

## DIREITO AO ESQUECIMENTO E CONDENAÇÕES PENAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA SAÚDE

Júlia Gomes Pereira Maurmo<sup>1</sup>

### Resumo

Este trabalho tem por objetivo apontar um novo e imprescindível olhar quando se trata do Direito ao Esquecimento: a perspectiva da saúde individual. Isto porque, a utilização dos mecanismos de ponderação com vistas à solução de um suposto conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade não é suficiente para alcançar decisões justas. Assim, optou-se, através da revisão bibliográfica e do estudo de casos, por uma pesquisa interdisciplinar, cujo marco teórico é o neurocientista Iván Izquierdo, posto que os trabalhos por ele desenvolvidos acerca da memória, mais especificamente, de suas formas de extinção e repressão, demonstram que a impossibilidade de transcender ao trauma leva, para além de quadros depressivos, à relações sociais deficitárias e estas, por sua vez, influenciam diretamente em um considerável aumento da incidência de doenças coronarianas e de acidentes vasculares cerebrais, maculando a saúde individual e, conseqüentemente, a vida digna do cidadão. Com vistas a demonstrar a teoria proposta, qual seja, a imprescindibilidade da análise do Direito ao Esquecimento sob a perspectiva da saúde individual, foi analisado o caso "Chacina da Candelária", já julgado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, de maneira incompleta, posto que analisou, apenas, o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, e que hoje se encontra sob a apreciação da Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento; liberdade; memória; privacidade; saúde.

### Abstract

This study aims to point out a new and indispensable look concerning the Right to be Forgotten: the perspective of individual health. The usage of weighting mechanisms in order to resolve a potential conflict between freedom of expression and the rights of personality is not sufficient to achieve fair decisions. Thus, through a bibliographical review and case study, an interdisciplinary research was chosen, whose theoretical framework is the neuroscientist Ivan Izquierdo, since the studies he has developed about memory, and more specifically about its extinction and repression, demonstrate that the impossibility of transcending trauma leads, in addition to depressive disorders, to poor social relationships and these, in turn, directly influence a considerable increase in the incidence of coronary diseases and strokes, which damages individual health and, consequently, the dignified life of the citizen. In order to demonstrate the proposed theory, namely, the indispensability of the analysis of the Right to be Forgotten from the perspective of individual health, the "Chacina da Candelária" case, already judged by the Brazilian Superior Court of Justice, has been analyzed in an incomplete way, since the judgment only scrutinized the conflict between freedom of expression and the rights of the personality, which is now under the jurisdiction of the Supreme Court.

**Keywords:** Right to be forgotten, freedom of expression, memory, privacy, health.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Advogada.

## 1. INTRODUÇÃO

A busca por se determinar a extensão da proteção do Direito ao Esquecimento, o presente estudo pretende analisar sua aplicação no âmbito do sistema penal, sob três perspectivas: a da vítima, a da família do agente e a do agressor propriamente dito.

Dúvidas não há de que o processo penal, por si só, tem um viés altamente estigmatizante e vexatório. Se, no passado, os criminosos eram marcados com ferro<sup>2</sup>, marca esta que poderia ser escondida pelas vestes, hoje, o que marca a história do cidadão, de forma indelével, é a infinita memória da rede mundial de computadores<sup>3</sup>.

É oportuno lembrar, contudo, que a mortalha do processo penal não recai, exclusivamente, sobre os indiciados, os réus ou mesmo os condenados pelo sistema penal. De fato, recaem sobre o condenado os efeitos penais e extrapenais da sentença, inclusive, os não previstos em lei, decorrentes da **veloz** sociedade de informação. Estes, por sua vez, atingem também os que restaram absolvidos de todas as acusações.

A seu turno, a vítima também tem exposta sua vida privada e, de maneira ainda mais gravosa, sua intimidade, a depender da natureza do delito. Não por outra razão, existem tipos penais que estão sujeitos tanto à ação penal privada quanto à ação penal condicionada à representação.

Um fato é desejar a responsabilização penal do autor do delito; outro, muito diferente e, aparentemente, incontrollável na moderna sociedade de informação, é ter o trauma perpetuado e eternizado pelas inúmeras formas de armazenamento e disseminação de informações.

Seguem-se oportunas indagações para conduzirmos nossas reflexões neste trabalho: uma pessoa vítima de crimes contra a dignidade sexual conseguiria restaurar sua integridade psíquica sendo constantemente exposta ao trauma? Haveria chance de seu próprio organismo recorrer aos mecanismos de repressão e extinção de memórias, a fim de se reconstruir uma vida digna?

Em semelhante contexto, a família tanto da vítima quanto do acusado, de modo especial em casos de grande clamor social, para além de toda situação delicada, é também submetida a feroz

---

<sup>2</sup> A Constituição de 1824 começou a reformular o sistema punitivo brasileiro, eliminando as penas de açoite, tortura, ferro quente e outras penas cruéis, e determinando que as cadeias deveriam ser “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes”.

<sup>3</sup> Cabem as palavras de Carnelutti<sup>3</sup> acerca das cicatrizes do processo penal: (...) as pessoas creem que o processo penal termina com a condenação, e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas creem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoo, mas os homens não. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. José Antonio Cardinalli (trad.). São Paulo: Servanda, 1957, p. 77.

exposição. Sobrenomes como von Richthofen, Nardoni, Matsunaga, entre outros, remetem a casos amplamente noticiados pela mídia. Como fica a vida daqueles que nada tiveram a ver com o fato, salvo o grau de parentesco? Os filhos de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá poderiam ter a possibilidade de alterar seu registro civil, para não mais serem identificados por seus sobrenomes?

Para alguma situação, quer com relação à vítima, quer com relação à família do agressor, seria possível a criação de um sistema de proteção, tal qual a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção à Testemunha)? A impossibilidade de se reconstruir como pessoa, de reconstruir a própria vida, de reescrever a história individual equivaleria a uma pena de morte (social) do indivíduo? Em que medida as vedações constitucionais às penas cruéis, perpétuas, desumanas e degradantes, vêm sendo desrespeitadas pela impossibilidade de se esquecer? Restariam, nesse contexto, prejudicados os Princípios informadores do Direito Penal, tais como a Intransmissibilidade da Pena, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Humanidade das Penas?

É possível (re)começar, (res)socializar, (re)escrever uma nova história estando marcado pela tatuagem eletrônica impressa pela rede mundial de computadores? Institutos como a prescrição, a reabilitação e o sigilo das condenações estariam sendo esvaziados pela eternização das informações e sua constante exposição?

## 2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DAS PENAS

Etimologicamente do latim *poena*, porém com derivação do grego *poine*, o termo “pena” significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa. Juridicamente, a pena é, em apertada síntese, uma espécie de sanção penal, ou seja, uma resposta estatal ao infrator da norma incriminadora, consistente na privação ou restrição de direitos fundamentais do agente, sendo considerada, portanto, um mal necessário<sup>4</sup>.

Desde as mais remotas civilizações, para que a vida em sociedade se tornasse possível, as condutas contrárias às normas tácitas ou expressas, morais ou escritas, ou mesmo aos costumes estabelecidos, eram passíveis de punição, estabelecendo-se regras e sanções ao seu descumprimento.

---

<sup>4</sup> "La pena es un mal – por la privación o restricción de bienes jurídicos que siempre implica; un mal, por outro lado, necesario – por que todo sistema que considera ao hombre como elemento nuclear sólo puede recurrir a la pena cuando sea necesaria para el mantenimiento de tal sistema; debe estar prevista em la ley – que actuará como garante de la seguridad jurídica, o, lo que es lo mismo, em prol del principio de legalidad; impuesta y ejecutada conforme a ella – la ley actúa como garante a lo largo del proceso y la ejecución: solo se impondrá al responsable del delito – responsabilidad penal personal; y únicamente estará dirigida hacia la prevención del delito – como ,única finalidad coherente y racional, com el ius puniendi próprio de um Estado social y democrático de Derecho” (GOMES DE LA TORRE, Ignácio Berdurgo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos e SERRANO PIEDECASAS, José Ramon. *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Réus, 1976).

Sabe-se também que, ao longo da evolução da humanidade, as penas também passaram por consideráveis mudanças: na Idade Média, quando prevalecia o “direito ordálico”, as penas mais comuns eram as corporais e a pena de morte; no cenário socioeconômico do século XVII, com a crescente massa de excluídos e o conseqüente aumento significativo da criminalidade, tais punições tornaram-se inviáveis. No século XVIII, face à extrema crueldade do sistema, surgiram pensadores como Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham, que buscavam a racionalidade e a humanidade do ordenamento penal. Com vistas à busca pela eliminação dos castigos eminentemente corporais, a pena privativa de liberdade começa a ser vista como alternativa, passando a existir, já no século XVIII, com o surgimento dos primeiros sistemas penitenciários – pensilvânico, auburniano e progressivo –, instalando-se, concretamente, como pena, no século XIX.

No Brasil, as ordenações Filipinas, de 1603, traziam no Livro V as seguintes penas: de morte (natural, natural para sempre, cruelmente e pelo fogo); os açoites; o degredo para galés, perpétuo ou temporário; as mutilações com requintes de crueldade; as queimaduras com tenazes em brasa; o confisco de bens; a multa.

Já o Código do Império, de 1830, no Título II, Capítulo I, preceituava as penas de morte por enforcamento, galés, prisões simples e com trabalho, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão e perda do emprego para os funcionários públicos, por fim, os açoites, que se tornaram restritos aos escravos.

O Código Penal da República, de 1890, no Título V, colacionava as seguintes sanções: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro, e multa.

Em 1932, diante da profusão de leis durante o período republicano e as tendências para rever o CP de 1890, vigorando até 1940, foi realizada pelo Desembargador Vicente Piragibe uma Consolidação das Leis Penais. Em 1940, promulgado o Código Penal, apenas foram previstas as penas de reclusão, detenção e multa.

Por fim, em 1988 a Constituição Federal expressamente vedou as penas perpétuas, cruéis, desumanas e degradantes, além da pena de morte (à exceção de guerra declarada) (art. 5º, XLVII, CF) e concedeu assento constitucional ao respeito à integridade física e psíquica do condenado, conforme a redação do art. 5º, XLIX, *in verbis*: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Errar, portanto, faz parte da condição humana: o ser humano erra diuturnamente, e o que muda, em regra, são as conseqüências que esses erros podem gerar de um mal pessoal ao prejuízo de

familiares e até mesmo de terceiros desconhecidos. De toda sorte, os erros devem ser evitados seja por contrariarem apenas a moral, seja por interessarem ao Direito.

Ocorre que a expiação e a desestimulação do erro, muitas vezes, ocorria pela divulgação pública dos mesmos, seja pela exposição de partes do condenado em praças, muralhas e mercados, seja, na Igreja primitiva, pela confissão pública perante a sociedade e de forma humilhante<sup>5</sup>.

Como se pode observar, embora a origem da pena coincida com a origem do próprio direito penal, elas foram evoluindo no sentido mais humanitário, buscando a mais a recuperação do indivíduo e menos a sua humilhação. Hodiernamente, entretanto, a divulgação pública dos erros tem sido não apenas retomada, como muitas vezes, eternizada, pela sociedade de informação e pelos vorazes motores de busca da internet, fazendo com que, em uma fração de segundos, uma infinidade de pessoas toma conhecimento de um erro cometido<sup>6</sup>.

O rol dos culpados no âmbito virtual desconhece institutos criados pelo próprio Direito Penal com vistas à dignidade humana e à consequente possibilidade de ressocialização daquele que cometeu um erro. Trata-se, portanto, do eixo de análise do próximo tópico.

### **3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DA SAÚDE INDIVIDUAL**

Neste contexto surge a questão do Direito ao Esquecimento e, antes de mais nada, é preciso compreender que esquecer não significa apagar!

Esquecer é tão somente poder utilizar mecanismos naturais à dinâmica cerebral para seguir adiante. Esquecer algo não tem o condão de fazer com que aquilo deixe de existir. Poder esquecer, não significa fazer desaparecer, mas apenas poder deixar à margem da consciência e, por conseguinte, da vida cotidiana, aquilo que gera efetivo prejuízo à saúde individual e à vida digna.

Outrossim, o direito ao Esquecimento nada mais é do que uma forma de garantir a saúde seja pela transcendência do trauma, seja por impedir que o isolamento oriundo da vergonha, ou mesmo da superexposição na sociedade de informação, leve à relações sociais deficitárias o que,

---

<sup>5</sup> Sobre o tema: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>. Acesso em: 11.07.2016.

<sup>6</sup> “A memória coletiva dos erros humanos não está mais na imprensa, nos livros de História ou nos romances que se construíram, de modo parcial ou total, com base nos acontecimentos históricos. De fatos, nos últimos 200 anos, para não se recuar ainda mais, são variegados os exemplos da ação dessa tríade (memória, imprensa e literatura) no perpetuar da lembrança das pessoas sobre crimes, escândalos e outras modalidades de erros que os homens cometem e que tendem a acompanhá-los para além da vida” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>). Acesso em: 11.07.2016.

comprovadamente, aumentam a incidência de inúmeras outras comorbidades, tais como os acidentes vasculares cerebrais e as cardiopatias<sup>7</sup>.

O esquecimento, como se verá, não busca reescrever nenhuma história, que não a própria, não entra em conflito direto nem com o Direito Fundamental à Memória, nem com a Liberdade de Expressão. É possível, tendo por base a dignidade humana, que todos estes direitos se realizem na máxima medida possível, pelo estabelecimento de circunscrições temporais bem definidas.

A natureza fundamental do Direito ao Esquecimento, parte da premissa de que se enquadram nessa categoria aqueles direitos instituídos com a finalidade de proteger a Dignidade Humana, que busca resguardar o homem em sua liberdade, necessidade e em sua preservação.

Neste contexto, o Direito ao Esquecimento é sim Fundamental, posto que, na sociedade de informação, torna-se praticamente inviável resguardar a privacidade sem se garantir o esquecimento. Ademais, não é possível desenvolver-se livremente quando se está marcado a ferro (ainda que virtual), preso aos grilhões do passado de forma perpétua, cruel, desumana e degradante. Por fim, esquecer, como se verá, é imprescindível à saúde humana, tanto física, quanto psíquica.

A clássica discussão liberdade de expressão vs. privacidade, pode e deve ser acrescida de um viés relacionado à saúde individual, até porque, não pode haver uma sociedade saudável, com pessoas doentes, posto que, não há corpo saudável com órgãos falindo. Embora esta não seja a discussão que se quer apresentar nesta explanação, trazemos à colação alguns esclarecimentos sobre ela, antes apresentar o ponto de vista da saúde.

O Direito ao Esquecimento não pretende censurar a informação por meio do reconhecimento da prevalência do direito de personalidade; antes pelo contrário, busca-se a máxima realização de todos. A informação – direito fundamental e pilar da democracia – deverá ser realizada na máxima medida possível, tendo, ao tempo do fato, sua veracidade subjetiva respeitada, de modo a contemplar o interesse público, cuidando apenas de se preservarem os direitos fundamentais do retratado (como exposição vexatória desnecessária, por exemplo), através de um exercício ético e responsável da liberdade de informação.

O Direito ao Esquecimento insurge-se, apenas, contra a eternização da informação e de sua acessibilidade pelos mais variados mecanismos de busca, posto que, as lesões oriundas desta perpetuação leva a lesões, quase sempre irreparáveis, à saúde, à personalidade humana e, conseqüentemente, à vida digna.

---

<sup>7</sup> O estudo foi desenvolvido na Universidade York, no Reino Unido e liderado por Dr. Nicole K. Valtorta: a investigação mostrou que existe uma ligação entre as relações sociais deficientes e a mortalidade prematura. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160419214147.htm>. Acesso em: 25.09.2016.

Se as penas provenientes de uma condenação penal não podem ser perpétuas, cruéis, desumanas e degradantes, a exploração de determinadas informações atinentes à privacidade carece de limites. Há que se estabelecer uma vida útil para a informação, para que a sua imortalização não se transforme, justamente, em uma pena - perpétua, cruel, desumana e degradante - e, portanto, violadora da dignidade da pessoa humana.

Não se trata, jamais, de “não sofrer consequências negativas de fatos recuados no tempo<sup>8</sup>”, apenas de limitar, externamente, as implicações dos fatos ocorridos e dos atos cometidos às suas decorrências legais, porque, internamente, cabe a cada um mensurar a dor e o peso que irá carregar.

A alegada dificuldade do reconhecimento de um direito subjetivo ao esquecimento, que poderia ser utilizada como pretexto para as pessoas "indevidamente requererem indenização por danos materiais e morais, bastando afirmar que as obras nas quais foram retratadas lhes causaram lembranças penosas, para requerer indenização, por vezes de maneira caprichosa, cobiçosa e injustificada<sup>9</sup>", não deve prosperar tendo em vista que, embora exista a má fé “caprichosa, cobiçosa e injustificada”, não pode ela ser presumida - como, aliás, é corolário milenar do Direito: *bona fides semper praesumitur nisi mala adesse probetur*.

Conceitualmente<sup>10</sup>, para a Organização Mundial da Saúde (OMS), estar saudável é mais do que estar livre de doenças, uma vez que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Esta definição encontra guarida também na legislação brasileira, nos termos da Lei 8.080/90.

Se de um lado, as doenças "visíveis" são objeto de inúmeras pesquisas realizadas por

---

<sup>8</sup> Parecer nº 156.104/2016 PGR-RJMB de Rodrigo Janot. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/07/pareceresquecimento.pdf>. Acesso em: 25.09.2016.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ainda que alguns médicos critiquem este conceito pelo seu caráter holístico, ele será aqui considerado, conforme preceito da Organização Mundial da Saúde. Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946: A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 01.05.2016.

cientistas, em grandes centros de ensino e laboratórios, em busca de seus agentes etiológicos, medicamentos, tratamentos, vacinas, ou mesmo cura, de outro, algumas doenças não se exteriorizam de forma "clássica": tratam-se das doenças da alma.

O intercâmbio, aqui, permite-nos observar com qual maestria o corpo humano, em toda sua resiliência, busca o equilíbrio, a fim de resguardar a própria saúde (física e psíquica), valendo-se de mecanismos de "esquecimento" de dores para transcender traumas e permitir a reconstrução de uma vida digna.

De modo geral, as memórias podem ser divididas conforme sua duração e sua função em três tipos: i) memória *trabalho* ou *operacional* (persiste apenas por alguns segundos ou minutos para além do fato do qual se originou); ii) memória *de curta duração* (de uma a seis horas); iii) memória *de longa duração* (cuja permanência se estende por dias, meses e até anos).

Para além de suas especificidades, importa, neste momento, ressaltar a importância que as emoções (boa ou ruins) tem no mecanismo de formação de memória e os mecanismos que o cérebro humano tem para lidar com aquelas memórias insalubres.

As memórias são adquiridas em diversos estados emocionais, sejam eles momentos de grande comoção (falecimento de um ente querido), de pânico profundo (assalto ou acidente automobilístico), de desatenção (conversa corriqueira em um restaurante), e, em cada uma dessas situações, o corpo humano encontra-se permeado por uma condição bioquímica específica que influenciará diretamente no tipo de memória produzida.

Nesse sentido, temos não a arte de esquecer, mas a arte de "não lembrar", como forma de se resguardar uma vida digna e saudável.

Considerando que a memória formada em um contexto emocionalmente relevante pode inviabilizar a vida em sociedade, é preciso compreender como o cérebro humano lida com estas situações, a fim de retirar da consciência aquilo que impede a realização das pessoas como fins em si mesmas.

A supressão de memórias desnecessárias ou indesejadas, por sua vez, segundo Izquierdo<sup>11</sup>, cumpre várias funções fisiológicas e necessárias à sobrevivência. Memórias desagradáveis, por exemplo, são construídas com forte conteúdo emocional e, por conseguinte, armazenadas de maneira mais perene. Com efeito, se, por um lado, a vida seria insuportável se essas memórias estivessem sempre à flor da pele, de forma constante na consciência do indivíduo, por outro lado, seu afastamento

---

<sup>11</sup> IZQUIERDO, Iván. *Questões sobre memória*. Col. Aldus, 19. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 46.

permite a vida cotidiana, como, sob determinadas condições, trazê-las à mente pode agilizar estratégias para livrar-se de situações perigosas.

Hodiernamente, o constante bombardeio de informações, em tempo integral e em quantidade avassaladora, pode gerar um colapso no sistema, uma sensação de naufrágio, de atropelo, fazendo-se necessário racionalizar para que se separe o joio do trigo, como que se verá a seguir.

Com relação às memórias de curta e longa duração, o esquecimento consiste, basicamente, na repressão, na extinção e, em certa medida, na falsificação. Quando uma memória é sediciosa, tende também a ser duradoura, por ter sido gerada, muito provavelmente, sob o influxo de grande emoção: uma vergonha, uma dor, uma humilhação – e isso pode tornar insuportável viver.

A extinção é um aprendizado novo que se sobrepõe ao anterior e, de certa forma, até o substitui, através de um processo ativo que envolve fenômenos biológicos ligados, principalmente, ao hipocampo e às amígdalas localizados nos lóbulos temporais<sup>12</sup>.

A extinção pode ainda ser utilizada de forma terapêutica para o tratamento de doenças psiquiátricas que tem como arcabouço principal o medo condicionado (fobias, síndrome do pânico e estresse pós-traumático, por exemplo). Segundo Izquierdo, “o paciente é exposto reiterada e cuidadosamente à experiência traumática que origina a doença, acompanhando a exposição de comentários apropriados e tendentes a desvalorizar o elemento acusador do medo (psicoterapia)”.

Atente-se a três fatores assaz importantes: a exposição cuidadosa ao agente causador do trauma; a intervenção do responsável com comentários apropriados à superação do mesmo; possível recuperação espontânea por se tratar de um aprendizado novo sobre o anterior, quando retomado o estímulo anterior<sup>13</sup>.

A seu turno, o mecanismo de repressão de memórias, proposto por Freud, há mais de 100 anos, é mais um engenho, voluntário ou não, de que se vale o cérebro humano (mais especificamente, determinadas regiões do córtex pré-frontal e dorso-lateral<sup>14</sup>) para reduzir ou suprimir da consciência memórias que se preferem olvidar, acontecimentos desagradáveis que remetem a uma dor, uma humilhação ou uma vergonha.

Desse modo, fatos que não se desejam manter na consciência são suprimidos e ficam de certa forma impedidos de regressarem à evocação voluntária. Com isso, memórias indesejáveis são mantidas a distância, ainda que não sejam apagadas completamente. Por não estarem mortas, as

---

<sup>12</sup> Ibid., p. 41.

<sup>13</sup> Alguns médicos questionam se devem ou não usar ansiolíticos durante a sessão. Os que acreditam que sim defendem o uso para ajudar o paciente a manter-se controlado; os que desaprovam a medicação acreditam que ela influirá no processo de formação da memória que irá sobrepor-se àquela que se busca tratar. Izquierdo avalia que o uso ou não só deve ser avaliado em face da relação custo-benefício, analisando-se o caso concreto a que se encontra submetido cada paciente.

<sup>14</sup> IZQUIERDO, Iván. *A arte de esquecer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010. p. 118

informações reprimidas podem voltar não sob a forma de lembranças, mas, inconscientemente, através de algum mal-estar (pessoas fortemente oprimidas na infância podem ter um comportamento hostil em face de um chefe, por ter ojeriza à sujeição à autoridade de alguém).

Se assim não fosse, todavia, mães não voltariam a ter filhos por medo da dor do parto; crianças vítimas de *bullying* não voltariam ao clube ou à escola; mulheres vítimas de violência doméstica e familiar jamais reconstruiriam a própria vida ao lado de outro companheiro; pessoas em geral não voltariam a dirigir caso fossem vítimas de algum acidente de trânsito; egressos do sistema prisional ou torturados, não conseguiriam ressocializar-se e voltar ao convívio da sociedade. Ao contrário da extinção, não se trata de um novo aprendizado sobreposto ao anterior, mas uma forma de escamotear aquilo impede a continuação da vida saudável.

O esquecimento aqui trabalhado, portanto, é o esquecimento individual, relacionado à ideia de vida digna, seja por questões de saúde, seja pela imprescindibilidade do livre desenvolvimento da personalidade, e não o social concernente ao direito coletivo correlato ao patrimônio cultural de um povo.

Esquecer é, pois, uma necessidade capital para o ser humano. Em primeiro lugar, porque a própria formação da memória depende da arte de esquecer. A seleção de quais informações são úteis, necessárias e significativas é imprescindível ao bom funcionamento, por exemplo, da memória trabalho, e o seu não gerenciamento adequado leva ao colapso do sistema e a patologias, como a esquizofrenia.

Em segundo lugar, porque, para além de uma necessidade fisiológica, é um imperativo emocional e social do homem, sobretudo, por constituir um instinto de sobrevivência: é demasiadamente humana a incessante busca da reconstrução de si mesmo, da própria dignidade e da própria vida, através do livre desenvolvimento da personalidade, por meio de uma segunda chance, um recomeço, um perdão e uma conciliação consigo e com o outro.

Corroborar essa teoria um estudo<sup>15</sup> desenvolvido na Universidade York, no Reino Unido e liderado por Dr. Nicole K. Valtorta: a investigação mostrou que existe uma ligação entre as relações sociais deficientes e a mortalidade prematura. Em uma nova meta-análise, sugeriu também que pode haver uma associação significativa dessas relações sociais deficientes com o aumento do risco de doença cardíaca coronária (CHD) e acidente vascular cerebral. A revisão de 23 artigos e a análise de um total de 181.006 pacientes apontaram um risco aumentado de 29% para CHD para aqueles que tinham conexões sociais pobres, em comparação com aqueles com melhores conexões.

---

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160419214147.htm>. Acesso em: 25.09.2016.

Os pacientes solitários e isolados também tinham um risco aumentado de 32% para o acidente vascular cerebral. Os pesquisadores observaram “que a solidão muitas vezes contribui para métodos de enfrentamento com deficiência, o isolamento afeta a auto eficácia, e ambos têm sido associados com diminuição da atividade física e aumento do tabagismo”.

Se, conforme o exposto, pessoas impedidas de reconstruírem sua vida são acometidas por uma vergonha e por um isolamento que tornam suas relações sociais altamente deficitárias, aumentando o risco não só de um quadro depressivo, mas também de altos índices de acidentes vasculares cerebrais e doenças cardíacas e coronarianas, o esquecimento é imprescindível. Ou seja, o esquecimento é essencial não só à manutenção da saúde individual, mas também ao Sistema Único de Saúde e ao Instituto Nacional de Seguridade Social, na medida em que pessoas enfermas precisam de tratamento e, não raro, precisam afastar-se de suas atividades laborais.

### 3.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DO IMPUTADO

A Constituição Federal consagra, em seu art. 5º, XXXIX, o Princípio da Legalidade: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Em outras palavras, eleitos os bens jurídicos, o legislador estabelece a vedação à sua violação, cominando uma sanção penal, caso esse preceito seja descumprido: todo aquele que cometer um crime, estará sujeito ao cumprimento de uma pena, que levará a uma restrição a alguns de seus direitos fundamentais, como a liberdade de ir e vir.

Entre as teorias que buscam explicar e justificar a existência das penas, destacam-se as absolutas ou retributivas e as utilitaristas, relativistas ou preventivas. Para a teoria retributiva, a pena é tida como um castigo, uma retribuição pelo mal causado, tendo como fim, tão somente fazer justiça<sup>16</sup>. As utilitaristas veem a pena não como retribuição, mas como prevenção, ou seja, a pena passa a

---

<sup>16</sup> A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas. Segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isso se entende quando lembramos da “substituição do divino pelo humano” operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 2012, p. 148).

almejar a prevenção (geral e especial) de delitos futuros e não mais a punição calcada sobre um fato do passado, para a realização da justiça<sup>17</sup>.

Embora o Código Penal não se tenha posicionado sobre a teoria adotada, tem-se entendido que a pena seria polifuncional, na medida em que teria uma tríplice finalidade: i) retributiva; ii) preventiva; iii) (re)educativa.

Num primeiro momento, quando da eleição do bem jurídico a ser tutelado, o legislador cria um crime, cominando-lhe uma sanção penal (pena em abstrato), revelando seu caráter preventivo geral e buscando inibir a prática de delitos por parte dos cidadãos.

Praticado o crime, no entanto, quando da elaboração da sentença, o magistrado deve observar, na aplicação da pena, a concretização tanto da finalidade retributiva, quanto da prevenção especial.

Por fim, em sede de execução penal, concretizam-se essas funções (retributiva e a prevenção especial), sobretudo a prevenção especial positiva: ressocializadora. O caráter (re)educativo ganha especial importância, conforme o art. 1º da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), *in verbis*: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Ao presente estudo, importa a ressocialização como respaldo necessário para a reinserção do condenado à vida em sociedade, não sob o ponto de vista material (reintegração ao trabalho, possibilidade de estudo), mas sob a ótica da reconstrução da própria vida, da possibilidade de, efetivamente, pautar-se de maneira diferente daquela que levou à sua segregação.

Sabe-se que, buscando esse objetivo, o ordenamento jurídico traz institutos como a prescrição, a reabilitação e o sigilo das comunicações. Impõe-se, nesse ponto, um questionamento: esses institutos seriam suficientes?

Sobre o instituto da prescrição, verifica-se que, de modo geral, ele pode ser entendido como forma de perda, ou de fulminação, de um determinado direito subjetivo pelo transcurso do tempo. Isso porque o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida, devendo seu titular exercê-lo dentro de determinado prazo estabelecido por lei.

---

<sup>17</sup> A finalidade preventiva da pena divide-se – a partir de Feuerbach – em duas direções bem definidas: prevenção geral e prevenção especial. Essas duas grandes vertentes da prevenção se diferenciam em função dos destinatários da prevenção: o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, enquanto o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu. Além disso, essas duas vertentes da prevenção são atualmente subdivididas em função da natureza das prestações da pena, que podem ser positivas ou negativas. Assim, adotando a classificação proposta por Ferrajoli, existem basicamente quatro grupos de teorias preventivas: a) as teorias da prevenção geral positiva; b) as teorias da prevenção geral negativa; c) as teorias da prevenção especial positiva; d) as teorias da prevenção especial negativa. Bittencourt, p. 157.

Cuidando do assunto em âmbito penal, maior relevância ganha o decurso de um lapso temporal, vez que recai sobre o interesse de agir, que deve repousar na idoneidade do pedido, devendo o autor da ação penal evitar acusações temerárias, sem qualquer fundamento, pois que, nessa seara, o constrangimento, na maioria das vezes, implica a segregação do acusado.

Segundo Basileu Garcia<sup>18</sup> “tudo passa, um dia. Há de passar, também, e ser esquecida, a ameaça do Estado de apanhar o delinquente. Nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irreduzível”. Assim, pode-se dizer que a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou executória em razão do decurso do tempo, sendo, portanto, uma garantia contra o poder punitivo do Estado.

A doutrina diverge acerca da natureza jurídica da prescrição penal: uns entendem que ela pertence ao direito material; outros discernem ser parte do direito processual; por fim, há aqueles para os quais a sua natureza é mista, isto é, tem relação tanto com o Direito Penal quanto com o Direito Processual Penal.

Algumas teorias buscam fundamentar a prescrição penal: i) Teoria do Esquecimento (o tempo faz com que a sociedade esqueça, vagarosamente, o crime, não se recordando mais do delito; logo, inexistente razão para aplicação da pena, pois esta perderá seu caráter de exemplaridade); ii) Teoria da Expição Moral do Criminoso (presume que o acusado sofre pela culpa que pesa sobre ele, durante todo lapso temporal percorrido no processo criminal, e, neste ínterim, é castigado psicologicamente em razão do remorso que o atinge, de modo que impor outra pena, além desta, significaria atentar contra o princípio *non bis in idem*.); iii) Teoria da Emenda (presume-se *juris et de jure* que o criminoso se corrigiu, desde que durante esse período o acusado não cometa delito); iv) Teoria da Dispersão das Provas (com o passar do tempo, as provas se perdem, tornando-se incerto o fato delituoso, de modo que são iminentes os riscos de um eventual erro judiciário, acarretando, conseqüentemente, injustiças irremediáveis); e v) Teoria da Presunção da Negligência (o acusado deixa de ser punido em razão de negligência dos agentes da máquina estatal).

Para aqueles que consideram a teoria tripartite do delito, (punibilidade como pressuposto de aplicação da pena), a prescrição atinge diretamente a punibilidade, de modo que o referido instituto não afasta o fato criminoso, mas tão-somente o emprego da coerção penal, ou seja, mesmo nos casos em que se forma o delito na sua magnitude, muitas vezes, não ensejará a punibilidade desse mesmo fato delituoso, em virtude da política criminal adotada por certo país. Nas palavras de Basileu

---

<sup>18</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, tomo II, p. 369.

Garcia<sup>19</sup>, as causas extintivas da punibilidade seriam os “acontecimentos que surgem depois da conduta delituosa, nos quais a lei reconhece eficácia excludente da pretensão punitiva do Estado”. Dessa feita, existem condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, que não são puníveis.

Duas hipóteses de imprescritibilidade penal são elencadas pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º: o art. 5º, XLII, que indica a prática de racismo como crime imprescritível; o art. 5º, XLIV, que assevera ser imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Retomando a primeira hipótese, a Lei n. 7.716/1989 regulamentou esse comando constitucional, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; além disso, posteriormente, foi editada a Lei n. 8.081/1990, que estabelece crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza.

Sob uma ótica garantista, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>20</sup> critica os casos de imprescritibilidade penal sob o seguinte fundamento:

Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente.

O instituto da Reabilitação encontra previsão legal no art. 93, CP, *in verbis*<sup>21</sup>: “A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, **assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação**” (grifos ausentes no original). A esse dispositivo, acresce-se o art. 748<sup>22</sup> do CPP, *in verbis*: “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”. É, portanto, garantido ao condenado o sigilo sobre o seu processo e condenação, podendo, ainda, vir a suspender os efeitos extrapenais específicos ordenados na sentença. Em suma, busca-se auxiliar o condenado a recuperar a sua reputação, após o cometimento do delito.

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 325.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* Parte geral. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 645.

<sup>21</sup> BRASIL. Código Penal. In. ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 17ª ed. São Paulo Rideeel, 2018.

<sup>22</sup> BRASIL, Código de Processo Penal. In. ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Op cit.*

Segundo Bittencourt<sup>23</sup>, “trata-se de medida de política criminal que objetiva restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania”.

Outrossim, passado o lapso temporal de cinco anos que a lei fixa como limite para a reincidência, já não se pode mais certificar condenação anterior, salvo no interesse do próprio condenado, posto que se trata de uma garantia que não pode ser usada contra ele. Nesse sentido preceitua Zaffaroni<sup>24</sup>:

O condenado que cumpriu a sua pena e uma vez suplantado os limites para possível declaração de reincidência, sem cometer novas infrações, tem direito a que o Estado, pelo menos no aspecto formal, **elimine qualquer consequência estigmatizante** da condenação cumprida, **que se apresenta como totalmente contraproducente para a sua reincorporação numa vida normal** (grifos ausentes no original).

Não é outro o posicionamento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 118.977/MS<sup>25</sup>, que versava sobre a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em decorrência de maus antecedentes em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado ‘direito ao esquecimento’, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos.

No julgamento do Habeas Corpus 126.315/SP<sup>26</sup>, o Ministro Gilmar Mendes, em um caso sobre tráfico de entorpecentes, em que houve o aumento da pena base, não aplicou a causa de diminuição, do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, mesmo após o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP:

Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia *in malam partem*, método de integração

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 18 ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 943.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. , p. 732.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em HC 118.977/MS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25031494/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118977-ms-stf/inteiro-teor-115106421>. Acesso em: 12.10.2016.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.315/SP. Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126315%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zch7rga>. Acesso em 12.10.2016.

vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o 'direito ao esquecimento', ou 'direito de ser deixado em paz', alcunhado, no direito norte-americano de 'the right to be let alone'. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

O objetivo da reabilitação é, pois, a ressocialização, calcada no Princípio da Humanização, posto que o indivíduo, transposto o período de condenação penal e cumprimento da pena, tem direito à reconstrução de uma nova vida em sociedade. Muito se questiona a utilidade desse instituto em face do Sigilo das Condenações, previsto no art. 202 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), *in verbis*:

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.<sup>27</sup>

Rogério Greco<sup>28</sup> acredita, inclusive, ser muito mais vantajosa a aplicação imediata do art. 202, da LEP, após cumprida ou extinta a pena aplicada ao condenado do que esperar o decurso do prazo de 2 (dois) anos em que foi extinta, ou mesmo terminada a execução, para solicitar a reabilitação.

Outra parte da doutrina acredita que o sigilo assegurado pela reabilitação seria mais amplo na medida em que não estaria ao alcance de qualquer integrante do Poder Judiciário, mas adstrito à requisição pelo juiz<sup>29</sup>.

Não há dúvidas quanto ao caráter ressocializador e de respeito à dignidade humana desse instituto. Ocorre que, apesar de seu espectro abranger apenas os efeitos formais de uma condenação, as informações que, de fato, impedem o indivíduo de reconstruir a própria vida, na grande maioria das vezes, estão fora dos registros oficiais do Estado.

Diante de todas essas considerações, verifica-se que inúmeros institutos da esfera penal, buscam garantir ao cidadão uma forma, ainda que incipiente de esquecimento. A pergunta que se faz é: por isonomia, seria possível estender essa proteção, que visa resguardar a dignidade e a possibilidade de reconstrução da própria vida, às vítimas e aos familiares dos envolvidos?

Corroborando esse posicionamento o programa lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Supremo Tribunal federal (STF), em 2008, – Começar de Novo – cujo objetivo é a facilitação da reinserção dos presidiários no mercado de trabalho, após o cumprimento da pena, além de oferecer educação e capacitação profissional, favorecendo a reintegração e o convívio social do indivíduo:

<sup>27</sup> BRASIL. Lei de Execuções Penais. In. ANGER, Anne Joyce (Org.). Op cit.

<sup>28</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte geral, vol. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2015, p. 668.

<sup>29</sup> MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 560

A permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do ‘direito ao esquecimento’ pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos<sup>30</sup>

Por sua vez, sobre o Princípio da Proporcionalidade, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, preceitua em seu art. 15, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Consiste, em verdade, em um princípio decorrente do constitucionalismo moderno, por tratar-se de exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito. Constitui, portanto, um princípio destinado não só à vedação do excesso, mas também à proteção insuficiente do bem. Para Cesare Beccaria, “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel ao corpo do culpado”.

Na mesma linha de concepção, assim preceitua Zaffaroni<sup>31</sup>:

Numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo.

A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter as penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, logicamente, tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito.

O princípio da proporcionalidade está dirigido tanto ao legislador, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores, por meio de uma criteriosa seleção de condutas com dignidade penal, quanto ao intérprete da norma, ao balizar a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas.

Somente será proporcional uma intervenção que seja adequada e necessária por parte do Estado. Assim sendo, não guardaria qualquer razoabilidade a falta de controle oriunda da superexposição do acusado, da vítima e dos familiares na internet, depois de utilizada a regra da ponderação em relação ao direito à informação. Diante disso, cabe ao intérprete do Direito, no caso

---

<sup>30</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 12.10.2016.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 700.

concreto, contemplar na máxima medida todos os direitos e princípios envolvidos, adequando a aplicação das normas jurídicas à realidade social.

A impossibilidade de se “apagarem” informações inviabiliza, de certa forma, a mudança de vida do ser humano, impedindo a construção de uma nova realidade, o que certamente impõe ao indivíduo sofrimentos imensuráveis juridicamente. A impossibilidade de transcender situações e de reconstruir a personalidade gera inúmeros transtornos psíquicos.

Dessa forma, a despeito das inúmeras facetas da tutela do Direito ao Esquecimento, um ponto é primordial: o homem não pode tornar-se refém de um mundo virtual e midiático que perpetua informações de maneira desumana e degradante.

### 3.2 ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DA VÍTIMA

Até meados do século XX, a ciência criminal restringia seus estudos ao delinquente, sem qualquer preocupação com a vítima. Essa situação começou a mudar quando Hans Von Hentig e Benjamin Mendelsohn sistematizaram o estudo da vitimologia, inaugurando uma fase de “renascimento processual da vítima”, relegada desde que o Estado trouxe para si o monopólio do *jus puniendi*.

O que aqui se busca estudar, contudo, não se relaciona à criminologia nem aos seus ramos, ainda que se fundamente sobre a mesma figura: o sujeito passivo da infração penal que, de um modo geral, é quem suporta os efeitos do delito. Busca-se perscrutar, sim, quais seriam essas consequências. Sabe-se que o Direito Penal busca salvaguardar aqueles bens mais importantes, tidos como imprescindíveis à vida em sociedade e que, portanto, qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico é objeto de censura, sendo cominada uma pena.

Ocorre que, hodiernamente, em alguns casos, a agressão ao bem jurídico não é o único ônus que recai sobre a vítima. Explica-se: a vítima de um estupro (tentado ou consumado) tem, sem sombra de dúvidas, sua dignidade sexual (bem jurídico tutelado) violada, todavia, as consequências periféricas dessa situação traumática fogem ao alcance do espectro de proteção do Direito Penal.

Não por outra razão, embora seja o Ministério Público o titular da ação penal, entendeu por bem o legislador que a atuação do órgão ministerial ficaria condicionada a uma manifestação do ofendido (representação ou queixa-crime), tal como ocorre nas Ações Penais Públicas Condicionadas à Representação e nas Ações Penais Privadas, tendo em vista que o interesse privado suplantaria o interesse público, justamente, a magnitude dos danos causados ao indivíduo que podem ser mais deletérios do que a própria atividade delituosa, a exemplo dos crimes contra a honra.

Os crimes, de modo geral, mas, sobretudo, aqueles que atentam contra a dignidade sexual, envolvem aspectos intrinsecamente ligados à intimidade e à vida privada dos cidadãos, manifestações diretas de sua dignidade humana, cuja violação impede o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Não por acaso, assim se posiciona René Ariel Dotti<sup>32</sup> sobre os efeitos do sensacionalismo midiático sobre a esfera privada:

Num paralelo contundente pode-se dizer que enquanto a bomba atômica mata as pessoas destruindo a estrutura física e as coisas que a cercam, a bomba de nêutrons também é agente da morte sem abalar as estruturas materiais. O sensacionalismo da imprensa e de outros meios de expressão do pensamento pode ofender a vida privada com a característica da destruição total, atomizando a individualidade (...). E assim como na bomba de nêutrons, o seu corpo e as coisas ao seu redor ainda se conservam intactas. Mas o precioso valor de sua intimidade já está morto e exposto nas diversas *mesas de escuta e análise*, submetido às mais profundas cirurgias de inquirição e a todas as formas de autópsia.

Em situações que envolvem diretamente a intimidade, portanto, mais do que ver punido o agressor, a vítima precisa reconstruir a própria vida, recuperar sua dignidade, sendo, para isso, a arte de esquecer parte fundamental à sobrevivência e, talvez, à própria vida, posto que somente ela permite seguir adiante. O ponto nevrálgico assenta-se na seguinte questão: é possível esquecer e, conseqüentemente, sobreviver ao trauma de uma infração penal com a eternização dos fatos na rede mundial de computadores?

Para além da violação ao bem jurídico no momento do crime, a pessoa continua sendo constantemente vítima de lesões à sua personalidade pela recorrente exposição ao fato na internet, quando não severamente prejudicada em seu direito à saúde, uma vez que seu organismo é impedido, por exemplo, de reprimir memórias, condição para que sobreviva cognitivamente a circunstâncias terríveis ou dramáticas.

### 3.3 O ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DAS FAMÍLIAS

O Princípio da Personalidade da Pena, também conhecido como Princípio da Pessoaalidade, Intransmissibilidade ou Intranscendência, preconiza impossibilidade da pena e de seus efeitos passarem da pessoa do condenado, atingindo terceiros que não tenham participado do fato delituoso.

---

<sup>32</sup> DOTTI, René Ariel. *Tutela jurídica da privacidade*. In: estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 336.

Não foi sempre assim. No Brasil, com as Ordenações Filipinas<sup>33</sup>, que vigoraram a partir de 1603, a pena transcendia a figura do ofensor, atingindo seus familiares, quando não era dirigida a estes diretamente, como ocorreu com Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes<sup>34</sup>.

Em verdade, o principal marco na história recente desse Princípio remete ao movimento iluminista do século XVIII, principalmente com o ideal de humanização das penas trazida por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria<sup>35</sup>.

Reflexo desses ideais, a Constituição do Império de 1824, traz, de maneira expressa, a vedação à transmissibilidade da pena para além da pessoa do condenado, no art. 179, XX: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso alguma confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja”. Posição esta, refletida no Código Criminal do Império do Brasil, promulgado em 16 de dezembro de 1830, ao preceituar que a mulher grávida não seria submetida à pena de morte, antes de 40 dias após o parto<sup>36</sup>.

Já o Código Penal promulgado em 11 de outubro de 1890 menciona expressamente que a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal, atingindo, apenas e tão somente, aqueles que se encontram envolvidos com o fato delituoso<sup>37</sup>, mantendo-se, assim, em 1932, com a Consolidação das Leis Penais.

Por fim, o Código Penal de 1940 que, apesar de ter sofrido inúmeras alterações, permanece em vigor, assevera que o crime só pode ser imputado a quem lhe deu causa<sup>38</sup> e na exata medida de sua culpabilidade<sup>39</sup>, refletindo o primado da responsabilidade penal subjetiva.

---

<sup>33</sup> Ordenações Filipinas, Livro V, Título VI, §9º e ss.

<sup>34</sup> “Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baração e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; **declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real**, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual **se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu**” (sem grifos no original). Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=612>. Acesso em 18.03.2016.

<sup>35</sup> Para Beccaria, a pena não poderia atingir pessoas estranhas ao delito, pelo simples fato de guardarem grau de parentesco com o autor do fato.

<sup>36</sup> BRASIL CODIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO Art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto.

<sup>37</sup> Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal. Paragrapho unico. Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahira sobre cada um dos que participarem do facto criminoso.

<sup>38</sup> BRASIL. Código Penal. In. ANGHER, Anne Joyce (Org.). Op cit. Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Isso porque, num Estado Democrático de Direito, para que haja aplicação do Direito Penal, não basta que se verifique a tríade conduta, nexa causal e resultado, para se atribuir um fato a alguém, posto ser imprescindível que o evento danoso decorra de um ato de vontade do indivíduo, consubstanciado no dolo ou na culpa. No mesmo sentido, é a redação do art. 5º, XLV da Constituição Federal:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.<sup>40</sup>

Da mesma forma, o art. 5º, §3º da Convenção Americana de Direitos Humanos: “a pena não pode passar da pessoa do delinquente”.

Dúvidas não há que a família sempre é atingida de maneira reflexa pelas consequências de um delito praticado por um de seus membros. Muito se fala da dificuldade financeira, nos casos em que o provedor do sustento da casa é detido, e mesmo dos constrangimentos pelos quais a família passa nas revistas íntimas que antecedem as visitas nas casas de detenção espalhadas pelo país.

Ocorre que, no âmbito da sociedade de informação, mormente nos casos amplamente noticiados pela mídia, em regra, as consequências sobre a família deixam de ser reflexas e tornam-se diretas. A constante exposição de fotos, nomes, rotina, na mídia impressa e falada e a sua perpetuação, pela rede mundial de computadores, mitiga, significativamente, o Princípio da Intranscendência da Pena.

Em que condições os dois filhos de Alexandre Nardoni (à época com 3 e 5 anos), o de Elize Matsunaga (1 ano) serão criadas, carregando sobrenomes ligados a crimes que geraram profundo clamor social? Em tenra idade, serão protegidos pelos familiares, posteriormente, em idade escolar mais avançada, como garantir que não sofrerão algum tipo de segregação nas escolas ou em outros ambientes que frequentarem? Ao tornarem-se conscientes da gravidade dos fatos em que se envolveram os pais, bombardeados pela exposição nos mecanismos de busca da internet, terão condições de transcender o trauma, através dos mecanismos da repressão, extinção ou mesmo falsificação de memórias? Restarão penalizados de alguma maneira por fatos para os quais não concorreram? Com relação à vítima e à família do condenado, seria possível uma proteção tal qual a conferida às testemunhas pela Lei 9.807/99? Seria possível a alteração do registro civil, tendo em vista

---

<sup>39</sup> Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º – Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º – Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição de 1988. In. ANGHER, Anne Joyce (Org.). Op cit.

que a regra predominante no Brasil é a manutenção do nome? Essas são indagações cujos caminhos serão discutidos no próximo tópico.

#### 4 A JURISPRUDÊNCIA E O APONTAMENTO DE SOLUÇÕES

Uma das primeiras manifestações jurisprudenciais sobre o Direito ao esquecimento aplicado às condenações penais referiu-se a uma Reclamação Constitucional contra decisão judicial, em 05 de junho de 1973, na Alemanha.

Em 1969, um latrocínio que ficou conhecido como o “assassinato de soldados de Lebach”, ganhou grande repercussão na mídia: quatro soldados que guardavam o depósito de munição foram brutalmente assassinados, um quinto foi gravemente ferido, e as armas foram roubadas. Em 1970, dois acusados foram condenados à prisão perpétua, enquanto o terceiro (com menor participação no delito), foi condenado a seis anos de reclusão.

Atenta à grande repercussão junto à opinião pública, uma emissora de televisão alemã, uma das maiores emissoras da Europa – a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) – produziu um documentário sobre o ocorrido, no qual seriam mostradas, inclusive, fotos dos condenados e a insinuação de que eram homossexuais. O documentário seria exibido pouco antes de o terceiro condenado deixar a prisão, e este ingressou em juízo para tentar impedir a transmissão do programa, todavia não obteve êxito nem no Tribunal Estadual de Mainz, nem no Superior Tribunal Estadual de Koblenz.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, entretantes, julgou procedente a Reclamação Constitucional por violação ao direito de desenvolvimento da personalidade (art. 2, I GG)<sup>41</sup>, uma vez que a proteção da personalidade deveria prevalecer em relação à liberdade de informação, na medida em que não haveria mais um interesse atual naquela informação (o crime já estava solucionado e julgado há anos). Ademais, a divulgação da reportagem causaria grandes transtornos ao condenado, que já havia cumprido a pena e precisava ter condições de se ressocializar, o que certamente seria bastante dificultado com a nova exposição do caso.

Em 1996, o caso voltou a repercutir juridicamente quando os produtores da SAT 1 (canal responsável pela série intitulada *Verbrechen, die Geschichte machten*) produziram um novo documentário sobre o caso Lebach, contudo tomaram o cuidado de não publicar os nomes dos

---

<sup>41</sup> Art. 2 (1) Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, na medida em que ele não viola os direitos dos outros e não viola a ordem constitucional ou a lei moral (tradução livre).

Art. 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

envolvidos nem veicular as imagens dos condenados. Foi intentada nova ação (caso Lebach II)<sup>42</sup> com argumentos muito próximos àqueles utilizados para fundamentar o pedido feito no caso Lebach I: a decisão tomada pelo Poder Judiciário alemão, contudo, foi diversa, rejeitando a tese da ofensa ao direito fundamental dos reclamantes.

Apesar de versarem sobre os mesmos fatos (assassinato dos soldados de Lebach), a forma como se tratou a notícia foi bastante distinta. Se, por um lado, a emissora ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) conferiu um caráter, de certo modo, sensacionalista ao fato, com a exposição do nome, fotografias e suposta orientação sexual dos envolvidos, o programa da SAT 1 foi conduzido de modo a preservar de maneira muito mais efetiva os direitos de personalidade e sem maiores prejuízos à ressocialização dos autores da reclamação constitucional, na medida em que se limitou à narração histórica do fato, que pertence ao Direito Fundamental à Memória, patrimônio cultural de um povo.

O caso Lebach II é um clássico exemplo de como é possível preservar tanto o Direito Fundamental à Memória quanto os Direitos de Personalidade, sem maiores prejuízos à liberdade de informação e à saúde física, psíquica e social dos envolvidos.

No Brasil, o direito ao esquecimento foi analisado em duas decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“Caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“Caso Aída Curi”), ambos relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão.

Entretanto, as duas decisões foram questionadas no Supremo Tribunal Federal, distribuídas, respectivamente, aos Ministros Celso de Mello (Agravo em Recurso Extraordinário nº 789.246) e Dias Toffoli (Agravo em Recurso Extraordinário nº 833.248), com o reconhecimento, neste último, da repercussão geral do recurso extraordinário.

O Recurso Especial 1.334.097/RJ<sup>43</sup>, que versava sobre a “Chacina da Candelária” foi julgado procedente pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo condenação a título de danos morais e reconhecimento do Direito ao Esquecimento. Balizava a ação o fato de o autor ter seu nome e imagem mostrados no documentário “Linha Direta – Justiça” sobre o episódio que ficou conhecido como a “Chacina da Candelária” (uma sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro). Por essa razão, buscou, através de uma ação ordinária<sup>44</sup>, com pedido de danos

---

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 10.10.2016.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Vice Presidente do STJ. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201449107&dt\\_publicacao=10/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013). Acesso em: 11.12.2013.

<sup>44</sup> Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, todavia a sentença foi reformada em grau de apelação por maioria dos votos. Opostos embargos infringentes, também por maioria, foram eles rejeitados. Os embargos de declaração foram igualmente rejeitados, sobrevivendo, assim, os recursos especial e extraordinário. Disponível em:

morais contra a TV Globo, ver reconhecido seu Direito ao Esquecimento, na medida em que essa exposição em rede nacional reacendeu uma desconfiança da sociedade com relação à sua índole.

A matéria veiculada, embora, afirmasse que o autor havia sido absolvido, trazia sua figura como um dos envolvidos na Chacina da Candelária. Sua imagem perante a comunidade em que residia associada à condição de “chacinador” e o ressurgimento do “ódio social” obrigaram-no, para preservar sua segurança e de seus familiares, a deixar a comunidade onde vivia.

Para se analisar o caso, é importante atentar não apenas para os direitos de personalidade do indivíduo, mas, sobretudo, como esse (re)avivamento da história, da forma como foi feito, pode trazer reflexos não só à personalidade, mas à sua saúde, com consideráveis reflexos na vida de seus familiares.

Um primeiro questionamento gira em torno do direito à honra, em face da possibilidade de se “reacender a desconfiança da sociedade”. Didaticamente, costuma-se dividir a honra em um aspecto subjetivo (o que cada um pensa de si, levando em consideração seus atributos físicos, intelectuais e morais) e outro objetivo (visão por parte da sociedade sobre aquele sujeito).

Segundo Adriano de Cupis<sup>45</sup> “a ‘honra’ significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.

Dessa forma, considerando a honra como um direito à integridade moral ou à reputação, responsável pela tutela do respeito, da consideração, da boa fama e da estima que a pessoa desfruta em suas relações sociais e que pertence a todos, indistintamente, ainda que seu possuidor não se comporte de maneira ética, há que se perguntar, até que ponto, alguém que foi submetido a um processo criminal (sendo condenado ou absolvido), não tem esse direito aviltado desnecessariamente quando lhe é negado o Direito ao Esquecimento.

Conforme salientado anteriormente, se os condenados que cumpriram pena têm o direito, após decorrido o lapso temporal da reincidência, de ver seus registros de condenação excluídos do Instituto de Identificação, o que dizer daqueles que foram acusados e sagraram-se inocentes, ao final de um processo criminal, que, por si só, é absolutamente aviltante? Haveria alguma razão plausível para continuarem expostos ao julgamento popular?

Não há dúvidas que, como consta da fundamentação do acórdão supramencionado, ao crime subjaz o interesse público, todavia este acaba sendo “em alguma medida, satisfeito pela publicidade do

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num\\_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF). Acesso em 10.10.2016.

<sup>45</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 121.

processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato”<sup>46</sup>. Assim sendo,

O interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse lapso temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas<sup>47</sup>.

A possibilidade de se reconhecer ao condenado (frisa-se que o autor do presente recurso fora absolvido), o fim dos efeitos da condenação e, conseqüentemente, o interesse público na publicidade daquele fato vai ao encontro do preceito da função ressocializadora da pena e a conseqüente possibilidade de reintegração social e de reconstrução de uma vida digna.

Ademais, a própria Constituição Federal preceitua no art. 5.º, III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e ainda no inciso XLVII, “b”, que “não haverá penas: de caráter perpétuo”. Desse modo, não permitir que o indivíduo possa reconstruir sua vida não seria um tratamento desumano e degradante? Impor as conseqüências de uma condenação para além do prazo estabelecido pelo ordenamento jurídico não seria uma forma transversa de se perpetuar a pena? A posição do Ministro Luis Felipe Salomão contempla positivamente essas indagações:

o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.<sup>48</sup>

Em momento algum se pretende reescrever a história, ou mesmo violar o já reconhecido direito fundamental à memória de fatos que se tornaram patrimônio histórico e cultural de um povo, negando às gerações futuras o direito de conhecer o seu passado, todavia há que se estabelecer um limite: que seja dada a publicidade aos fatos no momento em que ocorreram; que se estabeleça uma vida útil para a informação (um controle temporal); e que, depois disso, seja sopesada, junto com os

---

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153/RJ. Relator: SALOMÃO, Luís Felipe. Publicado no DJe 10/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 10.03.2016.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

direitos da personalidade, a saúde física e psíquica daquele que pretende reconstruir a sua vida com dignidade.

Tal como ocorreu com o caso Lebach II, que as notícias sobre fatos que se tornaram históricos sejam veiculadas com a devida supressão de nomes e imagens, para que a um só tempo seja privilegiado o direito à informação, mas também resguardados os direitos de personalidade e de saúde dos envolvidos. Não faz sentido que os envolvidos em crimes de grande repercussão midiática sejam marcados a ferro digital, e não possam, como pessoas comuns, a despeito de sua ação criminosa, valer-se do anonimato na reconstrução de sua vida, como afirma François Ost<sup>49</sup>:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

É preciso que haja isonomia para que tanto um “von Richthofen” quanto um “Silva” possam salvaguardar sua dignidade, sua personalidade e sua saúde, da voracidade da exploração midiática exacerbada, da eternização dos motores de busca e do “populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplificam o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do ‘bandido’ vs ‘cidadão de bem’”<sup>50</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa propôs-se a analisar o Direito ao Esquecimento sob uma nova perspectiva – a da saúde –, e não com o objetivo de suplantar a clássica discussão privacidade *versus* liberdade de expressão. Trata-se, assim, de acrescentar um novo olhar sobre o tema. Além disso, optou-se, entre as várias aplicações do direito ao esquecimento (como na esfera civil quanto à situação dos transexuais, dos filmes e fotos publicados), pelo Direito Penal, face à proibição constitucional das penas perpétuas, desumanas e degradantes, uma vez que a impossibilidade de esquecer mitiga tais garantias.

Nesse contexto, o baldrame de tudo que se pretendeu apresentar consiste no respeito máximo ao valor dignidade, fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio norteador de todo o nosso sistema jurídico. Num mundo de diluição dos liames entre o espaço público e o privado, provocada pelo avanço tecnológico, é imperioso enfatizar alguns limites. Embora a informação seja,

---

<sup>49</sup> OST, François. *O Tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160.

<sup>50</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>. Acesso em: 11.07.2016.

incontestavelmente, um direito fundamental do homem e alicerce da própria democracia, esse mesmo direito não pode transformar o indivíduo em mero objeto do dito interesse público. Não por outra razão, a sociedade de informação carece, cada vez mais, de adequada tutela dos direitos da personalidade.

Se, por um lado, a expansão da tecnologia, em especial da rede mundial de computadores, trouxe notáveis benefícios aos seres humanos, com ferramentas que não só relativizam a percepção de espaço e tempo, mas também simplificam o cotidiano, proporcionando imensurável capacidade de acesso, acúmulo e divulgação de informações, por outro lado, essa mesma expansão, por meio da eternização de informações, escraviza indivíduos, numa completa erosão da privacidade e da própria saúde. Ressalta-se que, mais grave que a quantidade de informações circulando em tempo real na internet sobre os indivíduos, é a perenidade dessas informações.

É preciso observar os fins éticos da informação, não só pela veracidade dos fatos, mas para pôr limite à exploração da tragédia alheia. Como é um fim em si mesmo, o homem não pode ser tratado como mero objeto da notícia. O liame está no fato de que a veracidade da informação não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.

Não se pretende negar às gerações futuras o direito de conhecer e aprender com os erros do passado, principalmente para que eles não se repitam. Embora a análise da sociedade possa e deva ser feita com base nos fatos e nas respostas judiciais aos mesmos, é imperioso não só que se discuta sobre a excessiva e desnecessária exposição, após a vida útil da informação pelos motores de busca da internet ou mesmo por programas televisivos, mas também que se busquem soluções. Desse modo, perpetuam-se as experiências, e não as punições ou estigmas.

Sabe-se que, após uma situação de trauma, a fisiologia do cérebro humano aciona mecanismos – falsificação, extinção e repressão de memórias –, alguns de modo inconsciente, outros conduzidos por processo terapêutico, para reestabelecer a saúde psíquica do indivíduo e permitir, inclusive, a vida em sociedade. Sucede que, apesar da imprescindibilidade do direito ao esquecimento como tutela do direito à saúde, a imortalidade da informação, com a constante exposição ao fato traumático, impede o adequado funcionamento desses mecanismos fisiológicos que permitem a regeneração da saúde.

No que tange, especificamente, ao fenômeno criminal, o interesse público satisfaz-se por meio da resposta penal dada pelo Estado àquele que infringiu a norma, de forma que a extinção da pena ou a absolvição do acusado devem significar um limite, para não se perpetuar a condenação, o que levaria

uma condição desumana e degradante do indivíduo. Se existem institutos, como a reabilitação e o sigilo dos antecedentes, assim como a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, aquele que cometeu um erro não pode permanecer indefinidamente estigmatizado.

Durante anos, a vítima teve seu papel dentro do processo penal relegado a segundo plano, de modo que os estudos de criminologia repensaram essa posição. Em contrapartida, o objeto desta pesquisa não consiste em analisar o papel desempenhado pela vítima no delito, mas as consequências deste na saúde mental e emocional da mesma, em virtude da imortalização das informações e da constante exposição pelos motores de busca da internet.

Com relação à família dos envolvidos, deve-se indagar até que ponto o princípio da intranscendentalidade das penas está sendo respeitado na sociedade de informação. Sobretudo em casos amplamente divulgados pela mídia, a pena não fica restrita à pessoa do condenado: sobrenomes tornam-se estigmas carregados por pessoas alheias ao fato, salvo o grau de parentesco. Urge, portanto, a criação de uma Lei de Proteção à Família, nos moldes da Lei de Proteção à Testemunha, com possibilidade, inclusive, de alteração do Registro Civil: inegavelmente, a rememoração de fatos traumáticos tem o condão de destruir a vida social e emocional não só do indivíduo, mas também de seus familiares.

Por questão de razoabilidade e proporcionalidade, o decurso do tempo deve levar à separação entre os fatos históricos e os dados que dizem respeito à privacidade, tal como aconteceu no caso Lebach II. A construção de um programa sobre a Chacina da Candelária, com a preservação do nome e da imagem dos envolvidos, não resultaria em prejuízos. Diferentemente, o Caso Aída Curi, por não ser possível tal desvinculação do nome e da imagem da vítima, deverá ser tratado como as biografias não autorizadas. Eventuais danos, não só à personalidade, mas, sobretudo, à saúde, devem ser considerados ilícitos, portanto, indenizáveis.

Considerando-se que, sem libertar-se das amarras do passado, tendo seus erros esquecidos pelo perdão – individual ou coletivo, pessoal ou estatal –, o homem jamais poderá recomeçar, entende-se que fatos traumáticos devem ser transcendidos, para que momentos realmente dignos de ser considerados inesquecíveis tenham espaço na construção de uma vida digna e repleta de esperanças no porvir.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.315/SP*. Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126315%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zch7rga>. Acesso em 12.10.2016.

MAURMO, Júlia. G. P. *Direito ao esquecimento e condenações penais: uma análise sob a perspectiva da saúde*. pp. 3-32

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*. Relator: Luís Felipe Salomão. Publicado no DJe 10/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 10.03.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.334.097/RJ*. Relator Min. Vice Presidente do STJ. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201449107&dt\\_publicacao=10/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013). Acesso em: 11.12.2013.

BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. ANGHER, Anne Joyce (Org.). 17ª ed. São Paulo Rideel, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. José Antonio Cardinalli (trad.). São Paulo: Servanda, 1957,

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Tutela jurídica da privacidade*. In: estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, tomo II.

GOMES DE LA TORRE, Ignácio Berdurgo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos e SERRANO PIEDECASAS, José Ramon. *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Réus, 1976).

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte geral*. vol. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2015.

IZQUIERDO, Iván. *Questões sobre memória*. Col. Aldus, 19. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

\_\_\_\_\_. *A arte de esquecer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>. Acesso em: 11.07.2016.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

OST, François. *O Tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 10.10.2016.

MAURMO, Júlia. G. P. *Direito ao esquecimento e condenações penais: uma análise sob a perspectiva da saúde*. pp. 3-32

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.