecimento do passado e na construção do presente”, brilhantemente, aduz:

Como assinala Iván Izquierdo, a aquisição é também chamada de aprendizagem: só se “grava” aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido. Podemos, assim, afirmar que somos aquilo que recordamos, literalmente. ‘O acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é, com que sejamos, cada um, um indivíduo, um ser para o qual não existe outro idêntico’. Mas nós somos, também, o que resolvemos esquecer (...).¹⁷

Por isso que a memória (e o esquecimento) possui um papel fundamental na construção do presente: somos o que lembramos e esquecemos. Só podemos lembrar, cientificamente, porquanto podemos esquecer. Trabalhar a memória, em termos biológicos e científicos, no Direito, pode soar estranho, não obstante, faz-se mister: ambos são construções e fontes de poderes.

Enquanto, de um lado, segundo Derrida¹⁸, a lei possui, inerentemente, uma força (justa ou injusta) que confere “enforceability” a ela, de outro lado, também se tem a memória como um poder: por meio dela, historicamente, grupos dominantes, sociais ou politicamente, (re)construíram instituições jurídicas e sociais. Exemplos, nesse sentido, não faltam: a burguesia francesa, por exemplo, na França iluminista e revolucionária, mais do que instaurar um novo regime político, intentava, utilizando-se da memória (e esquecimento) como instrumento, construir novas instituições sociais, alterando, por conseguinte, valores e costumes.

Dessa maneira, a memória, decerto, pode ser manipulada. O esquecimento pode ser induzido. Trata-se de um poder de descontextualizar e reconstruir linguisticamente fatos que, se historicamente foi dominado por lideranças políticas¹⁹, a partir do século XV, adquiriu um novo autor: a imprensa.

¹⁷ MAIA FILHO, Mamede Said. **Entre o Passado e o Presente, a Afirmação da Memória como Direito Fundamental**. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013, p. 23. Disponível em: <goo.gl/9H8QLA>. Acesso em 3 nov. 2016.

¹⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: M. Fontes, 2010, p.8-10. Derrida, em sua obra, aduz que: **“Existem, certamente, leis não aplicadas, mas não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade ou ‘enforceability’ da lei sem força, quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica -, coercitiva ou reguladora etc. Essa força da lei é justa? E quando promove uma violência que consideremos injusta?”**.

¹⁹ Fenômeno que pode ser percebido na conservação e manutenção da “memória real”, em museus e bibliotecas, ou, até mesmo, os mnemones, na Grécia antiga.

Notavelmente, a obra “1984”, de George Orwell, ilustra esse fato. O ofício do protagonista Winston, um funcionário do Ministério da Verdade, era de transformar a realidade: ele alterava e transformava dados que pudessem contrariar os interesses do partido, jogando os arquivos originais no Buraco da Memória (um incinerador). Dessa forma, George Orwell cria esse personagem para, entre várias críticas sócio-políticas veladas, apontar uma mídia que fabrica realidades pretensiosas, usando-se da memória e esquecimento como instrumento para a criação de “verdades”.

A mídia tem um grande poder. Ela cumpre, em uma democracia deliberativa (ou até em falsas democracias, como em “1984”), o papel de estabelecer a chamada *agenda-setting*, definindo as preocupações públicas. Os temas veiculados nos meios de comunicação de massa entronizam pressão no legislativo, configurando-se, portanto, uma esfera pública discursiva, como aduz Habermas. Além disso, Luis Felipe Miguel²⁰ também argumenta que, além de apresentar os problemas (que serão discutidos na esfera parlamentar decisória), a mídia também os “enquadra”. E enquadrar é narrar seletivamente, abusando-se da memória²¹.

Assim como em “1984” havia os “dois minutos de ódio” – momento em que todos os membros do partido se reuniam para ver as propagandas manipuladoras da realidade, enaltecer o Big Brother e fomentar ódio aos países inimigos –, a imprensa, no século XXI, também direciona julgamentos, condena inocentes e, até mesmo, recondena ex-presos (que já tiveram suas penas cumpridas). O programa “Linha Direta”, por exemplo, veiculado, até recentemente, na maior emissora e empresa de comunicação brasileira, era um espetáculo cênico, com autores contratados, para recontar crimes, por meio de reconstituições. Como se vê, essa narração sempre traz um enquadramento, por vezes ideológico, que abusa da

²⁰ v. MIGUEL, Luis Felipe, **Representação Política em 3-D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política**, 2003, p. 131-133. Disponível em: <<https://goo.gl/mqcXSw>>. Acesso em 6 de mar. 2016. Miguel aduz, em seu artigo, que a função de representação política é dividida em três esferas: o processo de escolhas de representantes, a formação da agenda e do debate público e, por fim, o controle sobre as preferências. A mídia teria um papel primordial e notável na segunda dimensão.

²¹ Esse enquadramento também pode problematizar, certamente, as republicações de notícias na Internet. Trata-se de um desdobramento do direito ao esquecimento (o “direito de não ser encontrado”) e da necessidade de se discutir o esquecimento na Internet. Não obstante, não se trata do foco desse trabalho, que aborda o direito ao esquecimento diante de mídias televisivas.

memória e do esquecimento dos cidadãos, criando-se, inevitavelmente, novas versões para os crimes.

2.2. MEMÓRIA INDIVIDUAL E COLETIVA NA AFIRMAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O ser humano, como já afirmado, em uma das dimensões da dignidade humana, é autônomo. Autonomamente, é quem decide o que lembrar (e, ainda, como lembrar), afirmando uma memória individual que, em último plano, representa sua identidade e personalidade. Essa correlação, embora já afirmada, deve ser sempre rememorada: a memória nos define.

A formação de uma memória coletiva se dá a partir do carácter dialógico do ser humano, pois é através da comunicação e troca de informações que as diferentes percepções individuais formam uma versão da memória coletiva. Ressalte-se: apenas uma versão. Esta não é perene, de forma que varia de acordo com o lugar, cultura, grupos sociais dominantes e com o tempo. Assim como os direitos, portanto, a memória (individual e coletiva) se reassignifica no desenvolver de uma sociedade complexa.

É a partir do entendimento da importância da memória individual, enquanto autônoma e fundamento da memória coletiva, que se compreende a necessidade de afirmação do Direito ao esquecimento. O “right to be forgotten” protege a memória individual. Garantir esse instituto é prezar, como desdobramento, pelo cultivo da memória coletiva. No entanto, há ponderações e temperamentos, já que esse direito também não é absoluto: verifica-se, por exemplo, a utilidade e a temporalidade da informação em questão.

À vista disto, argumentos no sentido de que “a universalização do direito ao esquecimento é o potencial aniquilamento da memória coletiva”²² ou, ainda, “esquecimento, em qualquer léxico, é o antônimo de memória”²³ são, cientificamente, infundadas. Memória e esquecimento são paradoxos inerentes e coexistentes. Desse modo, apesar de não serem, propriamente, sinônimos, não são antônimos: todas as vezes que se optou por usar a palavra “memória”, ao longo

²² SARMENTO, Daniel, **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**, 2015, p. 15. Disponível em: <goo.gl/4pXKYP>. Acesso em 6 nov. 2016.

²³ SARMENTO., op. cit., p. 15.

desse texto, podia também se utilizar o termo “esquecimento”. O esquecimento afirma a capacidade de memória, tornando-a possível e viável.

Mais uma vez, paradoxos como esses são inerentes em uma sociedade complexa, da mesma maneira que se verifica a relação entre a democracia e o constitucionalismo: a democracia só se torna democracia com o constitucionalismo, e aquela legitima este; a memória só existe porque se pode “esquecer”, e é pelo esquecimento que, autonomamente ou não, escolhe-se o que e como lembrar.

Destarte, resumidamente, pode-se afirmar que o indivíduo é naturalmente um ser comunicativo e, concomitantemente, dotado da capacidade de memória (leia-se, também, esquecimento). Essa colisão constitucional a ser analisada (entre o direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas), então, é presente também em um sentido micro, no próprio ser humano.

O direito ao esquecimento protege o ser humano em sua dignidade e memória individual, afirmando, em último plano, a própria memória coletiva. O que deve se discutir, portanto, é o alcance desse instituto e quando ele deve ser preterido pelo dever de informar. Aplicando-se esse direito, em sua devida dimensão, a memória coletiva, em nenhum momento, pode ser vilipendiada. Esse equilíbrio ainda será discutido, com destaque no debate na esfera penal, mas o importante é registrar: esquecer é reforçar o cultivo da memória coletiva na mesma medida em que se pode dizer que a democracia é afirmada pelo constitucionalismo.

2.3. PAPEL DO JUIZ E DO DIREITO DIANTE DESSES PARADOXOS CONSTITUCIONAIS

Diante de casos que envolvem a colisão constitucional já indicada – de um lado, as liberdades comunicativas, e de outro, o direito ao esquecimento -, o papel do juiz, responsável pela integração e criação do direito, ganha destaque.

Certamente, a interpretação jurídica tradicional, o método subsuntivo e os critérios para a solução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e especialização) não são aptos para definirem a colisão indicada. Conflitos entre direitos fundamentais possuem a mesma hierarquia formal, pois ambos são positivados constitucionalmente. E ainda, ambos possuem o mesmo patamar axiológico, não se tratando nem mesmo de uma possível hierarquia axiológica.

Os direitos postos no debate são fundados no princípio da dignidade humana e, dessa forma, tem-se um conflito intraprincípio²⁴. O direito é indeterminado e a sociedade complexa, em situações como essas, não possuem uma solução pronta: o direito abre mão de determinada segurança jurídica para ter uma maior adaptabilidade aos anseios e transformações sociais.

Em um *hard case*, o juiz deve se esforçar interpretativamente, seja como um juiz Hércules, como afirma Dworkin, seja como um juiz lolau, como aduz Marcelo Neves. Este autor, no entanto, ao criticar a técnica tradicional de ponderação e a distinção de “regras e princípios”²⁵, traz uma figura e metáfora interessantes que podem ilustrar o papel do juiz em um *hard case* como o explanado neste trabalho.

Neves alude a uma metáfora que, inclusive, dá título a sua obra “entre Hidra e Hércules”. As regras seriam “Hércules”, já os princípios seriam “Hidra”. O caráter hercúleo das regras fecha a cadeia normativa, enquanto os princípios servem para enriquecê-la, problematiza-la e abri-la. Os princípios proporcionam, devido a sua maleabilidade interpretativa e adaptativa ao caso concreto, uma adequação social do direito, enquanto as regras fecham a cadeia argumentativa, afastando, de certo modo, a insegurança jurídica proporcionada pela “Hidra”. O juiz lolau (o mesmo personagem mítico que cuida das feridas da Hidra, quando Hércules corta, em uma de suas missões, sua cabeça) deve superar, diante do caso concreto, na fundamentação argumentativa do *hard case*, o paradoxo existente entre segurança jurídica e adequação social do Direito e, dessa forma, ele deve agir como Hidra (abrindo sua cadeia argumentativa e axiológica, no caso concreto) e como Hércules

²⁴ NEVES, MARCELO: **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 160-163.

²⁵ NEVES., op. cit., p. 103, 104. Apesar do foco desse trabalho não ser o de problematizar esse papel interpretativo do juiz, e sim apresentar a inadequabilidade dos métodos tradicionais de subsunção, Marcelo Neves apresenta críticas a conceitos interessantes. Destaco duas. Princípios e regras, assim como defendidos por Alexy ou Dworkin, baseados na “textualização constitucional” seriam insuficientes e frágeis, pois caracterizar uma norma depende do “modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo”. Assim, aplicando-se às normas no processo argumentativo, podíamos ter normas-regras (se fossem aplicadas como razão definitiva), normas-princípios e categorias híbridas (como a proporcionalidade em sentido estrito, que seria, segundo Neves, estruturalmente uma regra e funcionalmente um princípio. Ademais, Neves também aduz duras críticas ao método tradicional de ponderação, como o casuismo ad hoc e a irracionalidade intrínseca (devido a indeterminação conceitual e incomensurabilidade dos valores comparados), por exemplo.

(fechando a cadeia argumentativa, com as regras, trazendo segurança jurídica ao processo, e cortando as “cabeças” da Hidra).

O juiz, portanto, quando se encontra diante de um conflito entre as liberdades comunicativas e o direito ao esquecimento, não pode agir diante dos métodos tradicionais de resolução e interpretação. Ele deve, diante das peculiaridades do caso concreto, abrir sua cadeia argumentativa às demandas e transformações da sociedade, por meio dos princípios, mas deve resolver o caso concreto, não se subordinando “ao poder de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta, na forma policéfala em que se apresentam”²⁶. Esse seria a forma como o juiz deve agir diante de um conflito constitucional entre direito fundamentais. O modo, no entanto, consideraremos, apesar das divergências doutrinárias, a técnica da ponderação²⁷ que, simplesmente, é a escolha menos catastrófica e ruim.

2.4. AFIRMAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA (REsp nº 1.334.097 e REsp nº 1.335.153)

Recentemente, o STJ reconheceu o instituto do “direito ao esquecimento” nos casos por este artigo já mencionado: o Recurso Especial nº 1.334.097, conhecido como “Chacina da Candelária”, e o Recurso Especial nº 1.335.153, o caso “Aída Curi”, ambos com relatoria do Min. Luís Felipe Salomão. O interessante, na análise dos casos, é que o embasamento teórico e jurídico é o mesmo, no entanto, as decisões são contrastantes.

O caso “Aída Curi” se trata da pretensão dos irmãos vivos de Aída Curi que, judicialmente, pediam indenizações por veicular a reconstituição, em programa policial (o “Linha Direta”), do estupro e assassinato da irmã. O fato ocorreu em 1958, no Rio de Janeiro, sendo recontado quase 40 anos depois. O STJ, apesar de afirmar que o direito ao esquecimento poderia tornar ilícita a divulgação de fatos pretéritos (mesmo que verdadeiros) embaraçosos ou doloridos, considerou que as liberdades comunicativas (a impossibilidade de narrar o caso policial sem a figura da Aída)

²⁶ NEVES., op. cit., p. 160-163, p. 221.

²⁷ A técnica da ponderação, classicamente, consiste em três etapas. Na primeira, o intérprete detecta as normas em conflito, em seguida, examina o suporte fático do caso concreto, bem como sua interação com os dispositivos normativos em conflito. Por fim, o intérprete examina os fatos e as normas de forma conjunta, escolhendo o grupo de normas que deve se preponderar no caso específico.

deveria se sobrepor ao alegado direito das vítimas. Ressalta-se, ainda, que o tribunal reconheceu a importância da notícia narrada, mas não encontrou um suporte fático que ensejasse uma reparação moral e material aos irmãos de Aída Curi, mesmo porque A Corte julgou que a transmissão do produto televisivo não expôs a vítima de maneira degradante.

Já o caso da “Chacina da Candelária” desperta celeumas e, diante do foco do artigo, será melhor explorado. A fundamentação do STJ ao caso é a mesma (o direito ao esquecimento poderia tornar ilícita a divulgação de fatos pretéritos embaraçosos ou doloridos, mesmo que verdadeiros), no entanto, o Tribunal *a quo* entendeu que, no caso, o direito ao esquecimento deveria se sobrepor às liberdades comunicativas.

O episódio da “Chacina da Candelária” ocorreu em 23 de Julho de 1993, no Rio de Janeiro, e se tratou de uma sequência de homicídios de adolescentes “sem-teto”, próximo à Igreja da Candelária, por policiais militares. O autor da ação que deu origem ao Recurso Especial nº 1.334.097 fora, à época, acusado de participação nos assassinatos. Não obstante, fora também absolvido por negativa de autoria, autonomamente, no tribunal do júri.

Exatos 13 anos depois, o mesmo programa televisivo reencenou, midiaticamente, a ação, veiculando o nome completo e a imagem do então acusado de participação no crime. O autor, na petição inicial, alegava que tanto sua vida profissional fora prejudicada (pois não conseguia mais obter um emprego) quanto sua vida privada e familiar (já que, devido às perseguições, viu-se compelido a mudar de comunidade). Na primeira instância, entretanto, negou-se o pedido de indenização do autor. O TJRJ, contudo, reformou a sentença, deferindo a indenização. O STJ confirmou, no REsp em análise, a decisão da segunda instância.

O interessante é analisar e problematizar a fundamentação da decisão do Min. Luis Felipe Salomão. Assim como no caso da Aída Curi, havia interesse público ao se veicular o crime. No entanto, mesmo que sem se debruçar, como um “Juiz lolau”, o Ministro reconhece algumas peculiaridades ínsitas que o Direito Penal traz à aplicação do instituto do instituto do “direito ao esquecimento”: a exploração midiática e populista da mídia, a inocência do indivíduo, a ressocialização e a

historicidade do crime.

Portanto, apesar de não desenvolver as variáveis trazidas pelo Direito Penal, o referido ministro as afirma, mantendo a decisão do TJRJ, na medida em que o programa televisivo poderia veicular a informação sem ter a necessidade alguma de expor a identidade do autor. Enquanto o caso “Aída Curi” não poderia existir sem a figura da Aída, a veiculação do crime da “Chacina da Candelária” poderia, certamente, ocorrer sem a exposição da identidade de Jurandir Gomes da França.

2.5. DIREITO PENAL: UMA LINGUAGEM PECULIAR DIANTE DA POLÍTICA CRIMINAL, DO SISTEMA PENAL E DA EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA BRASILEIRA

O instituto do direito ao esquecimento, no âmbito do Direito Penal, deve ser visto sob um novo prisma: o prisma do criminalizado. A mídia e o dever de informar influenciam, direta e notavelmente, a persecução penal do Estado. O informar, na rememoração de casos criminais antigos, por meio de uma narração seletiva, condena inocentes e eterniza a pena já cumprida.

A partir da criminologia crítica e da ausência de dados empíricos que expliquem e comprovem os objetivos declarados do Direito Penal²⁸, o direito ao esquecimento, no âmbito da política criminal, impede novas criminalizações. A prisão e o status de criminoso, servindo como meio de manutenção de relações desiguais sociais e econômicas, é aludida nas criminalizações primárias e secundárias²⁹ realizadas pelo Direito Penal. A definição dos crimes e penas (criminalização primária) e a aplicação e execução destas (criminalização secundária) é reforçada pela mídia. A mídia, desse modo, atua reforçando esse discurso oficial da teoria jurídica do crime e da pena e, ainda, ao lembrar seletivamente crimes, atua eternizando penas.

Jurandir Gomes, por exemplo, por meio de programas sensacionalistas e que espetacularizam a violência, como o “Linha Direta”, é visto não como um inocente

²⁸ Uma proteção de bens jurídicos subsidiariamente e de forma fragmentária, protegendo em *ultimo ratio*, legitimada pelo discurso oficial da teoria jurídica do crime e da pena (fundadas nas funções de retribuição, prevenção especial e geral atribuídas à pena).

²⁹ v. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 10

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**, 2015, p. 7-11. Disponível em: <goo.gl/4pXKYP>. Acesso em 6 nov. 2016.

que fora acusado no caso da “Chacina da Candelária”, mas sim como culpado que fora acidentalmente inocentado. A mídia cria o que se pode entender como uma “criminalização terciária”: reforçando, criando e eternizando penas impostas pela criminalização secundária, seja socialmente, seja pela manipulação por meio do *agenda setting*. Mas não é somente isso.

A mídia não é morosa como o Judiciário, ela condena primeiro que ele. O “trial by news media”³⁰ que determina a inocência ou a culpa no julgamento do acusado, principalmente no tribunal do júri. Ela, concomitantemente, reforça a teoria jurídica da pena e cria uma espécie de direito penal de emergência, que afasta o carácter subsidiário que aquele deveria apresentar. Essa é a triste situação pela qual as pessoas alcançadas pelo Direito Penal são sujeitas a passar.

As pessoas que, teoricamente, não estariam mais sujeitas ao alcance do Direito Penal, por já cumprirem suas penas (ou até mesmo serem declaradas inocentes, ao longo do curso processual) são, no entanto, trazidas simbólica e novamente a ele. Jurandir Gomes, por exemplo, é o claro mais notável disso. Ele, mesmo inocentado, foi condenado, socialmente, pela narração seletiva do programa “Linha Direta”.

Esse programa, por sinal, veiculado pela maior empresa de comunicação brasileira, em muito se assemelha ao documentário produzido pela ZDF (Zweites Deutches Fernsehen) e cuja divulgação fora proibida no caso Lebach I. Os crimes são representados por atores contratados e narrados, inevitavelmente, de forma seletiva. Os indivíduos têm suas emoções despertadas e são levados para dentro da história narrada, em exposições tendenciosas e sensacionalistas.

Programas como esses (e o pretense “dever de informar” que elas carregam) não possuem nenhum compromisso com a afirmação da memória coletiva. Não há nenhum compromisso com o direito à memória, pois, contrariamente, é a memória que é abusada pelo programa para a criação de uma nova narração do fato. Por isso, ousamos discordar da afirmação que o direito ao esquecimento, nos moldes aplicados pelo STJ, traz um risco à afirmação da memória coletiva e às liberdades

³⁰ v. CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**, 2012. Disponível em <goo.gl/JpcYJP>. Acesso em 6 jan. 2016.

comunicativas. Gustavo Samarco³¹, que defende essa posição em parecer, ao fundamentá-lo, exclusivamente, por argumentos jurídicos e constitucionais, esquece a multidisciplinariedade na qual o Direito e um jurista “lolau” devem se apoiar. Tem-se que buscar, cientificamente, (1) as noções de memória (individual, coletiva ou histórica) e esquecimento; (2) na psicologia e jornalismo, as características de programas como o Linha Direta. Além disso, deve-se, também, analisar as peculiaridades inerentes ao Direito Penal, como o instituto da reabilitação e ressocialização, sendo estas instrumentalizadas a partir da afirmação do Direito ao Esquecimento, como já afirma o Enunciado 531 explorado acima.

2.6. RESSOCIALIZAÇÃO, REABILITAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em se tratando do Direito Penal, o Direito ao Esquecimento gera desdobramentos tanto ao condenado, que já cumpriu a pena, quanto aos que tiveram inquérito criminal arquivado ou foram inocentados. O sigilo da folha criminal corrida, atestados ou certidões (como aduz o art. 202 da Lei de Execução Penal – LEP), após o cumprimento ou extinção da pena, é o reconhecimento da inutilidade pública desses dados. Reconhece-se, judicialmente, a reabilitação³² e a importância dela na ressocialização de ex-condenados ou de inocentes que foram injustamente acusados.

Após 2 anos (de acordo com o art. 94 da LEP), os efeitos da reabilitação tornam as informações de ex-condenados inservíveis. Posições doutrinárias acreditam que esses efeitos se estendem aos acusados que tiveram seus inquéritos arquivados, como forma de se afirmar o direito ao esquecimento também a elas³³. Se o Estado declara a inutilidade dessas informações, após decurso de certo período de tempo, por que elas seriam eternamente importantes à opinião pública e ao interesse público?

A mídia, ao transformar opinião pública em opinião publicada, gera um Direito Penal populista e de emergência. O interesse público que, certamente, há em uma

³¹ SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**, 2015. Disponível em: <goo.gl/4pXKYP>. Acesso em 6 nov. 2016.

³² v. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 423-426. O autor define reabilitação como “o reconhecimento judicial de que o condenado, após o cumprimento de requisitos legalmente impostos, pode voltar a exercer determinados direito até então obstados pela condenação criminal.”

³³ ROIG., op. cit., p. 423-426.

condenação criminal se estende indefinidamente, pois pode sempre ser lembrado pela imprensa, em programas como o “Linha Direta”. Ademais, cria-se na população, por meio do abuso da memória e da inserção do espectador na história narrada, uma pretensão punitivista pura e simples. É essa pretensão que pressiona o Legislativo e que, desconstruindo o carácter subsidiário de ultimo ratio do Direito Penal, amplia este em novos crimes e criminalizações.

Dessa forma, afirmar que o interesse público obsta o reconhecimento do direito ao esquecimento e gera, portanto, a licitude de veiculação que espetacularizam e relembram crimes, como o Linha Direta, é pretensiosa e infundada. É pretensiosa ao se utilizar de um conceito indeterminado e fluído. É infundada por misturar conceitos.

Opinião pública, como visto, tende a ser a opinião publicada. No entanto, o interesse público não pode ser considerado como a opinião do público. E a opinião do público não pode ser empecilho e obstaculizar a afirmação do direito ao esquecimento, justificando um suposto exercício regular do dever. O interesse do Estado, mesmo não se confundindo, necessariamente, com o interesse público, de fato, decursa no tempo (como visto acima). O interesse público, portanto, não se reassignificaria no tempo? Logo, este não deve ser utilizado para justificar que uma pena se perpetue em recondenações midiáticas, pois isso fere a autonomia intrínseca ao indivíduo na construção de um novo “ser”.

O direito ao esquecimento corrige injustiças inerentes ao processo criminal, tanto antes quanto depois deste. A exposição midiática sensacionalista cometida pelo “trial by media” condena novamente após o cumprimento ou extinção da pena. O direito ao esquecimento, portanto, representa o direito à esperança e a instrumentalização para afirmação da ressocialização e reabilitação do indivíduo. Vale destacar, também, as dificuldades de ressocialização no sistema penal brasileiro, com altos índices de reincidência³⁴, fazendo com que a afirmação dessa “esperança” seja também uma mensagem autorreferente do sistema penal, que busca se legitimar. São essas as peculiaridades que o Direito Penal traz ao debate,

³⁴ Pesquisa do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) feita em 2014, a pedido do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), mostra que 1 a cada 4 indivíduos reincide, em até 5 anos, cometendo outro crime. Disponível em: <goo.gl/We0NCy>. Acesso em 4 jan. 2016.

afirmadas, no discurso oficial justificador do sistema, no art. 1 da LEP, por exemplo, ao reconhecer a que a execução da pena objetiva “proporcionar condições para a harmônica integração do condenado”.

Mesmo assim, no Direito Penal, todavia, faz-se mister discutir o alcance de aplicação desse direito. Ele deve ser instrumento para ressocializar e reabilitar, e não um remédio jurídico para elites políticas e econômicas esconder fatos abonadores que possam atrapalhar suas pretensões “profissionais”.

2.7. DIREITO AO ESQUECIMENTO: COMO SE APRESENTA NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL, COMO SE DEBATE E COMO DEVERIA SER

O juiz - intérprete, integrador e criador do Direito -, diante do suporte fático, deve analisar a ponderação do direito ao esquecimento frente aos demais. Seria pretencioso e falacioso afirmar que os parâmetros que serão apresentados nessa seção são os únicos a serem considerados na atividade do juiz lolau, no caso concreto. No entanto, certamente, o juiz deparar-se-á com alguns destes, principalmente na análise de um caso criminal, como no caso do Jurandir, no Recurso Especial analisado.

O juiz deve analisar a veracidade do fato, inicialmente. Em se tratando de fatos criminais, o juiz deve analisar, concomitantemente, a temporalidade do fato ocorrido e a situação do indivíduo. O indivíduo está em processo de reabilitação ou ressocialização? O indivíduo foi inocentado ou teve seu inquérito criminal arquivado? O indivíduo é uma pessoa notadamente pública? Os crimes cometidos ainda possuem e carregam relevante interesse público e histórico? O que se pretende, ao responder essas perguntas, não é a adoção de um “direito penal do autor”, mas sim uma discriminante positiva daqueles indivíduos alcançados pelo Direito Penal.

Em se tratando da colisão constitucional entre os direitos mencionados, o juiz, ainda, deve preferir por sanções a posteriori, evitando censura prévia. Sanções posteriores à veiculação da notícia veiculada podem, devidamente, corrigir o problema e minimizar suas consequências e, ademais, colocam o juiz em uma posição privilegiada. O juiz pode, então, analisar o meio empregado para a divulgação do material jornalístico, analisando se o veículo de comunicação exercia

seu exercício regular do dever de informar. O meio emprego pode demonstrar uma ilicitude pelo modo da divulgação (modo pretensioso, sensacionalista, espetacularizado) quanto pela repetição incessante dessa veiculação.

É latente, portanto, a necessidade de afirmação desse instituto no direito penal, delimitando seu alcance à luz do caso concreto. Dessa maneira, a decisão do STJ, no caso da “Chacina da Candelária”, é correta no mérito. No entanto, o juiz não aduz em sua fundamentação a intensidade ou medida que o direito ao esquecimento irá preponderar-se às liberdades comunicativas. O Ministro afirma, em suma, que a passagem do tempo poderia tornar a veiculação ilícita, não desenvolvendo as peculiaridades inerentes ao Direito Penal. Ele não cita, em nenhum momento de sua fundamentação, a palavra “ressocialização”, aparecendo esta apenas nas citações que faz de outros julgados. Erro e falha crassa. Mesmo com uma decisão de mérito correta, a forma como o Ministro desenvolve sua fundamentação, usando a mesma fundamentação do caso “Aida Curi”, enseja críticas, como as presentes no parecer do administrativista Gustavo Samarco.

Em resumo, portanto, em um conflito intraprincípio, a prevalência por um dos direitos deverá ser delimitada no caso concreto, sendo infrutífero analisar uma predileção constitucional *a priori*. O Judiciário, ao contrário do Legislativo, deve concretizar e particularizar as normas gerais e abstratas no caso concreto e, dessa forma, mesmo que a Constituição, *a priori*, conceda uma posição preferencial às liberdades comunicativas, isso não garante a prevalência dessa diante do caso concreto. E, ainda, essa possível predileção não me parece existir, principalmente por se tratar de um conflito intraprincípio.

O direito ao esquecimento não tem um alcance definido, desde já. Não obstante, certamente, quando se trata de um debate deste em um paradigma criminal, ele deve ter um alcance maior, consubstanciando-se em um direito à esperança, instrumentalizando a reabilitação e a ressocialização.

3. SÍNTESE DAS IDEIAS CENTRAIS:

Ao final dessa exposição, didaticamente, pode-se resumir as ideias principais acerca do direito ao esquecimento, expondo sua origem, características, entendimento pela jurisprudência brasileira e internacional e o diálogo deste com o

Direito Penal.

1. O direito ao esquecimento é um direito da personalidade, fundado, em vista disso, na dignidade humana. Nesta encontra amparo argumentativo e principiológico por meio do elemento ontológico, ético e social presente nesse princípio constitucional.
2. Trata-se de um instituto recente e debatido, ainda, de forma incipiente na doutrina brasileira. O direito ao esquecimento é afirmado, expressamente, em julgados que chegam ao STJ, por meio de recursos especiais. O significado deste, embora não consolidado, apresenta-se relacionado à autonomia sobre a memória individual, tendo uma parcela importante na construção da ideia de ressocialização do ex-detento.
3. O direito ao esquecimento nasce no Direito Penal e, dentro deste, deve ser abordado à luz de uma dogmática penal adequada. Não se trata da afirmação de um direito por um cidadão qualquer. Trata da afirmação de um instituto que representa a esperança de um indivíduo que fora alcançado pela política criminal estatal e, por isso, na colisão constitucional que o envolve, deve-se problematizar e contextualizar a discussão dentro das peculiaridades inerentes do sistema penal brasileiro.
4. O caso Lebach I e II, ocorridos na Alemanha, representam um marco no surgimento ao direito ao esquecimento no direito transnacional. Esse momentoso julgado, ainda, clarifica as peculiaridades inerentes ao se travar esse conflito constitucional em questão no Direito Penal. Por se tratar também de uma proibição de veiculação em mídia televisiva (fato semelhante aos Recursos Especiais analisados do STJ), enseja-se uma discussão do papel da mídia na persecução e execução penal.
5. O ser humano é formado pela sua memória. E também pelo seu esquecimento. Só lembramos porque podemos esquecer. A memória, claramente, pode ser manipulada. O esquecimento pode ser induzido. A memória é um poder que, historicamente, é abusado pelas lideranças políticas na manutenção das lembranças convenientes ao grupo sócio-político dominante. No entanto, a partir do século XV, com a invenção da imprensa, a mídia passou a ter um grande poder por, dentre outras coisas, usar-se da memória em favor dos seus interesses. A programa

Linha Direta é um claro exemplo de como a mídia abusa da memória: ela, ao reconstruir um fato, recorta-o seletivamente, criando-se uma nova versão e “verdade” ao acontecimento.

6. A memória e o esquecimento são paradoxos coexistentes. O indivíduo é um ser comunicativo, e, a partir de sua memória individual e desse caráter dialógico que lhe é intrínseco, constrói a memória coletiva. Portanto, o ser humano é comunicativo, porém também tem a capacidade de esquecer. Logo, a colisão constitucional também se percebe no próprio indivíduo: ele se comunica para lembrar e, também, esquece para se comunicar. O direito ao esquecimento, dessa forma, ao proteger a memória individual, afirma a memória coletiva.

7. A jurisprudência brasileira, em 2013, afirma o direito ao esquecimento em dois julgados que chegam como Recurso Especial ao STJ. Destaque ao REsp nº 1.334.097, conhecido como a “Chacina da Candelária”. Neste, apesar de o juiz não se aprofundar na fundamentação, tal como um “juiz lolau”, ele reconhece alguns elementos que são inerentes ao Direito Penal: a exploração midiática e populista da mídia, a referida inocência da parte autora, a ressocialização e a temporalidade do crime.

8. O direito ao esquecimento, no direito penal, atua corrigindo injustiças que, certamente, ocorrem antes, durante e depois do processo criminal. Ele corrige as injustiças provocadas pela atuação parcial da mídia, durante e após os processos. Ele também se torna instrumento essencial de ressocialização, sobretudo devido as condições do sistema penal brasileiro, como os altos índices de reincidência. Esse instituto, sobretudo diante da política criminal do Estado, representa uma afirmação do direito à esperança, principalmente diante das peculiaridades do sistema penal brasileiro e da exploração mídia dos crimes.

9. O alcance do direito ao esquecimento não pode ser definido *a priori*. Somente diante do caso concreto, quando se particulariza, no Poder Judiciário, as normas gerais e abstratas, o seu alcance pode ser demarcado. No entanto, certamente, no direito penal, esse instituto possui um alcance maior, devido às características inerentes, como a busca de se garantir a ressocialização ao preso. Deve-se discriminar positivamente o preso, principalmente quando este não se tratar de uma

pessoa notadamente pública e/ou não ter cometido um crime com relevância histórica.

4. EPÍLOGO

O direito ao esquecimento existe e deve ser afirmado: o fato de o instituto não estar disposto em uma norma expressa não quer dizer que ele não exista. No direito penal, o debate entra em um paradigma diferente, e o direito ao esquecimento deve ser ampliado. No entanto, o juiz lolau sempre deve fundamentar bem suas decisões, abrindo sua cadeia argumentativa, como a Hidra (leia-se, princípios), mas também a fechando, como Hércules. O instituto, como qualquer outro instituto constitucional, também pode ser abusado: o abuso do constitucionalismo. Deve-se, no entanto, usá-lo adequadamente e moldá-lo às peculiaridades do caso concreto.

“Ser” é complicado. Carlos Drummond de Andrade, rememorando as passagens de infância, inventa uma palavra composta para dar nomes a estes seus poemas: “Boitempo”. O boi é uma criação poética que simboliza a condição memorialística do autor: encarna sua vida campestre, na infância, que se perdeu, mas continua viva no seu “eu”. Afinal, somos o que lembramos e esquecemos. E “Repito: ser, ser, ser. Er. R. Que vou ser quando crescer? Sou obrigado a? Posso escolher? Não dá pra entender. Não vou ser. Não quero ser. Vou crescer assim mesmo. Sem ser. Esquecer”.

Para “ser” devemos esquecer. Respeitar a autonomia dessa decisão é respeitar o ser humano em sua dignidade.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, C. D. **Poesia e prosa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1992.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**, 2001. Disponível em: <goo.gl/R8rog2>. Acesso em 6 jan. 2016.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas**

sobre uma relação conflituosa, 2012. Disponível em <goo.gl/JpcYJP>. Acesso em 6 jan. 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: M. Fontes, 2010

MAIA FILHO, Mamede Said. **Entre o Passado e o Presente, a Afirmação da Memória como Direito Fundamental**. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <goo.gl/9H8QLA>. Acesso em 3 nov. 2016.

MIGUEL, Luis Felipe, **Representação Política em 3-D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política**, 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/mqcXSw>>.

NEVES, MARCELO. **Abuso de princípios no Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em 5 de mar. 2016.

Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. 304 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**, 2015. Disponível em: <goo.gl/4pXKYP>. Acesso em 6 nov. 2016.

Siry, L., Schmitz, S., ‘A Right to Be Forgotten? - How Recent Developments in Germany May Affect the Internet Publishers in the US’, *European Journal for Law and Technology*, v. 3, n. 1, 2012.