

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO VICTOR BERNARDES GÓES

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A DESCONSAGRAÇÃO DO DIREITO PENAL DO  
AUTOR

SÃO PAULO

2019

JOÃO VICTOR BERNARDES GÓES

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A DESCONSAGRAÇÃO DO DIREITO PENAL DO  
AUTOR

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

SÃO PAULO

2019

JOÃO VICTOR BERNARDES GÓES

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A DESCONSAGRAÇÃO DO DIREITO PENAL DO  
AUTOR

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelas inúmeras e infindáveis bênçãos que derrama sobre mim.

Aos meus pais, Marisa e Silvio, pelas lições de vida, amor e apoio incondicionais.

Ao meu namorado, Pedro, pelas demonstrações cotidianas de amor sincero.

## RESUMO

A noção de Direito ao Esquecimento não é nova. Em que pese o maior e mais recente relevo adquirido pelo tema, mormente em decorrência dos efeitos trazidos pelo avanço tecnológico na propagação de informações, tem-se registro da aplicação do instituto já na década de 30 pela Suprema Corte da Califórnia, ao apreciar o caso “*Red Kimono*”. É fato que o suporte e relevância inaugural do Direito ao Esquecimento são encontrados no campo do Direito Penal, em homenagem à presunção legal e constitucional de ressocialização do indivíduo, renovando no ex-detento a esperança de não ter contra si a reverberação de seu passado desabonador no meio social ao qual tenta reajustar-se, bem como garantindo que seus antecedentes criminais não sejam valorados negativamente de forma eterna. Bem por isso que o Direito ao Esquecimento opera uma efetiva desconagração do Direito Penal do autor, rechaçando qualquer perpetuidade em se sopesar negativamente o que o indivíduo “é”. Houve, felizmente, patente e sábia mudança de paradigma no Direito Penal, tornando-o mais garantista e apontando para a prevalência do Direito Penal do fato e dos vários princípios que dele decorrem. No presente trabalho partimos do conceito de Direito ao Esquecimento e da evolução histórica do instituto para, aproximando-nos dos dias atuais, utilizá-lo de baliza no comparativo de proeminência entre alguns direitos fundamentais previstos na Carta Magna vigente (Inviolabilidade da Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem em contraposição à Liberdade de Expressão e Informação). Aprofundamos a análise de um caso específico que remonta à Alemanha do final da década de 60 (caso *Lebach*), emblemático na aplicação do Direito ao Esquecimento e de valia ímpar à solidificação do instituto. Por oportuno, adentramos na temática do Direito Penal do autor, estabelecendo sua contraposição com o Direito Penal do fato e os Princípios Constitucionais que o embasam. Por fim, analisamos o Direito ao Esquecimento e sua aplicabilidade na era da informação, delineando o relevo adquirido pelo instituto com o avanço tecnológico e difusão excessiva de informações.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento. Direitos da Personalidade. Liberdades de Expressão e Informação. Ponderação. Direito Penal do Fato. Direito Penal do Autor. Sociedade da Informação.

## ABSTRACT

The notion of right to be forgotten is not new. In spite of the greater and more recent relevance acquired by the theme, mainly due to the effects brought by technological advance in the propagation of information, we have registered the application of the institute already in the 1930's by the Supreme Court of California, in appreciating the "Red Kimono" case. It is a fact that the support and inaugural relevance of the right to be forgotten are found in the field of Criminal Law, in homage to the legal and constitutional presumption of individual resocialization, renewing in the ex-detainee the hope of not having against him the reverberation of his outrageous past in the social environment to which he tries to readjust, as well as ensuring that its criminal antecedents are not evaluated negatively in an eternal form. That is why the right to be forgotten operates an effective deconsecration of the "author's Criminal Law", rejecting any perpetuity in negatively weighing what the individual "is". There was, fortunately, a clear and wise change of paradigm in Criminal Law, making it more of a guarantor and pointing to the prevalence of "Criminal Law of fact" and the various principles that flow from it. In the present work, we start from the concept of the right to be forgotten and the historical evolution of the institute, in order to use it as a beacon in the comparative of prominence among some fundamental rights provided for in the current Constitution (Inviolability of Intimacy, Private Life, Honor and Image as opposed to Freedom of Expression and Information). We analyze a specific case that dates back to Germany in the late 1960s (Lebach case), which is emblematic in the application of the right to be forgotten and of unique value to the solidification of the institute. By opportune, we enter in the subject of "author's Criminal Law", establishing its contraposition with the "Criminal Law of fact" and the Constitutional Principles that support it. Finally, we analyze the right to be forgotten and its applicability in the information age, outlining the importance acquired by the institute with the technological advance and excessive diffusion of information.

**Key Words:** Right To Be Forgotten. Rights of Personality. Freedom of Expression and Information. Weighting. Criminal Law of Fact. Author's Criminal Law. Information Society.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	8
<b>1. DIREITO AO ESQUECIMENTO</b>	12
1.1 Conceito	12
1.2 Noções Históricas	14
1.3 Direito ao Esquecimento e os Direitos Fundamentais da Constituição Federal	16
1.3.1 Inviolabilidade da Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem	17
1.3.2 Liberdade de Expressão e Informação	18
<b>2. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ALEMANHA: CASO <i>LEBACH</i></b>	21
<b>3. DIREITO PENAL DO AUTOR</b>	24
3.1 Comparativo entre Direito Penal do Autor e Direito Penal do Fato	25
3.2 Principiologia Constitucional da Prevalência do Direito Penal do Fato	28
3.2.1 Princípio da Legalidade	28
3.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
3.2.3 Princípio da Lesividade	32
3.2.4 Princípio da Culpabilidade	34
<b>4. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO</b>	37
4.1 Análise do Acórdão Proferido no Julgamento do REsp nº 1.660.168/RJ - STJ	37
4.2 A Sociedade Virtual e a Difusão Excessiva de Informações	43
4.3 A Coexistência das Liberdades de Informação e Expressão na Sociedade Virtual	45
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	48
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	50

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é abordar a aplicação do Direito ao Esquecimento enquanto consagrador do Direito Penal do fato, em consonância com a presunção legal e constitucional de ressocialização do indivíduo, renovando no ex-detento a esperança de não ter contra si a reverberação de seu passado desabonador no meio social ao qual tenta reajustar-se, bem como garantindo que seus antecedentes criminais não sejam valorados negativamente de forma eterna.

O Direito ao Esquecimento, em linhas gerais, implica na prerrogativa conferida a determinado indivíduo que, ao ter sido investigado, processado e condenado (ou mesmo absolvido) pela prática de eventual delito, possa ter o episódio sublimado perante as autoridades persecutórias e instâncias julgadoras, principalmente, no caso de eventual condenação, quando já houver cumprido a pena imposta e o fato não tiver ganhado (ou tiver perdido) relevo social, não colocando, pois, em xeque o interesse público, com isso evitando que o ocorrido ecoe eternamente pela existência do indivíduo e seja reverberado à sociedade.

A exemplo do que ocorre com o direito à privacidade, a construção do direito ao esquecimento remonta a uma patente colidência entre os direitos da personalidade e os direitos de informação, de imprensa e à liberdade de expressão. Não há dúvida da proteção constitucional conferida a cada qual, mas será sempre necessária uma ponderação diante do caso concreto para, ao reconhecer-se a aplicação do direito ao esquecimento, avaliar qual despontará.

Segundo pensamos, o direito ao esquecimento mostra-se como um novo direito da personalidade, autônomo e, bem por isso, detentor de objeto jurídico de proteção distinto, qual seja, a memória individual. Tanto é assim que tal proteção, por via reversa, é o que possibilita o próprio direito a ser esquecido, englobando a guarda de outros direitos da personalidade (imagem, honra e privacidade) ao limitar a informação.

Ora, nos moldes do que ocorreu no julgamento do caso *Lebach* (ao qual dedicamos um capítulo exclusivo do presente trabalho), a incursão no campo do direito ao esquecimento, cremos, implicará necessariamente na colidência de princípios protegidos fielmente pela Carta Magna, os quais, a depender do caso concreto, despontarão e prevalecerão uns sobre os outros, pela própria sistemática do sistema constitucional.

Não há, frise-se, hierarquia entre princípios, mas a necessidade de relativizá-los salutarmente caso a caso. O reconhecimento individual do direito ao esquecimento em homenagem aos direitos da personalidade (honra, privacidade, intimidade e imagem – os quais, conforme sublinhamos anteriormente, emergem da própria proteção à dignidade da pessoa humana) eventualmente se sobressairá aos direitos à liberdade de expressão, informação e imprensa e vice-versa, isso pela própria escolha do constituinte em proteger valores antagonizantes, como de praxe nas sociedades modernas.

Em um primeiro momento, é fato, a impressão é a de estarmos diante de direitos absolutos, mas, na seara dos direitos fundamentais, sempre existirá a definição do que se protege de imediato e do que poderá ser passível de alguma restrição *a posteriori*.

Pois bem, ao avançarmos para a contraposição entre o Direito ao Esquecimento e o Direito Penal do autor, esclarecemos, a princípio, que este último implica em reconhecer-se que as características da personalidade e o modo de ser do criminoso são as determinantes do delito, ou seja, eventual sanção justificar-se-ia não pelo ato em si praticado, mas pelos traços pessoais do indivíduo e pelo que carrega em seu âmago.

Bem por isso que, em consonância com o princípio da culpabilidade e com fundamentos basilares do estado democrático de direito, o direito penal do autor não encontra mais guarida na doutrina e ordenamento modernos, cedendo espaço ao direito penal do fato, instituto que se contrapõe totalmente à ideologia sobre a qual discorreremos até aqui, na medida em que não admite culpabilidade genérica, mas apenas aquela derivada de um ato criminoso definido.

A bem da verdade, reconhecer-se a culpabilidade lastreada no modo de ser ou agir de determinado indivíduo e em sua personalidade e comportamento social tendentes, em tese, à prática delitiva, haveria afronta inigualável à própria dignidade da pessoa humana, sendo certo que deste último decorre a própria principiologia da culpabilidade, nos moldes em que concebida pela atual constituição.

A prevalência do direito penal do fato, ao embasar-se na dignidade da pessoa humana, o faz precipuamente em respeito às diferenças que permeiam todos os indivíduos, não havendo sentido na punição fundada em qualquer traço, estereótipo social ou traço de personalidade, pois, como dito, muitos dos comportamentos “reprováveis” foram

sobejamente impostos ao indivíduo de acordo com a experimentação social por ele registrada e, por infortúnio, vão de encontro ao regramento “aceito” socialmente.

Ora, o Estado detém, sim, o poder de punir, mas não se trata de prerrogativa absoluta, sendo certo que eventual punição deve necessariamente decorrer de comportamento (não da personalidade), cuja reprovabilidade encontre expressa e prévia guarida na legislação.

Por outro lado, a necessidade de atuação estatal é relativizada pela própria aceitação de comportamentos indiferentes à tutela penal, pois não implicam em risco à convivência social. Em outras palavras, não haveria sentido na punição de uma conduta, com a conseqüente aplicação de pena e cerceamento de liberdades individuais, se o bem protegido pela norma não é fulminado através do comportamento registrado ou sequer é digno de tutela pelo Estado.

O derradeiro capítulo da presente monografia volta-se a uma análise mais atual do direito ao esquecimento, focada nas peculiaridades e aplicações do instituto na chamada “era da informação”.

Nesse compasso, trouxemos à colação julgado recente do Superior Tribunal de Justiça relacionado ao tema (REsp nº 1.660.168/RJ), pois a fundamentação utilizada pela Corte no episódio sedimenta o entendimento atual existente no tocante ao Direito ao Esquecimento, ao passo em que demonstra o ponto de discordância na prevalência do instituto quando em aparente colisão com outros direitos fundamentais.

No julgamento, em linhas gerais, a 3ª Turma do STJ determinou que sítios virtuais de busca online sistematizassem ferramentas (filtros) que desvinculassem o nome de uma Promotora de Justiça do Rio de Janeiro de conteúdos atinentes a uma suposta fraude havida em concurso público de ingresso para a carreira da magistratura daquele mesmo Estado. A alegação da Promotora, que inclusive não foi aprovada no certame investigado, era no sentido de que, passados anos do episódio que a envolveu e após cancelada pelo CNJ a lisura do certame investigado, ainda sofria ataques à sua dignidade com a vinculação direta dos resultados de buscas feitas em seu nome às reportagens alusivas à fraude

Vê-se que o voto vencedor, de lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, expõe a colidência entre o direito de acesso à informação (de interesse eminentemente público) e o direito à privacidade e à imagem da recorrida (pautados em interesse individual),

denotando a necessidade de prevalência destes últimos no episódio levado a julgamento, máxime porque, no caso concreto, não operou-se com a exclusão de toda e qualquer referência ao nome da recorrida da ferramenta de busca, nem mesmo quando formulada através do nome da recorrida em conjunto com expressões relacionadas à fraude. O óbice reconhecido foi apenas no tocante ao retorno de resultados que vinculem a recorrida ao fato depreciador do passado, quando utilizado seu nome como filtro exclusivo de busca.

Concluiremos o trabalho aduzindo que a sociedade atual vive, indiscutivelmente, seu apogeu digital. Não há como fechar os olhos para a imersão tecnológica a que somos submetidos cotidianamente. A decorrência lógica da evolução dos dispositivos tecnológicos não deixa de ser a velocidade cada vez maior no compartilhamento de informações, muitas das vezes replicadas em uma proporção que escapa totalmente à nossa percepção. Fato é que a rapidez com que as informações são transportadas, além dos muitos benefícios gerados, implica no comprometimento da privacidade do indivíduo, decorrente da excessiva difusão de conteúdo informativo e pessoal.

É nítido, pois, o movimento de relativização dos direitos de personalidade e do efetivo atentado à privacidade e intimidade, através da reverberação da política empregada na sociedade virtual, pautada pela velocidade na transmissão de conteúdo sem mensurar os riscos da divulgação desenfreada e irresponsável da informação.

## 1. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O capítulo inaugural da presente monografia busca conceituar o instituto do Direito ao Esquecimento, colacionando definições compartilhadas pela doutrina atual sobre o tema, para com isso adentrar nas noções históricas relevantes ao desenvolvimento do assunto até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando partiremos para uma análise crítica e contraposta entre alguns dos direitos fundamentais previstos pela Carta Magna (Intimidade, Vida Privada, Honra, Imagem e Liberdade de Expressão e Informação), com vistas à conclusão da necessária prevalência do Direito ao Esquecimento aos absolvidos e condenados em processo criminal, principalmente com relação àqueles que já cumpriram a pena imposta e cujo delito não atraiu notoriedade no seio social (quando não há que se falar na prevalência de eventual interesse público), evitando-se que os efeitos da sanção perpetuem-se e maculem *ad aeternum* a vivência do indivíduo.

### 1.1 CONCEITO

O Direito ao Esquecimento, em linhas gerais, implica na prerrogativa conferida a determinado indivíduo que, ao ter sido investigado, processado e condenado (ou mesmo absolvido) pela prática de eventual delito, possa ter o episódio sublimado perante as autoridades persecutórias e instâncias julgadoras, principalmente, no caso de eventual condenação, quando já houver cumprido a pena imposta e o fato não tiver ganhado (ou tiver perdido) relevo social, não colocando, pois, em xeque o interesse público, com isso evitando que o ocorrido ecoe eternamente pela existência do indivíduo e seja reverberado à sociedade.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374. Disponível em: <https://wmmjr.jusbrasil.com.br/artigos/46966801/direito-ao-esquecimento-vs-direito-a-liberdade-de-imprensa-o-que-deve-prevalecer>. Acesso em: 15 mar. 2019.

Leonardo Parentoni aduz que:

Direito ao esquecimento é a faculdade de obstar o processamento informatizado, a transferência ou publicação de dados pessoais, além de exigir que sejam apagados, sempre que a sua preservação esteja causando constrangimento ao sujeito envolvido, desde que não exista razão de interesse público que justifique a preservação <sup>2</sup>.

Nas palavras de Nelson Rosenvald:

O direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a história – ainda que seja a própria história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos pretéritos ligados a si, mais especificamente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados. Mais ainda: é o direito de impedir que dados e fatos pessoais de outrora sejam revividos, reprimados, no presente ou no futuro de maneira descontextualizada. Enfim, é uma garantia contra o que vem se denominando de superinformacionismo <sup>3</sup>.

É bem verdade que “o direito ao esquecimento encontrou, primeiramente, suporte no direito penal, com finalidade de garantir efetividade à ressocialização do ex-detento” <sup>4</sup>, bem por isso que a conceituação do instituto, em que pese guardar consigo diferentes matizes, principalmente quando atrelada ao campo do Direito Civil, tem no Direito Penal seu maior expoente.

---

<sup>2</sup> PARENTONI, Leonardo. O Direito ao Esquecimento (*Right to Oblivion*), *cit.*, p. 38. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDFXXvmi=onhVjgciHNWEsMwMthFg53KkWxNNLPTaeb6zrjRa8OPBBno6F4mL7875HUTsLND00Kzs5qEdgtPRSexzilkquswcoqFafjag5JJabnorSekLsjlMGGebalnz4KtnUKtFtFRS4kMjFzMZUAGCORNAgmOk7iJ33dJxSBrxVehCO4CKEimtaa5qxTLGduKgJtPC6hA2wREmWg7CAu6KFce6xVktGBearRgKrjikZFigMVOh2CxfOdlM9HhPiv1Lni>. Acesso em 26 mar.2019.

<sup>3</sup> ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano. Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 12ª Edição. JusPODIVM. Salvador. 2014, p. 184. Disponível em: <https://akinokarina.jusbrasil.com.br/artigos/514623097/o-direito-ao-esquecimento-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em 26 mar.2019.

<sup>4</sup> CARVALHO, Afonso. CUNHA, Marco. (2014). P. 15. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf). Acesso em 26 mar.2019.

## 1.2 NOÇÕES HISTÓRICAS

Em termos históricos, a aparição inaugural do direito ao esquecimento remonta à década de 30 no estado americano da Califórnia, ocasião em que a Corte Estadual local, ao aplicar o “*the right to be let alone*”, reconheceu como legítima a reparação civil pleiteada pelo marido de Gabrielle Darley (acusada de homicídio e considerada inocente) em face de Dorothy Reid, produtora do filme intitulado “*Red Kimono*”, que encenava a acusação de homicídio envolvendo Gabrielle. A Corte entendeu que a obra violava o direito de imagem da acusada e, mais do que isso, reproduzia fatos do passado que contribuíam para uma verdadeira perpetuação da mácula em sua reputação social.

Outro precedente singular envolvendo a aplicação do instituto (sobre o qual, aliás, discorreremos aprofundadamente em capítulo apartado) remonta ao ano de 1969, na Alemanha, vindo a ser denominado de caso “*Lebach*”. Segundo consta, certo canal de televisão alemão (*Zweites Deutsches Fernsehen – ZDF*) produziu documentário sobre um crime que assolou a cidade alemã de *Lebach*, ocasião em que quatro soldados teriam sido mortos enquanto dormiam. O documentário, intitulado “*Der Soldatenmord von Lebach*”, teve sua reprodução proibida pelo Tribunal Constitucional Alemão, que acatou a alegação de um dos condenados pelo crime, no sentido de que haveria violação aos seus direitos de personalidade e maior dificuldade em sua reinserção no meio social <sup>5</sup>.

Avançando para um precedente mais atual, datado de 2012, faz-se *mister* pontuar o caso “*Google Spain*”, caso este que, no âmbito internacional, talvez ainda seja o de maior relevo no tocante ao reconhecimento do direito ao esquecimento. O pano de fundo do imbróglio é um processo movido pelas empresas *Google Spain* e *Google Inc.* em face da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e de determinado cidadão espanhol, cuja reclamação, a princípio formalizada contra aquelas empresas e o jornal *La Vanguardia* perante a AEPD, consistia na indexação de seu nome nos parâmetros de busca virtual do *Google*, vinculando-o principalmente a uma notícia publicada pelo referido jornal, dando conta de suposto arresto de imóvel de sua propriedade decorrente de dívidas mantidas junto à AEPD. A Agência, ao analisar a reclamação, acabou por determinar a exclusão daquele resultado das ferramentas de pesquisa do *Google*, tendo visto legitimidade, contudo, na publicação feita pelo jornal. Fato é que as empresas *Google Spain* e *Google Inc.*, irredimidas

---

<sup>5</sup> BVerfGE 35, 202, 05 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>. Acesso em: 26 mar. 2019.

com a determinação da AEPD, levaram o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que, ao avaliar o litígio, socorreu-se da aplicação ao direito ao esquecimento para determinar o bloqueio do resultado das ferramentas de pesquisa <sup>6</sup>.

No que toca à jurisprudência nacional, merecem destaque dois julgados específicos do Superior Tribunal de Justiça datados de 2013, quando a Corte socorreu-se do direito ao esquecimento pela primeira vez ao julgar os casos emblemáticos da “Chacina da Candelária” <sup>7</sup> e “Aída Curi” <sup>8</sup>.

Fica claro pela análise do julgado atinente à “Chacina da Candelária” qual foi, de fato, o cerne da controvérsia e a baliza adotada pela Corte ao reconhecer a aplicação do direito ao esquecimento. Vê-se que a ausência de contemporaneidade do episódio transformou o revolvimento televisivo daquele fato em pura mácula à imagem dos condenados e também dos absolvidos da prática do crime, mormente quando sequer pairava um interesse público na divulgação do ocorrido, ou seja, o entendimento externado no julgamento decorre principalmente da necessária proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana, dos limites necessários à veiculação da informação e da presunção legal de ressocialização do indivíduo.

---

<sup>6</sup> Revista do Direito Público, Londrina, v.12, n.1, p. 204-233, mai.2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/27010/20913>. Acesso em: 26 mar. 2019 .

<sup>7</sup> Ementa: Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. LINHA DIRETA - Justiça. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tem treze anos depois do fato. Veiculação in consentida de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.334.097/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF). Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>8</sup> Ementa: Recurso Especial. Direito Civil-Constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. LINHA DIRETA - Justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido em 1958. Caso “Aída Curi”. Veiculação, meio século depois do fato, do nome imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento. Acolhimento. Não aplicação do caso concreto. Reconhecimento da historicidade do fato pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de desvinculação do nome da vítima. Ademais, inexistência, no caso concreto, de dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n. 403/STJ. Não incidência. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp 1335.153/RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julg. em 28/05/13). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF). Acesso em: 19 mar. 2019.

Já no que toca ao caso “Aída Cury”, é interessante observar que a Corte, ao não acolher o pleito indenizatório dos recorrentes (irmãos de Aída), argumenta que o direito ao esquecimento do ofendido (vítima), assim como ocorre com relação ao condenado (ofensor), deve pautar-se pelo componente da historicidade do fato narrado, ou seja, pela repercussão dada ao episódio, o que por vezes torna a identificação do condenado ou mesmo da vítima elementos indissociáveis do delito, face ao domínio público alcançado. Com base em tal argumento, o STJ entendeu que o direito ao esquecimento não poderia alcançar o caso em análise.

### **1.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como é sabido, o direito ao esquecimento encontra-se inserido dentre os direitos da personalidade, mais especificamente no direito à privacidade. Com a promulgação da Constituição de 1988, os direitos da personalidade acabaram positivados no ordenamento jurídico pátrio, cabendo ao Código Civil de 2002 a responsabilidade em prover tratamento mais específico à matéria, que não teve aprofundamento pela Carta Magna.

A exemplo do que ocorre com o direito à privacidade, a construção do direito ao esquecimento remonta a uma patente colidência entre os direitos da personalidade e os direito de informação, de imprensa e à liberdade de expressão. Não há dúvida da proteção constitucional conferida a cada qual, mas será sempre necessária uma ponderação diante do caso concreto para, ao reconhecer-se a aplicação do direito ao esquecimento, avaliar qual despontará.

Tem-se que “a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque”<sup>9</sup>, até porque a Carta Magna de 1988 guarda consigo um garantismo ímpar, sem precedentes no ordenamento pátrio, o que justifica eventual colidência de direitos e garantias.

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 369.

### 1.3.1 INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM

É inquestionável ser a vida privada e a intimidade direitos inerentes ao indivíduo, “conhecidos também como direitos de estar só, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas”<sup>10</sup>. Fato é que a vida privada, ao envolver a totalidade das relações individuais (inclusive profissionais e comerciais), guarda maior amplitude que a intimidade em si, pois esta última engloba apenas as relações pessoais e de foro íntimo do indivíduo.

Nesse sentido, Edilsom Pereira de Farias aduz que:

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e de informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcende dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada<sup>11</sup>.

Segundo pensamos, o direito ao esquecimento mostra-se como um novo direito da personalidade, autônomo e, bem por isso, detentor de objeto jurídico de proteção distinto, qual seja, a memória individual. Tanto é assim que tal proteção, por via reversa, é o que possibilita o próprio direito a ser esquecido, englobando a guarda de outros direitos da personalidade (imagem, honra e privacidade) ao limitar a informação.

---

<sup>10</sup> BULOS, Uadi. Curso de direito constitucional. Cap.13 Direitos e Garantias Fundamentais. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf). Acesso em: 27 mar.2019.

<sup>11</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 137. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-exercicio-da-liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais-0>. Acesso em: 27 mar.2019.

Ao discorrer sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que:

Não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas [da dignidade da pessoa humana]: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passa a exigir uma consideração positiva. Evidentemente, não se restringe tal concepção ao momento patológico, ao momento da reparação de dano já causado, mas põe-se a serviço da proteção e da promoção humana em todas as suas relações<sup>12</sup>.

Não há que se falar em qualquer impeditivo em reconhecer-se o direito ao esquecimento como efetivo direito da personalidade, mesmo que não haja previsão expressa nesse sentido, até porque os direitos da personalidade encontram proteção na própria dignidade da pessoa humana.

### 1.3.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

É de clareza solar a colidência entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, de imprensa e informação. No que concerne à prevalência entre ambos diante do caso concreto, a discussão não é (e nem poderia ser) pacífica.

Milena Felizola aduz existirem duas correntes:

A primeira corrente entende que o direito ao esquecimento é infraconstitucional na medida em que viola a liberdade de expressão, manifestação e de imprensa, estabelecendo-se a censura. Sob o argumento de que “não se pode apagar a história”, se uma pessoa fez algo errado na vida que hoje a envergonha, tais implicações

<sup>12</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDFXXvmi=onhVjgciHNWEsMwMthFg53KkwxNNLPTaeb6zrjRa8OPBBno6F4mL7875HUTsLND00Kzs5qEdgtPRSexzilkquswcoqFafjag5JJabnorSekLsjlMGGebaLnzd4KtnUKtFtFRS4kMjFzMZUAGCORNAgmOk7iJ33dJxSBrxVehCO4CKEimtaa5qxTLGduKgJtPC6hA2wREmWg7CAu6KFce6xVktGBearRgKrjikZFigMVQh2CxfOdlM9HhPiv1Lni>. Acesso em: 27 mar. 2019.

seriam mera consequência de seus fatos. Em sentido contrário, a outra corrente, sustenta que não se trata de “apagar os erros do passado”, mas do direito de ser deixado em paz. Argumentam que pessoas foram condenadas pelo Judiciário e já cumpriram sua pena ou que cometeram um ato no passado pelo qual já sofreram a devida exposição ou sanção social à época não poderiam ser eternamente condenados no mundo virtual ou pela imprensa. [...] Para tal vertente, a liberdade de expressão não pode violar direitos de personalidade, a privacidade ou vida íntima da pessoa, pondo em risco sua integridade física e psíquica<sup>13</sup>.

Dentre os que defendem a prevalência ao direito ao esquecimento, parcela com a qual fazemos coro, Nayara Toscano de Brito Pereira afirma que:

Aceitar o direito ao esquecimento é, em suma, reconhecer que não se pode perpetuar informações sobre os indivíduos, mesmo que se tratem de informações verdadeiras e positivas, independentemente de terem sido notórias ou não, concedendo-lhes a prerrogativa de optarem se tais fatos serão expostos e de qual forma<sup>14</sup>.

A corrente contrária, por sua vez, fundamenta a oposição no eventual desencadeamento de riscos oriundos do reconhecimento irrestrito do direito ao esquecimento, a exemplo de Daniel Sarmento:

A afirmação do direito ao esquecimento, com a amplitude que lhe deram as decisões do STJ, tem, portanto, grave impacto sobre as liberdades comunicativas. Ela pode comprometer o acesso à informação de interesse público, prejudicar gravemente a nossa capacidade de pesquisar e discutir a História, de cultivar nossa memória coletiva, de esclarecer e dar publicidade a fatos terríveis da trajetória do país. Especialmente porque, pela generalidade com que está sendo concebido, o “direito ao esquecimento” certamente dará margem a decisões exorbitantes, inibindo os

---

<sup>13</sup> FELIZOLA, Milena Britto. Os direitos humanos e o direito ao esquecimento: a preservação da privacidade no tempo. In: SOUZA, Wilson Alves de; RABINOVICHBERKMAN, Ricardo (coords.). Derechos fundamentales, ambiente y sociedad: estudios en homenaje a la Profesora Dra. Marta Biagi. Salvador: Dois de Julho, 2015. p. 55. Disponível em: [http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/fernanda\\_boldrini\\_2016\\_2.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/fernanda_boldrini_2016_2.pdf). Acesso em 27 mar. 2019.

<sup>14</sup> PEREIRA, Nayara Toscano de Brito. Direito ao esquecimento: o exercício de (re)pensar o direito na sociedade da informação contemporânea e as peculiaridades do debate entre o direito civil e a constituição. p. 76. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad5db5924e3e97ed>. Acesso em: 20 mar. 2019.

indivíduos e veículos de comunicação a pesquisarem, divulgarem e discutirem fatos passados, pelo temor de responsabilização, especialmente quando tais acontecimentos projetarem sombras sobre a reputação de pessoas poderosas. Assim, os discutíveis ganhos à proteção da personalidade certamente não compensam tamanho impacto sobre as liberdades de expressão, imprensa e informação, valoradas com o peso que lhes confere a sua posição preferencial no sistema constitucional.(...) Não bastasse, cumpre considerar os riscos – muito elevados no nosso cenário de grandes assimetrias sociais – de apropriação do discurso do “direito ao esquecimento” em favor da manutenção de um indevido manto de opacidade sobre os desmandos e atos reprováveis dos “donos do poder”, em detrimento do controle social e da crítica pública sobre os seus atos <sup>15</sup>.

Em linhas gerais, a análise do caso concreto deverá ponderar a eventual preservação da memória coletiva (em homenagem à liberdade de expressão, de imprensa e informação) e a aspiração do indivíduo ao esquecimento.

---

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer divulgado no ano de 2015, relativo ao Recurso Extraordinário com Agravo 833.248/RJ. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

## 2. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ALEMANHA: ANÁLISE DO CASO *LEBACH*

Conforme expusemos brevemente no capítulo anterior, o caso *Lebach*, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Alemão, guarda relação com um crime brutal datado de 1969, ocasião em que quatro soldados que guardavam um depósito de munição acabaram assassinados. Consta que, dos principais acusados, dois acabaram sentenciados à prisão perpétua, enquanto que um terceiro foi condenado a seis anos de reclusão.

Fato é que, passados quatro anos do ocorrido, o canal alemão *Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)* achou por bem produzir um documentário sobre o caso, cuja apresentação veio a calhar com a data em que o terceiro condenado seria posto em liberdade por conta do cumprimento proporcional da pena a que foi sentenciado.

Tem-se como emblemático o julgamento em questão, na medida em que o condenado, ao pleitear em juízo que o documentário não fosse veiculado, o fez embasado no direito ao esquecimento, particularmente na potencial dificuldade de seu reingresso no meio social.

A fundamentação utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão ao analisar o caso é o que traduz seu maior componente de singularidade. Vale dizer que, em sede de liminar, aquela Corte determinou que a rede de televisão responsável pela produção do documentário (*ZDF*) se abstinhasse de transmiti-lo, caso a imagem ou mesmo o nome do condenado acabassem expostos, fundamentando a decisão no denominado direito ao desenvolvimento previsto na Constituição alemã.

Percebe-se que, com base em previsão análoga à presunção constitucional de ressocialização prevista em nosso ordenamento pátrio (utilizada, aliás, pelo STJ para fundamentar o julgamento do REsp n. 1.334.097/RJ, cujo pano de fundo fora a Chacina da Candelária), a Corte alemã ponderou que, em se tratando de episódio fulminado pelo transcurso do tempo, acarretando na indubitável perda do interesse público na veiculação do programa, o direito à informação deveria ceder lugar ao direito à ressocialização, mesmo diante de episódio cuja historicidade na nação alemã era ainda latente.

Pela via transversa, nos mesmos moldes em que chancelado pelo STJ quando do julgamento do REsp n. 1.334.097/RJ, consolidou-se que o interesse público à

informação, apesar de ter prevalecido num primeiro momento face aos direitos de personalidade do condenado, muito por conta da repercussão gerada pelo crime em toda a Alemanha, tal situação, passados alguns anos do ocorrido, se subjazia em prol dos direitos individuais de personalidade, desenvolvimento e ressocialização do indivíduo, pois, do contrário, haveria uma dupla punição ao condenado (aquela já aplicada pela Justiça Pública e, por seu turno, aquela oriunda do meio social diante do documentário televisionado).

Em análise do julgado, Robert Alexy esclarece que:

Un ejemplo lo ofrece el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán, en el que se trataba de una información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo actual, sobre un delito grave, emitida poco antes de la excarcelación del autor . La argumentación del tribunal se desarrolla en tres niveles. En el primer nivel constata una colisión entre la protección fundamental e igual de la personalidad y la libertad de información. En el segundo nivel establece que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre un delito grave, existe una prioridad de principio o prima facie en favor de la libertad de información. En el tercer nivel decide finalmente que bajo cuatro condiciones que se dan en el caso Lebach, a saber, una 1) información televisiva repetida, 2) no amparada ya por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor, la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de información <sup>16</sup>.

Ora, o caso *Lebach* traduz que a incursão no campo do direito ao esquecimento implica necessariamente em depararmo-nos com a colidência de princípios protegidos fielmente pela Carta Magna, os quais, a depender do caso concreto, despontarão e prevalecerão uns sobre os outros, pela própria sistemática do sistema constitucional.

Não há, frise-se, hierarquia entre princípios, mas a necessidade de relativizá-los salutarmente caso a caso. O reconhecimento individual do direito ao esquecimento em homenagem aos direitos da personalidade (honra, privacidade, intimidade e imagem – os quais, conforme sublinhamos anteriormente, emergem da própria proteção à dignidade da pessoa humana) eventualmente se sobressairá aos direitos à liberdade de expressão,

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. Sistemas jurídicos, Principios jurídicos y Razón práctica. Doxa, v. 5, 1988, p. 149-151. Disponível em: <https://docplayer.com.br/57827338-Xxv-congresso-do-conpedi-curitiba.html>. Acesso em: 26 mar.2019.

informação e imprensa e vice-versa, isso pela própria escolha do constituinte em proteger valores antagonizantes, como de praxe nas sociedades modernas.

Em um primeiro momento, é fato, a impressão é a de estarmos diante de direitos absolutos, mas, na seara dos direitos fundamentais, sempre existirá a definição do que se protege de imediato e do que poderá ser passível de alguma restrição *a posteriori*.

Nesse compasso, Alexy pontua que:

Se os interesses da coletividade tem, a partir da perspectiva do direito constitucional, um peso maior que o da proteção da configuração privada, então esses interesses suplantam necessariamente essa proteção. Se eles tiverem um peso maior a partir de alguma outra perspectiva, não podem suplantar a proteção, que, em virtude da Constituição, é obrigatória, e não importa, aqui, se se pressupõe uma teoria absoluta ou teoria relativa. Disso decorre que uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem, mas apenas que não existem razões mais importantes. Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida correta. No entanto, ela está correta justamente na medida em que se apoia na teoria relativa. (...) quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente. (...) Há condições sobre as quais é possível afirmar que nenhum princípio colidente prevalecerá<sup>17</sup>.

Conclui-se que tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência necessitam ponderar interesses e valores quando diante de conflitos entre normas que detém o mesmo patamar constitucional, caso dos direitos fundamentais à honra, à privacidade à intimidade e à informação. A ponderação visa avaliar os bens protegidos e definir eventual prevalência, partindo sempre de uma análise sistemática do ordenamento constitucional e das particularidades do caso concreto.

---

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros, 2008, p. 300-301. Disponível em: <https://docplayer.com.br/57827338-Xxv-congresso-do-conpedi-curitiba.html>. Acesso em: 26 mar.2019.

### 3. DIREITO PENAL DO AUTOR

É cediço não haver consenso na doutrina penal moderna com relação à conceituação de direito penal do autor. Em linhas gerais, o instituto implica em reconhecer-se que as características da personalidade e o modo de ser do criminoso são as determinantes do delito, ou seja, eventual sanção justificar-se-ia não pelo ato em si praticado, mas pelos traços pessoais do indivíduo e pelo que carrega em seu âmago.

Nesse sentido, a amparar a aplicação do instituto, surge a absurda concepção do “tipo criminoso”, aquele cuja personalidade e comportamento social trariam consigo indicativos de um perfil tendencioso à prática criminosa, razão pela qual deveriam ser segregados do meio social, independentemente de terem cometido eventual delito.

Ora, em síntese, “o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoa”<sup>18</sup>, ou seja, o ente criminoso seria, por essência, indivíduo inferior.

Nas palavras de Zaffaroni:

Um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação<sup>19</sup>.

Complementa Roxin:

Um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um Direito penal do fato. E quando o Estado de Direito comete a ousadia de pretender sancionar seus súditos pelo que são, assume feição teocrática. Com isso, logra construir uma conexão punitiva desde

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro - I. 2. ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 131. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 119-120. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

o delito em forma de periculosidade espiritualizada: substitui ao estado perigoso pelo estado de pecado penal<sup>20</sup>.

Bem por isso que, em consonância com o princípio da culpabilidade e com fundamentos basilares do estado democrático de direito, o direito penal do autor não encontra mais guarida na doutrina e ordenamento modernos, cedendo espaço ao direito penal do fato, instituto que se contrapõe totalmente à ideologia sobre a qual discorreremos até aqui, na medida em que não admite culpabilidade genérica, mas apenas aquela derivada de um ato criminoso definido.

### **3.1 COMPARATIVO ENTRE DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO**

A patente contraposição entre os institutos do direito penal do autor e do direito penal do fato funda-se, sobretudo, na principiologia embasadora de um estado democrático direito.

Nos moldes do que emana da atual Carta Magna, o princípio da culpabilidade recebe sustentáculo constitucional, do que decorre a premissa fundamental de inadmissão de qualquer resquício de aplicação do direito penal do autor, ou seja, eventual responsabilização criminal deve necessariamente decorrer de um ato concreto praticado, jamais de um juízo sobre a personalidade do autor.

A divergência fundamental entre os conceitos encontra voz na doutrina de Zaffaroni-Alagia-Slokar:

“O Direito penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente

---

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 177. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

responsável (pessoa) ao qual se lhe pode reprovar e, portanto, retribuir-lhe o mal na medida da culpabilidade (da autonomia de vontade com que atuou) <sup>21</sup>”.

Ao reconhecer-se a culpabilidade lastreada no modo de ser ou agir de determinado indivíduo e em sua personalidade e comportamento social tendentes, em tese, à prática delitativa, haveria afronta inigualável à própria dignidade da pessoa humana, sendo certo que deste último decorre a própria principiologia da culpabilidade, nos moldes em que concebida pela atual constituição.

Não olvidamos que, ainda nos dias atuais, é penosa a tarefa de promover o total afastamento da ideologia sobre a qual o direito penal do autor fora alicerçado, até porque permanecem resquícios no atual ordenamento que remetem o operador do direito ao teratológico instituto.

O próprio Código Penal em vigor, ao prever em seu artigo 59 as chamadas circunstâncias judiciais empregadas na dosimetria da pena-base do acusado, traz consigo critérios que corroboram vestígios de um direito penal do autor, mormente porque as circunstâncias elencadas no dispositivo mencionado, na medida em que não possuem efetiva definição legal (por isso mesmo recebem a denominação de “judiciais”), terão em sua análise e aplicação o componente de subjetividade do julgador.

Dentre as circunstâncias judiciais previstas no mencionado tipo penal, a denominada “conduta social do agente” é, segundo pensamos, aquela que guarda consigo o mais patente fragmento de um direito penal do autor no atual ordenamento, em evidente afronta ao princípio da culpabilidade, pois é incontroverso que as balizas perseguidas pelo julgador na definição de uma conduta social que mereça ou desmereça o acusado não se desvencilham de estereótipos pré-concebidos socialmente, a saber:

A vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afetividade do mesmo para com os membros que integram a sua família, ou o desprezo e indiferença que nutre por seus parentes; o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas do seu bairro ou da sua cidade, bem como o índice de rejeição de que desfruta entre os que o conhecem socialmente; o seu entretenimento predileto (...)

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 66. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito e freqüenta, com habitualidade, locais de concentração de delinqüentes, casas de tolerância, lupanares ou congêneres; o seu grau de escolaridade, tal como a assiduidade e a abnegação pelo estudo ou o desinteresse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar <sup>22</sup>.

O que se deveria buscar é um maior distanciamento de previsões legais como a contida no artigo 59, do Código Penal. Não que, por crença ilusória, o ordenamento venha a traduzir eventualmente uma realidade liberta de qualquer resquício atinente ao direito penal do autor, até porque, como ciência humana que é, a ciência jurídica jamais se distanciará ou deixará de refletir o comportamento social em si.

Nestes termos, observa Zaffaroni-Pierangeli:

Sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de filtros fazem com que o direito penal de ato não se realize plenamente em nenhum país. Sem embargo, uma coisa é constatar esse dado de realidade e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só não tratem de conter ou controlar a deformação do direito penal de ato pela prática do sistema, como também constituam verdadeiras racionalizações justificantes de tais práticas <sup>23</sup>.

Ocorre que o reflexo da atividade social deve culminar, sobretudo, na chancela de sua evolução através do abandono de ideologias arcaicas, negligentes com o ser humano e desrespeitosas para com sua dignidade, em prevalência a institutos como o direito penal do fato.

---

<sup>22</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Sentença Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 74. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal,56240.html>. Acesso em: 27 mar.2019.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 124. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 27 mar.2019.

## **3.2 PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DA PREVALÊNCIA DO DIREITO PENAL DO FATO**

A atual Carta Magna, de índole estritamente garantista, inovou na previsão de vastos direitos e garantias fundamentais, mormente o próprio texto constitucional, ao prever, em seu artigo 1º, os fundamentos da República, traz expressamente em seu inciso III a dignidade da pessoa humana.

Como vastamente exposto até agora, a prevalência de institutos como o do direito penal do fato emerge principalmente da atual principiologia constitucional, cujo fundamento principal e pedra basilar é a dignidade da pessoa humana.

O próprio direito ao esquecimento, ao pretender eliminar o conteúdo informativo relacionado ao histórico de determinado indivíduo, mormente, conforme falado, por ocasião de tais informações não mais possuírem qualquer utilidade pública, significando apenas a procrastinação de uma mazela pessoal, é um reconhecimento evidente da dignidade da pessoa humana.

### **3.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Na doutrina de Humberto Alcalá Nogueira, encontra-se a seguinte definição para o princípio em questão:

A dignidade humana é uma qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável de todo e a qualquer ser humano, constituindo um elemento que qualifica ao indivíduo em quanto tal, sendo uma qualidade integrante e irrenunciável da condição humana. Ela é assegurada, respeitada, garantida e promovida pela ordem jurídica estatal e internacional, sem que possa ser retirada de alguma pessoa pelo ordenamento jurídico, sendo inerente a sua natureza humana, ela não desaparece por mais baixa e vil que seja a pessoa em sua conduta e fatos <sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> NOGUEIRA, Alcalá Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia". Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile. 2003, p.1. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf). Acesso em: 27 mar. 2019.

Ao adentrarmos na análise do princípio em questão, no que toca precipuamente à sua contribuição na prevalência a um direito penal do fato, necessário se faz apegarmo-nos à própria condição humana traduzida na diferença: todo e qualquer ser humano é, por concepção, único.

Ora, se a diferença reside na própria constituição genética do indivíduo, não causa espanto que, somado a isso, ao ser inserido no meio social, o ser humano siga adquirindo nuances próprias, decorrentes da própria experimentação da vida em sociedade, a qual encarregar-se-á de impor contornos particulares a cada qual de nós.

Não há dúvida, pois, da vasta influência exercida pelo meio social nos indivíduos, sendo certo que, muitas das condições sociais, de uma forma ou de outra, são nitidamente impostas a determinados seres humanos, seja pela carga histórica de seus antepassados (etnia, credo, origem), seja pela classe social em que nasceram.

A prevalência do direito penal do fato, ao embasar-se na dignidade da pessoa humana, o faz precipuamente em respeito às diferenças que permeiam todos os indivíduos, não havendo sentido na punição fundada em qualquer traço, estereótipo social ou traço de personalidade, pois, como dito, muitos dos comportamentos “reprováveis” foram sobejamente impostos ao indivíduo de acordo com a experimentação social por ele registrada e, por infortúnio, vão de encontro ao regramento “aceito” socialmente.

Ao discorrer sobre o tema, Ferrajoli aduz que:

A sanção penal, da mesma forma, não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais. Assim como a previsão legal e a aplicação judiciária da pena não devem servir nem para sancionar nem para individualizar a imoralidade, também a sua execução não deve tender à transformação moral do condenado. O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 208.

Em complemento, Bittencourt assinala que:

O status pessoal ou profissional do autor, sua condição particular, a função que exerce na coletividade, que, aliás, não tem nenhuma relação com o fato delituoso desemboca em uma orientação identificada com o mais autêntico direito penal de autor. (...) Quer dizer, julga-se pelo que o indivíduo é e não pelo que faz, como um verdadeiro “direito penal do inimigo”, que, de uma forma discriminatória, distingue entre “cidadãos” e “inimigos”, tratando-se, com efeito, da desconsideração de determinada “classe de cidadãos” como portadores de direitos não iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle formal, violando o sagrado princípio da igualdade<sup>26</sup>.

Eventual autorização quanto à punição do indivíduo por traços de sua personalidade ou mesmo pela conduta mantida socialmente atentam contra a própria concepção do “ser social”, cujas experiências (muitas delas impostas pelo meio em que vive) compõe e seguirão compondo sua identidade e individualidade, ferindo, em última análise, sua dignidade.

### **3.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

No que pertine ao Princípio da Legalidade, a previsão oriunda do texto constitucional (artigo 5º, XXXIX da CF/88), bem como do próprio do Código Penal (Art. 1º), denota a importância de seus preceitos na própria composição do estado democrático de direito, por obstar que a interveniência estatal atente contra a liberdade individual sem limites previamente estabelecidos.

Em outras palavras, o comportamento humano que será objeto de reprovação e punição pelo Estado deve necessariamente encontrar previsão legal expressa e prévia ao ocorrido.

Rogério Greco assinala que:

---

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 632-633.

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas <sup>27</sup>.

Bittencourt, por sua vez, assim esclarece:

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal por meio da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça; somente os regimes totalitários o têm negado <sup>28</sup>.

É dizer que o Estado detém, sim, o poder de punir, mas não se trata de prerrogativa absoluta, sendo certo que eventual punição deve necessariamente decorrer de comportamento cuja reprovabilidade encontre expressa e prévia guarida na legislação.

Não há que se falar em legitimidade na repressão de conduta não prevista em lei.

Marília Almeida Rodrigues Lima assinala que:

Para uma ação humana ser um crime, é necessária a presença de todos os elementos constitutivos deste. Em primeiro lugar, a existência de seu ajuste perfeito a uma descrição delituosa contida na lei penal, a tipicidade. Deve haver previsão legal do delito. Não obstante, para ocorrer efetiva tipicidade, a conduta humana deve, também, ser materialmente ofensiva ou perigosa ao bem jurídico tutelado, ou ética e

---

<sup>27</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 104. Disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_fevereiro2006/discente/disc\\_04.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2006/discente/disc_04.doc). Acesso em: 27 mar.2019.

<sup>28</sup> BITENCOURT, César Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 02. Disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_fevereiro2006/discente/disc\\_04.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2006/discente/disc_04.doc). Acesso em: 27 mar.2019.

socialmente reprovável. Não basta a subsunção do comportamento a uma norma incriminadora. Ações toleradas pela coletividade ou causadoras de danos desprezíveis ao bem protegido não se abrangem pelo tipo legal do crime <sup>29</sup>.

É nesse sentido que não se pode conceber compatibilidade entre o direito penal do autor e o princípio da legalidade, na medida em que aquele autoriza, por sua essência, que o poder de punir emane do Estado independentemente da prévia e expressa previsão legislativa, já que o que se pune não é o fato que se amolda ao texto legal, mas sim a natureza do indivíduo, seus traços de personalidade.

Já que o criminoso, nos termos do que emana do direito penal do autor, é assim caracterizado por sua essência, ou seja, pelo que é, pouco importando o que efetivamente fez, fica prescindida a necessidade de uma lei prévia que reprove determinado comportamento.

Bem por isso que o princípio da legalidade também ampara a aplicação do direito penal do fato.

### **3.2.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE**

Também no tocante a este princípio, fica clara a homenagem a um direito penal do fato em detrimento àquele do autor, principalmente porque o conceito do princípio da lesividade remonta ao período de ruptura entre a moralidade e o direito em si.

Vê-se que a evolução social demandou da ciência jurídica o reconhecimento de que comportamentos legalmente defesos seriam apenas os que lesionassem efetivamente direito de outrem, expurgando a possibilidade de que as condutas tidas como tão somente imorais não fossem passíveis de reprovação.

A necessidade de atuação estatal é relativizada pela própria aceitação de comportamentos indiferentes à tutela penal, pois não implicam em risco à convivência social. Em outras palavras, não haveria sentido na punição de uma conduta, com a consequente

---

<sup>29</sup> LIMA, Maria Almeida Rodrigues. A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação e da insignificância. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/949/a-exclusao-da-tipicidade-penal-principios-da-adequacao-social-e-da-insignificancia>. Acesso em 27 mar.2019.

aplicação de pena e cerceamento de liberdades individuais, se o bem protegido pela norma não é fulminado através do comportamento registrado ou sequer é digno de tutela pelo Estado.

Aduz Alexandre Ayub Dargél que:

Os critérios - para que se determine uma maior proteção dos bens jurídicos, com um mínimo necessário de proibições e penas - são, segundo FERRAJOLI, quatro: a) só serão penalmente relevantes os ataques a bens jurídicos fundamentais; ressaltando-se que o dano ou o perigo de dano deve ser verificável a partir das características de um comportamento concreto proibido. Esclarecendo, deve-se apenas considerar como passível de proteção penal o bem jurídico que tiver um valor maior do que aquele bem solapado pela aplicação da pena; b) se, efetivamente, há a exigência da lesividade do resultado para que se possa levar a efeito uma punição, considerando-se como essencial para a configuração do delito a concreção do dano ou do perigo ao bem jurídico tutelado; c) o terceiro critério para a averiguação de um direito penal garantista é o da efetividade do princípio da lesividade no sistema penal, impedindo-se o aumento dos bens jurídicos penais. Deve, da mesma forma, em um direito penal mínimo, haver uma objetividade na eleição de bens jurídicos a serem penalmente tutelados; nas palavras de FERRAJOLI, ao se referir à situação do direito penal italiano - que muito se assemelha à do brasileiro - se há producido una ampliación indeterminista del campo de lo designable como bienes tutelados, a través de la utilización de términos vagos, imprecisos o, lo que es peor, valorativos...d) por fim, a derradeira questão acerca da existência de um direito penal mínimo é a da efetividade do direito penal na proteção dos bens jurídicos protegidos em lei <sup>30</sup>.

Em outras palavras, a vedação que emana do princípio da lesividade é a de que se eleve à condição de crime qualquer conduta fundada apenas no eventual perigo gerado à sociedade, decorrente tão somente da condição humana do indivíduo, pois atrair a atuação do direito penal sem concretude e efetiva lesão a um bem jurídico implicaria necessariamente na aceitação de um direito penal do autor.

---

<sup>30</sup> DARGÉL, Alexandre Ayub. Princípio da Lesividade, Garantismo e Direito Penal Mínimo. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2002\\_104.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2002_104.pdf). Acesso em: 27 mar.2019.

### 3.2.4 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Por derradeiro, chega-se ao princípio que, segundo pensamos, embasa a essência do reconhecimento do direito penal do fato.

Pelo princípio da culpabilidade, tem-se que a aplicação de uma reprimenda só alcança legitimidade quando a conduta decorrer de efetiva reprovabilidade subjetiva (pautada em dolo ou culpa), sendo rechaçada no âmbito do direito penal qualquer responsabilização objetiva. A culpabilidade, pois, limita a devolutiva estatal na aplicação do preceito sancionador.

É dizer que não se admite que o agente venha a ser responsabilizado com base apenas no resultado produzido, devendo-se, antes, avaliar o intento do indivíduo na perpetração da conduta (seja ela culposa ou dolosa).

A culpa, então, será atestada quando presente a efetiva intenção do indivíduo em alcançar certo resultado ou ao menos que tenha o mesmo faltado na adoção de cautelas que lhe pudessem ser exigidas:

Deve ser observado que a culpabilidade gera três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena <sup>31</sup>.

Conforme já delineado no presente trabalho, o princípio da culpabilidade encontra proteção constitucional por decorrer do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo, segundo pensamos, de estar diretamente atrelado à presunção de inocência, já que a culpa da qual o agente foi imbuído na perpetração da conduta deverá ser comprovada, antes do que o indivíduo será sempre presumido inocente.

No que toca ao paralelo com o direito penal do fato e sua prevalência, a culpabilidade implica necessariamente na avaliação da capacidade do indivíduo em

---

<sup>31</sup> LIMA, Camila Mota de Oliveira. O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 27 mar.2019.

autodeterminar-se, ou seja, não se comporta eventual punição do agente se comprovada sua impossibilidade em agir sã e conscientemente como agiu. Fosse outra a realidade em nosso ordenamento, em consonância com o direito penal do autor, a ponderação quanto à capacidade de autodeterminação do agente seria deixada de lado e cederia espaço ao aparente traço de personalidade ou inadequação social do mesmo.

Nas palavras de Bittencourt:

O livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão na construção moderna do conceito de culpabilidade e, por isso mesmo, é o grande responsável pela sua atual crise<sup>32</sup>.

Dessa forma, fica clara a opção do legislador em admitir a reprovação de eventual conduta com base na análise de elementos de ordem estritamente subjetiva, impossibilitando a responsabilização penal de ordem objetiva:

A culpabilidade recai sobre o agente, sobre o comportamento humano que realiza um fato-crime. Coloca-se a tônica no fato do agente, não no agente do fato. Apoiase esta concepção da culpabilidade na constatação empírica, pragmática, de que o agente, sendo dotado de certa capacidade de compreensão e de escolha, é culpável por um fato ilícito, na medida em que concretiza o injusto, podendo, nas circunstâncias, ter agido de outro modo<sup>33</sup>.

Complementa Zaffaroni-Pierangeli:

A personalidade do homem integra-se com caracteres adquiridos com vivência ou condutas anteriores, mas também com caracteres herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Uma reprovação da personalidade

---

<sup>32</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 1: parte geral. Ed.17º (Edição Digital). São Paulo: Saraiva. 2012, p. 378. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>33</sup> TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. Princípios Básicos de Direito Penal. Ed. 5º. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 235. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 27 mar. 2019.

implica uma reprovação de uma carga genética, isto é, uma reprovação de algo que é absolutamente estranho a qualquer conduta do sujeito <sup>34</sup>.

Diante da inadmissão de eventual punição ou juízo de reprovação oriundos apenas da personalidade e do modo de ser do indivíduo, observa-se a chancela constitucional e penal do direito penal do fato com base no princípio da culpabilidade.

---

<sup>34</sup> PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. Ed. 2ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 610.

#### **4. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO.**

A incursão na temática proposta até aqui nos permite avançar para o derradeiro capítulo da presente monografia, que se volta a uma análise mais atual do direito ao esquecimento, focada nas peculiaridades e aplicações do instituto no presente estágio social, denominado de “era da informação”.

Nesse compasso, importante trazer à colação julgado recente do Superior Tribunal de Justiça relacionado ao tema, pois a fundamentação utilizada pela Corte no episódio sedimenta o entendimento atual existente, ao passo em que demonstra o ponto de discordância na prevalência do instituto do direito ao esquecimento quando em aparente colisão com outros direitos fundamentais.

##### **4.1 ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.660.168/RJ – STJ**

Por oportuno, colacionamos logo no intróito a ementa do acórdão a ser abordado no presente tópico:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA . NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET . PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre

convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente Documento: 83459361 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 05/06/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. 7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. 8. O arbitramento de multa diária deve ser revisto sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos. 9. Recursos especiais parcialmente providos.

No julgamento, em linhas gerais, a 3ª Turma do STJ determinou que sítios virtuais de busca online sistematizassem ferramentas (filtros) que desvinculassem o nome de uma Promotora de Justiça do Rio de Janeiro de conteúdos atinentes a uma suposta fraude havida em concurso público de ingresso para a carreira da magistratura daquele mesmo Estado. A alegação da Promotora, que inclusive não foi aprovada no certame investigado, era no sentido de que, passados anos do episódio que a envolveu e após cancelada pelo CNJ a

lisura do certame investigado, ainda sofria ataques à sua dignidade com a vinculação direta dos resultados de buscas feitas em seu nome às reportagens alusivas à fraude <sup>35</sup>.

O caso foi relatado pela ministra Nancy Andrighi, cujo voto restou vencido em prevalência do posicionamento externado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze. A contraposição de entendimentos, contudo, por enriquecer a temática objeto do presente trabalho, é que integrará os trechos seguintes.

Pois bem, a Ministra Relatora adentra em seu voto vários precedentes daquela corte, dentre os quais:

Em situação muito semelhante à hipótese dos autos, envolvendo uma empresária que pleiteava a instalação de filtros na aplicação de buscas de uma das recorrentes para excluir resultados que mostrassem sua aparição como modelo em uma revista masculina publicada há muito tempo, esta Terceira Turma do STJ afirmou que “os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão”, conforme a ementa abaixo transcrita: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido. (AgInt no REsp 1593873/SP, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016). Apesar de se reconhecer o direito ao esquecimento, em situações bem particulares, o ordenamento jurídico pátrio não permite imputar tal função ao

---

<sup>35</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/stj-obriga-sites-busca-filtrar-resultados-promotora>. Acesso em 27 mar.2019.

provedor de aplicação de buscas, sob o risco de torná-lo um verdadeiro censor digital, conforme será demonstrado a seguir <sup>36</sup>

A Ministra ainda deixa consignado que:

Os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema. Por outro lado, tem-se que a filtragem de conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não é uma atividade intrínseca ao serviço prestado, afastando-se a aplicação do art. 14 do CDC. Novamente, como julgado no REsp 1.316.921/RJ: Como bem descreve a recorrente na inicial do agravo de instrumento, o mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 03 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado. Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na web sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito. Além disso, os resultados apresentados pelos buscadores nada mais são que outros sites ou recursos da Internet, que ali se encontram de forma pública, isto é, independentemente do provedor de busca. Esses sites ou recursos sofrem atualizações de forma constante e ininterrupta. Mesmo com a existência de diversos mecanismos de filtragem do conteúdo da Internet, na maioria das vezes é inviável ao provedor da busca exercer alguma forma controle sobre os resultados da busca. Isso porque é problemática a definição de critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página <sup>37</sup>.

Em síntese, a Relatora inadmitiu ser possível imputar aos provedores de pesquisa (que não dispõe, de fato, do conteúdo informativo em si, mas apenas retornam as buscas solicitadas pelos usuários, indexando os resultados) a responsabilidade em proceder

---

<sup>36</sup> STJ, REsp n 1.660.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 08/05/2018, DJe 05/06/2018. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75610222&num\\_registro=201402917771&data=20180605&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75610222&num_registro=201402917771&data=20180605&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 27 mar.2019.

<sup>37</sup> Idem

com a retirada do domínio público de determinada informação, não havendo previsão nesse sentido na legislação de referência (Marco Civil da Internet) e acarretando, por seu turno, em risco de censura por parte daqueles provedores, em violação à liberdade de informação.

No que concerne ao voto-vencedor, de lavratura do Ministro Marco Aurélio Bellizze, percebe-se que a dissonância aventada guarda consigo maior riqueza temática e principiológica a contribuir com a abordagem proposta no presente trabalho.

De início, a divergência com o voto da relatora tem lugar na alegada ausência de fundamento legal a sustentar a responsabilidade dos provedores de pesquisa na retirada / restrição de determinado conteúdo do domínio público. Segundo o Ministro, a base legal encontraria guarida no próprio Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), ao estabelecer proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas em sua Seção II, do Capítulo II, sendo que este último, por seu turno, dedica-se às tratativas de provisão de conexão e de aplicações de Internet.

Com fundamento no artigo 11, do mencionado Diploma Legislativo, o Ministro pontua que de fato não há previsão legal que obrigue os provedores de busca quanto à retirada de informações inseridas por terceiros, mas que disso não pode decorrer formal impeditivo ao Judiciário em analisar eventuais casos concretos relacionados ao tema, mormente quando patente a irrazoabilidade na divulgação dos resultados que, muitas das vezes, não detém qualquer relevância pública e implicam apenas na mácula e exposição da imagem do indivíduo em sua esfera privada.

O Ministro avança e esclarece que a pretensão da recorrida é dotada de patente razoabilidade, na medida em que não visa obstar o aparecimento de todo e qualquer resultado de pesquisa atinente àquele episódio de fraude ou a casos análogos. Visa a recorrida exclusivamente a desvinculação de seu nome do conteúdo remissivo ao fato, justamente para impedir que eventual pesquisa com base em tal parâmetro (nome) traga como principais resultados da busca notícias de mais de dez anos atrás relacionadas ao episódio, sem qualquer relevância pública em sua divulgação, mas que acabam perenizando o fato desabonador e perpetuando a vinculação da recorrida ao mesmo, como se estivesse condenada a revivê-lo ao longo da vida.

Nesse compasso, ganha relevo a contraposição sobre a qual discorreremos mais acima, concernente à prevalência de um direito fundamental em relação a outro de patamar constitucional equivalente, ao reconhecer-se a aplicação do direito ao esquecimento.

Vê-se que o voto abordado expõe a colidência entre o direito de acesso à informação (de interesse eminentemente público) e o direito à privacidade e à imagem da recorrida (pautados em interesse individual), denotando a necessidade de prevalência destes últimos no episódio levado a julgamento, máxime porque, no caso concreto, não operou-se com a exclusão de toda e qualquer referência ao nome da recorrida da ferramenta de busca, nem mesmo quando formulada através do nome da recorrida em conjunto com expressões relacionadas à fraude. O óbice reconhecido foi apenas no tocante ao retorno de resultados que vinculem a recorrida ao fato depreciador do passado, quando utilizado seu nome como filtro exclusivo de busca.

Ao reconhecer a aplicação do direito ao esquecimento no caso vertente, em homenagem ao legítimo interesse individual da recorrida, conclui o Ministro seu voto no seguinte sentido:

Esse entendimento reforça a compreensão de que o direito ao esquecimento tutela a pretensão de se retornar ao estado de anonimato, do qual se foi retirado pela ocorrência ou notícia do fato desabonador, o que deve ser realizado, especialmente, quando não acarrete prejuízo à liberdade de expressão, à memória histórica e ao direito de informar (BRANCO, Sérgio. Memória e esquecimento na internet. Porto Alegre: Arquipélago editorial, 2017, p. 151). Por fim, quanto à tutela inibitória requerida, convém reconhecer que a providência judicialmente deferida é materialmente possível tanto que realizada pelos provedores de busca no território europeu, onde nem se exige a atuação do Estado como interveniente, admitindo-se a formulação direta de requerimento da pessoa cujos dados pessoais são atingidos, fato que foi amplamente noticiado na imprensa internacional <sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> STJ, REsp n 1.660.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 08/05/2018, DJe 05/06/2018. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83547256&num\\_registro=201402917771&data=20180605&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83547256&num_registro=201402917771&data=20180605&tipo=64&formato=PDF). Acesso em: 27 mar.2019.

## 4.2 A SOCIEDADE VIRTUAL E A DIFUSÃO EXCESSIVA DE INFORMAÇÕES

A sociedade atual vive indiscutivelmente seu apogeu digital. Não há como fechar os olhos para a imersão tecnológica a que somos submetidos cotidianamente.

A decorrência lógica da evolução dos dispositivos tecnológicos não deixa de ser a velocidade cada vez maior no compartilhamento de informações, muitas das vezes replicadas em uma proporção que escapa totalmente à nossa percepção. Fato é que a rapidez com que as informações são transportadas, além dos muitos benefícios gerados, pode também implicar no comprometimento da privacidade do indivíduo, decorrente da excessiva difusão de conteúdo informativo e pessoal.

Mencionada difusão restou possibilitada pelo avanço tecnológico dos dispositivos e formas de comunicação, encontrando na Internet seu maior expoente.

Nesse sentido, percebe-se que a rede mundial oportunizou a divulgação de um conteúdo cada vez maior no ambiente virtual, cuja temática alude à maioria dos campos da vida em sociedade: pessoal, profissional, familiar, financeiro, dentre outros.

No tocante ao conteúdo de ordem pessoal, a própria transitoriedade da vida implica, eventualmente, no intuito do indivíduo em operar com a remoção de certos arquivos e informações da rede.

Ora, se a remoção do conteúdo disponibilizado pelo próprio indivíduo no ambiente virtual ainda mostra-se mais factível, a exemplo de postagens feitas em redes sociais, igual sorte não assiste àquele cuja informação restou divulgada sem sua ciência ou autorização, seja o conteúdo de temática patentemente pessoal, seja a própria veiculação de notícias que, de uma forma ou de outra, remetem o indivíduo a determinado fato.

Não há dúvida de que o conteúdo pessoal, por essência, venha a expor de forma mais patente a privacidade do indivíduo através de sua veiculação, principalmente quando indevida, mas o conteúdo informativo ou documental, a depender do cenário, tem o condão de promover a exposição individual de forma tão desabonadora quanto no primeiro caso.

Talvez seja esse o grande gargalo existente na sociedade virtual: a velocidade na transmissão do conteúdo sem mensurar-se os riscos da divulgação desenfreada da informação que, uma vez disponibilizada no meio virtual, é impassível de controle.

Nesse cenário, o direito ao esquecimento, ao ter sido inquestionavelmente recepcionado pela Doutrina e Jurisprudência pátrias, é o instituto do qual os indivíduos lançam mão na tentativa de ver removido do ambiente virtual ou desvinculado de si conteúdo digno de mácula à sua imagem ou mesmo que fira de alguma forma sua privacidade ou esfera pessoal.

O instituto do direito ao esquecimento, em seu viés atinente à sociedade virtual, teve respaldo no atual ordenamento jurídico com a edição do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil:

ENUNCIADO 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados <sup>39</sup>.

As mazelas trazidas à privacidade pela evolução tecnológica e pela consequente rapidez na difusão de informações no ambiente virtual, culminando, muitas vezes, em imensurável desabono à imagem do indivíduo, encontra, segundo pensamos, acalento no direito ao esquecimento e no seu sedimentado reconhecimento pela doutrina e jurisprudência atuais.

Paulo José da Costa Júnior, em alusão crítica à sociedade virtual e à forma como a propagação da informação relativizou ou mesmo tolheu alguns direitos e garantias fundamentais, assinala que:

---

<sup>39</sup> Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 27 mar.2019.

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas<sup>40</sup>.

É nítido, pois, o movimento de relativização dos direitos de personalidade e do efetivo atentado à privacidade e intimidade, através da reverberação da política empregada na sociedade virtual, pautada pela velocidade na transmissão de conteúdo sem mensurar os riscos da divulgação desenfreada e irresponsável da informação.

### **4.3 A COEXISTÊNCIA DAS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO NA SOCIEDADE VIRTUAL**

Como mencionado acima, a sociedade depara-se atualmente com seu apogeu digital e completa imersão tecnológica, somados à patente evolução dos dispositivos eletrônicos e informáticos. Experimenta-se, como decorrência lógica de tal fato e da excessiva difusão do conteúdo informativo e pessoal, o comprometimento natural da privacidade do indivíduo.

O próprio aperfeiçoamento dos meandros da Internet móvel, o surgimento das redes sociais e a criação de bancos de dados em ambiente virtual, ao traduzirem a revolução tecnológica, apontam para uma realidade em que grande parte das informações e dados individuais encontram-se inseridos em locais invisíveis aos olhos, nas chamadas “nuvens”, ocasionando uma sensação de exposição pessoal frente à ditadura virtual.

Não há, repita-se, dúvida quanto aos benefícios trazidos pela era digital. A questão é saber até que ponto tal realidade não gera e continuará gerando prejuízo à

---

<sup>40</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-17

privacidade do indivíduo, bem como um anseio crescente de maior preservação da vida privada.

A coexistência das liberdades de informação e expressão, independentemente do estágio de desenvolvimento social, devem ser perseguidos, até por representarem enorme conquista ao indivíduo ao longo da batalha histórica pela consolidação do estado democrático de direito.

Nesse sentido, na era digital não se poderia conceber a trilha de caminho diverso, rumo à redução ou supressão de qualquer direito ou garantia fundamental conquistada.

No que toca precipuamente às liberdades de informação e expressão, enquanto pedras basilares do atual regramento constitucional (com previsão no artigo 5º, incisos XIV<sup>41</sup>, IV<sup>42</sup> e IX<sup>43</sup>, da Carta Magna), pensamos não só existir a possibilidade, mas a efetiva necessidade de que não sofram qualquer abalo ou supressão na sociedade atual.

A era digital jamais poderia traduzir maior acesso à informação e ao mesmo tempo macular a livre manifestação do pensamento e da comunicação por eventual temor de represália direcionada a quem os expressa.

Percebe-se, contudo, um movimento de redução (ainda que indireto) de tais liberdades, justamente porque a maior propagação e alcance da informação possibilitados pelo avanço digital e tecnológico implicam na conseqüente maior exposição do indivíduo e da forma como se expressa e pensa no ambiente virtual, possibilitando a análise e julgamento da informação por uma gama incontável de pessoas, muitas das quais impiedosas no compartilhamento maledicente e crítica direta do conteúdo, desestimulando a liberdade de expressão como um todo.

---

<sup>41</sup> CF. Art. 5º, XIV: É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 28 mar.2019.

<sup>42</sup> CF. Art. 5º, IV: É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 28 mar.2019.

<sup>43</sup> CF. Art. 5º, IX: É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 28 mar.2019.

Em linhas gerais, “eventuais lesões a direitos fundamentais na internet tendem a ser mais graves, diante do amplo leque de destinatários da informação e do prolongado tempo de exposição no ambiente cibernético”<sup>44</sup>.

No caso de o próprio indivíduo, justamente por ter feito valer seu direito à livre manifestação de pensamento e expressão, vir a arrepender-se de eventual conteúdo compartilhado em ambiente virtual, o qual acabou disseminado e compartilhado em proporções descontroladas, tem-se a adoção de medidas legais com vistas à remoção do conteúdo é medida de rigor, fundando-se o pleito, sobretudo, no direito ao esquecimento.

---

<sup>44</sup> SILVA, Lucas Gonçalves da; DETONI, Andrea Galvão Rocha. A proteção dos direitos fundamentais à luz da sociedade da informação. In: PORTELA, Irene (Dir.) O Direito Constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016, p. 612. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/2603>. Acesso em: 28 mar. 2019.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou conceituar o Direito ao Esquecimento, reconhecendo-o como instituto efetivado, por essência, na necessidade de se restringir o aspecto público conferido a certos fatos e informações, possibilitando aos indivíduos que veem seus direitos de personalidade atingidos pela reverberação de fatos desabonadores do passado, mormente aqueles sem qualquer resquício de interesse público envolto na sua divulgação, insurgirem-se contra tal situação, fazendo valer a tutela legítima de seu direito individual.

Por óbvio, diante de fatos e episódios históricos cujo interesse público na divulgação mereça prevalecer sobre qualquer interesse privado, o direito ao esquecimento cede espaço àquele da coletividade em acessar a informação, sendo certo que em tais casos a preservação e proteção à personalidade não justificariam o imensurável impacto e prejuízo às liberdades de expressão, imprensa e informação.

Pensamos, contudo, haver a necessidade de análise da presença do interesse público caso a caso. Apenas quando imprescindível de fato a divulgação da informação, em respeito à sua carga histórica e à memória coletiva, é que justifica-se o ônus e a violação ao direito de personalidade do particular.

Não olvidamos do quão fundamental é a liberdade de expressão na configuração de um estado democrático de direito propriamente dito, mas daí a concebê-la sem qualquer limitação, possibilitando que informações sem qualquer interesse público, desabonadoras e pretéritas possam circular indefinidamente, não soa nem de longe razoável.

Particularmente no que toca à esfera penal, a contraposição entre a liberdade de informação e o Direito ao Esquecimento de ex-detentos e também daqueles absolvidos em processo criminal (ressalvados, como já dito, delitos inapagáveis da memória coletiva e de relevante valor histórico), não há como não reconhecer a prevalência deste último, em homenagem à presunção legal e constitucional de ressocialização do indivíduo, renovando no ex-detento a esperança de não ter contra si a reverberação de seu passado desabonador no meio social ao qual tenta reajustar-se, bem como garantindo que seus antecedentes criminais não sejam valorados negativamente de forma eterna.

Parece-nos razoável concluir que o Direito ao Esquecimento preza por rechaçar a perenidade do estigma de criminoso, com a finalidade precípua de ressocializá-lo, impossibilitando que a condenação pretérita não se torne perpétua e persiga o indivíduo pelo resto de sua existência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistemas jurídicos, Princípios jurídicos y Razón práctica**. Doxa, v. 5, 1988. Disponível em: <https://docplayer.com.br/57827338-Xxv-congresso-do-conpedi-curitiba.html>. Acesso em: 26 mar.2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2008. Disponível em: <https://docplayer.com.br/57827338-Xxv-congresso-do-conpedi-curitiba.html>. Acesso em: 26 mar.2019.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal.56240.html>. Acesso em: 27 mar.2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. Disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_fevereiro2006/discente/disc\\_04.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2006/discente/disc_04.doc). Acesso em: 27 mar.2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, vol. 1: parte geral**. Ed.17º (Edição Digital). São Paulo: Saraiva. 2012. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDFXXvmi=onhVjgciHNWEsMwMthFg53KkWxNNLPTaeb6zrjRa8OPBBno6F4mL7875HUTsLND00Kzs5qEdgtPRSexzilkquswcoqFafjag5JJabnorSekLsjlMGGeb aLndz4KtnUKtFtFRS4kMjFzMZUAGCORNAgmOk7iJ33dJxSBrxVehCO4CKEimtaa5qxT LGduKgJtPC6hA2wREmWg7CAu6KfCce6xVktGBearRgKrjikZFigMVQh2CxfOdIM9HhPiv1Lni>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BULOS, Uadi. **Curso de direito constitucional**. Cap.13 Direitos e Garantias Fundamentais. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf). Acesso em: 27 mar.2019.

BVerfGE 35, 202, 05 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CARVALHO, Afonso. CUNHA, Marco. (2014). Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf). Acesso em 26 mar.2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DARGÉL, Alexandre Ayub. **Princípio da Lesividade, Garantismo e Direito Penal Mínimo**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%202\\_104.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%202_104.pdf). Acesso em: 27 mar.2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-exercicio-da-liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais-0>. Acesso em: 27 mar.2019.

FELIZOLA, Milena Britto. **Os direitos humanos e o direito ao esquecimento: a preservação da privacidade no tempo**. In: SOUZA, Wilson Alves de; RABINOVICHBERKMAN, Ricardo (coords.). Derechos fundamentales, ambiente y sociedade: estudios en homenaje a la Professora Dra. Marta Biagi. Salvador: Dois de Julho, 2015. Disponível em: [http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/fernanda\\_boldrini\\_2016\\_2.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/fernanda_boldrini_2016_2.pdf). Acesso em 27 mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte Geral. 4.** ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. Disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_fevereiro2006/discete/disc\\_04.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2006/discete/disc_04.doc). Acesso em: 27 mar.2019.

LIMA, Camila Mota de Oliveira. **O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE.** Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 27 mar.2019.

LIMA, Maria Almeida Rodrigues. **A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação e da insignificância.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/949/a-exclusao-da-tipicidade-penal-principios-da-adequacao-social-e-da-insignificancia>. Acesso em 27 mar.2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: <https://wmmjr.jusbrasil.com.br/artigos/469668011/direito-ao-esquecimento-vs-direito-a-liberdade-de-imprensa-o-que-deve-prevalecer>. Acesso em: 15 mar. 2019.

NOGUEIRA, Alcalá Humberto. **Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia.** Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile. 2003, p.1. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf). Acesso em: 27 mar. 2019.

PARENTONI, Leonardo. **O Direito ao Esquecimento (*Right to Oblivion*).** Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDFXXvmi=onhVjgciHNWEsMwMthFg53KkWxNNLPTaeb6zrjRa8OPBBno6F4mL7875HUTsLND00Kzs5qEdgtPRSexzilkquswcoqFafjag5JJabnorSekLsjlMGGebALnz4KtnUKtFtFRS4kMjFzMZUAGCORNAGmOk7iJ33dJxSBrxVehCO4CKEimtaa5qxTLGduKgJtPC6hA2wREmWg7CAu6KFcce6xVktGBearRgKrjikZFigMVQh2CxfOdlM9HhPiv1Lni>. Acesso em 26 mar.2019.

PEREIRA, Nayara Toscano de Brito. **Direito ao esquecimento: o exercício de (re)pensar o direito na sociedade da informação contemporânea e as peculiaridades do debate entre o direito civil e a constituição.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad5db5924e3e97ed>. Acesso em: 20 mar. 2019.

PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** Ed. 2ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

**Revista do Direito Público**, Londrina, v.12, n.1, mai.2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/27010/20913>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano. **Direito Civil – Parte Geral e LINDB**. 12ª Edição. JusPODIVM. Salvador. 2014. Disponível em: <https://akinokarina.jusbrasil.com.br/artigos/514623097/o-direito-ao-esquecimento-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em 26 mar.2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Parecer divulgado no ano de 2015, relativo ao Recurso Extraordinário com Agravo 833.248/RJ. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SILVA, Lucas Gonçalves da; DETONI, Andrea Galvão Rocha. **A proteção dos direitos fundamentais à luz da sociedade da informação**. In: PORTELA, Irene (Dir.) O Direito Constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/2603>. Acesso em: 28 mar. 2019.

STJ, REsp n 1.660.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 08/05/2018, DJe 05/06/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia\\_l=75610222&num\\_registro=201402917771&data=20180605&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia_l=75610222&num_registro=201402917771&data=20180605&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 27 mar.2019.

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Ed. 5ª. São Paulo: Saraiva. 1994. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro - I**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 1997. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 26 mar.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 1997. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 27 mar.2019.