

DIREITO AO ESQUECIMENTO EM CASOS CRIMINAIS

RIGHT TO BE FORGOTTEN IN CRIMINAL CASES

*Túlio Vianna**
*Jamilla Monteiro Sarkis***

RESUMO

Este artigo busca trabalhar o direito ao esquecimento como direito fundamental decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da proteção à personalidade a partir de sua aplicação aos casos nos quais a mídia em geral, sob o pretexto de exercer seu direito à informação, viola a privacidade, a imagem e a intimidade de egressos do sistema prisional, noticiando fatos de suas vidas após o devido cumprimento da pena que lhes foi imposta pelo Estado. Discute-se que, em casos de conflito, devem ser os direitos sopesados a partir do binômio relevância-consentimento, de modo que a prevalência do direito privado sobre o público não implica em censura, e sim em mecanismo de controle e manutenção da democracia.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Sistema prisional. Imprensa. Direitos fundamentais. Privacidade.

ABSTRACT

This article claims to work the right to be forgotten as a fundamental right, resulting from the constitutional principle of human dignity and protection of personality build on its applicability to some cases in which the press, behind the doubtful exercise of the right to information, violate the privacy, image and intimacy of ex prisoners, reporting their lives after they served their time in prison. Besides, in case of conflicts, the rights must be counterweighted by the relevancy-consent binomial, so that the prevalence of private rights above individual rights does not mean censorship, but a procedure of control and maintenance of democracy.

Keywords: Right to be forgotten. Prison system. Press. Fundamental rights. Privacy.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Pós-doutorado na Università di Bologna (Itália). e-mail: prof@tuliovianna.org.

** Mestre pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogada Penalista. e-mail: jamilla.sarkis@gmail.com.

INTRODUÇÃO

“Uma das festinhas de aniversário de um filho, por exemplo, ficou praticamente vazia e, segundo a mãe de um coleguinha, até os garçons que a reconheceram se recusaram a servi-la”.

“Sofri muito na mão da imprensa, eu não quero mais entrar nesse assunto, pois aparecer prejudica meus filhos, minha família”.

“(...) durante o curso de direito, teve que assistir em sala de aula professores usando o processo pelo qual foi condenado como estudo de caso, atraindo olhares dos colegas”.

“Eu não quero conversar. Não destrói o pouquinho que eu estou fazendo para ajudar minha família e a mim mesmo”.

Os trechos acima foram extraídos da reportagem “Recomeçar depois da prisão”, publicada na capa da Revista IstoÉ, em outubro de 2012. O *lead* deixa claro o objetivo da matéria, inserida na seção de “Comportamento”: mostrar como vivem pessoas condenadas pela prática de quatro crimes que chocaram o País.

As personagens escolhidas pela equipe de jornalismo, todavia, tornaram-se vítimas do interesse popular, da curiosidade alheia e de seu próprio passado. Como se o cumprimento da pena atribuída pelo Poder Judiciário aos delitos que cometeram não fosse suficiente, essas pessoas protagonizam uma triste realidade: são réis em um eterno julgamento popular e cumprem, perpetuamente, a pena de dar satisfações à sociedade.

Os inquisidores são cruéis. P.N.P., condenada por homicídio, teve sua pena extinta em 2011. Em liberdade condicional desde 1999, após seis anos de cumprimento em regime fechado, o esquecimento parece improvável.

Ao saber que estava sendo observada pela equipe da revista, conforme narra a reportagem, ela “pegou o braço do pai (...) e ambos atravessaram a rua e entraram no primeiro ônibus que passou”. Em outro momento da matéria, é mencionado o nome e endereço do salão de beleza frequentado por ela, assim como o valor dos serviços prestados.

A comercialização da intimidade e o devassamento da vida privada parecem cada vez mais presentes no dia-a-dia. Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 20), pontua que “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”.

De fato, quanto mais se moderniza a sociedade e quanto maior o avanço tecnológico, mais devastado torna-se o conceito de vida privada.

Os meios de comunicação de massa, nas palavras de Costa Júnior (2007, p. 22), realizam uma verdadeira “expropriação da vida privada por ‘curiosidade pública’, quando a tecnologia põe ao alcance de indiscretos e bisbilhoteiros instrumentos verdadeiramente diabólicos, para penetrarem em nosso ‘jardim secreto’ e transformarem nossa solidão em ingênua aparência”.

Com efeito, o “jardim secreto” alheio desperta diversos interesses, principalmente quando pertence a pessoas “conhecidas”, mesmo contra sua própria vontade. No caso específico daqueles condenados por crimes de grande repercussão, este “jardim secreto” deixa de ser particular, como se houvesse uma eterna dívida com a sociedade. É quando a mídia, sob o manto da liberdade de imprensa, de expressão e informação, ofende incisivamente o direito à vida privada.

Além de um obstáculo à ressocialização, a exploração da imagem de pessoas que tiveram o infortúnio de cair nas garras do moralismo popular e do julgamento midiático deve ser problematizada, na medida em que impede os egressos do Sistema Prisional de se desvincularem do passado e estabelecerem uma nova realidade após o cárcere.

Condenadas a serem eternamente lembradas, são verdadeiros objetos da memória popular e, como tal, privados dos direitos à paz, à honra, ao anonimato e à privacidade.

Assim como acontece com celebridades, artistas, políticos e atletas; os réus, vítimas e testemunhas de crimes de grande repercussão desfrutam de uma fama instantânea e têm suas vidas transformadas: do puro anonimato cotidiano aos holofotes da imprensa sensacionalista.

A situação se agrava ainda mais quando pessoas alheias ao fato criminoso passam a ser julgadas e penalizadas pelo já institucionalizado tribunal popular. Os familiares e amigos de pessoas condenadas tornam-se coadjuvantes em uma história da qual sequer participaram, e veem suas vidas expostas pela grande mídia como se devessem ao público alguma explicação sobre seus relacionamentos, em aplicação da falaciosa locução “diga-me com quem andas e te direi quem és”.

E é neste cenário de perseguição, impessoalidade e perpetuação da pena que emerge o chamado direito ao esquecimento. Considerado decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito de ser esquecido passou a ser discutido na sociedade da informação e vem se desenvolvendo, ainda de maneira inibida e apresentando diversas questões controversas.

Neste trabalho trataremos do direito ao esquecimento aplicável a questões criminais.

Não será nosso objeto aqui analisar os diversos meios pelos quais o direito ao esquecimento é passível de ser violado. Ainda que possa haver especificidades entre violações do direito ao esquecimento praticadas por meio digital daquelas perpetradas pelos meios de comunicação tradicionais, este não será nosso foco.

Também não será nosso propósito analisar o complexo debate sobre desindexação ou remoção de conteúdo dos meios digitais.

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da tutela jurídica do direito ao esquecimento no âmbito penal. Para tanto, busca inserir o direito ao esquecimento no plano constitucional, como derivação das já consagradas garantias fundamentais à privacidade e à imagem.

Questiona-se também se seu alcance aos casos criminais de repercussão midiática – independente do meio de comunicação utilizado – configura um avanço rumo à defesa dos direitos fundamentais ou um retrocesso em desfavor das liberdades de opinião e expressão.

O ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: HISTÓRICO E CONSTITUCIONALIDADE

Tema efervescente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais ao redor do mundo, o direito ao esquecimento como vertente do direito fundamental à personalidade já foi reconhecido em diversos casos concretos.

O primeiro desses casos teve como palco o Tribunal de Apelação do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos. No ano de 1931, o caso *Melvin versus Reid* traçou as silhuetas e o conteúdo do que hoje se entende por direito ao esquecimento. Nele, Gabrielle Melvin ajuizou ação em face de Dorothy Reid após a produção e o lançamento do filme “The Red Kimono”, baseado na vida de Melvin, uma ex-prostituta que havia sido absolvida, em 1918, da acusação de homicídio que vitimara um de seus clientes.

Naquela oportunidade, a Corte reconheceu os danos causados pela divulgação do filme que retratava o passado de Melvin, garantindo a ela o “direito à felicidade” e de viver plenamente a sua vida sem quaisquer tipos de interferências ou ataques contra seu passado.

Também na corte francesa, o direito ao esquecimento foi reconhecido pela primeira vez em 1983, no julgamento do caso *Madame M. versus Filipacchi et Congedipress*, que tratou da publicação de uma matéria jornalística a respeito de um crime ocorrido quinze anos antes.

Nesse caso, entendeu o Tribunal que qualquer pessoa envolvida em eventos públicos no passado poderia reivindicar o direito de esquecê-los e de ser esquecido. Tal faculdade, de acordo com a Corte francesa, se estenderia aos indivíduos que, condenados por crimes, já quitaram sua dívida com a justiça e se reinseriram na sociedade.

Na Alemanha, o “Caso Lebach” é considerado marco inicial dos debates envolvendo o que hoje se entende por direito ao esquecimento. Em 1969, o roubo a um depósito de armas e munições resultou no homicídio de soldados que

vigiavam o local. No ano seguinte, os dois principais acusados pelo crime foram condenados à prisão perpétua e um terceiro acusado foi condenado a seis anos de prisão, por ter auxiliado nos atos preparatórios.

Passados quatro anos, a emissora ZDF – atenta à grande curiosidade do público pelo caso – produziu um documentário sobre o ocorrido, no qual seriam apresentados nomes e fotos dos acusados, além de uma reconstituição do crime feita por atores, com detalhes não só do fato, como também da vida pessoal dos acusados, inclusive abordando supostas ligações homossexuais entre eles.

Registra-se que o documentário seria exibido em data próxima à soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido a maior parte da sua pena em regime fechado.

Este terceiro acusado, então, pleiteou em juízo uma liminar para impedir a transmissão do programa, sob a alegação de que o referido documentário lesaria seus direitos de personalidade e dificultaria sua ressocialização. O Tribunal Estadual de Mainz e, em seguida, o Tribunal Superior de Koblenz, não acolheram o pedido de liminar, entendendo que o requerente havia se tornado uma personalidade da história recente do país em função da sua participação no crime.

Cuidava-se, pois, de um conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade. Foi interposto Recurso Constitucional, chegando a Corte Superior à conclusão de que, para a divulgação de notícias sobre crimes graves, haveria o interesse de informação da opinião pública.

Em geral, a informação teria precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de se considerar a intangibilidade da esfera íntima, a Corte levou em conta o princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual a identificação do criminoso, por nome, foto ou qualquer outro dado, nem sempre seria permitida.

Três décadas após a decisão, o “Caso Lebach” voltou a repercutir nos tribunais germânicos. Em 1996, a emissora de televisão alemã SAT 1 produziu uma série de reportagens sobre crimes de grande repercussão nacional, sendo que um dos programas teria como objeto o fato ocorrido em 1969.

A SAT 1, ao contrário da emissora ZDF, alterou o nome de algumas pessoas envolvidas na história e preservou suas imagens. Os envolvidos no caso contestaram, novamente, a exibição do programa, com argumentos similares aos defendidos na oportunidade anterior.

Nessa segunda oportunidade, a Corte Superior, dada a alteração do contexto fático, rejeitou a tese de ofensa aos direitos de personalidade, ao argumento de que não se verificaram ameaças ao livre desenvolvimento do indivíduo ou quaisquer prejuízos à ressocialização dos condenados, principalmente em razão do extenso lapso temporal entre o crime e a divulgação do programa de televisão.

No Brasil, o direito ao esquecimento ganhou destaque a partir da publicação do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013, que firmou entendimento segundo o qual “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O conceito de “sociedade da informação” ou “sociedade em rede” (Castells, 2005) se refere, primordialmente, às transformações técnicas, organizacionais e administrativas das sociedades, baseadas nas tecnologias de informação e comunicação que abrangem obtenção, armazenamento, processamento e divulgação de informações por diversos meios de comunicação – eletrônicos ou não.

Por sua grande influência nos contextos sociais, econômicos e políticos (Castells, 2005, p. 50), a sociedade da informação traz consigo uma nova concepção de proteção aos direitos humanos e, conseqüentemente, a necessidade de uma nova orientação a partir dos conflitos surgidos entre a busca pela produção de informações e conhecimento e os direitos individuais.

Torna-se, portanto, indissociável em relação ao que se concebe, juridicamente, como princípio da dignidade da pessoa humana – garantido pela Constituição da República de 1988 como um conjunto de direitos e deveres fundamentais que protegem os indivíduos contra atos desumanos e degradantes – a fim de que seja garantida sua integridade.

O direito ao esquecimento, assim, se caracteriza como uma espécie de desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (Martinez, 2014), que visa a afastar possíveis danos provocados pelas tecnologias da informação no livre desenvolvimento da personalidade.

Na última década, o assunto gerou sérias controvérsias no continente europeu e se destacou em 2012, quando a Comissão Europeia de Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania anunciou a proposta de criação de uma nova esfera do direito à privacidade e intimidade – o “direito de ser esquecido”.

As raízes desta proposta surgiram a partir do direito francês, com o reconhecimento, desde 2010, do *droit à l’oubli* (ou *right to oblivion*), que garante, entre outras prerrogativas, o direito aos condenados por crimes que já tenham cumprido pena e atingido o período da reabilitação de se opor à publicação de fatos referentes à sua condenação e prisão.

Concretamente, no ano de 2016, o “direito de ser esquecido” foi expressamente incluído no Regulamento n. 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, a partir da inserção do artigo 17º. O dispositivo garante o direito do cidadão de ver seus dados pessoais apagados quando, por exemplo, deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua coleta.

A legislação brasileira, por seu turno, trata dessas questões sem tanto compromisso. No âmbito do Direito Penal, o Código Penal dispõe sobre o instituto

da reabilitação nos artigos 93 e seguintes. Na mesma linha está o artigo 748 do Código de Processo Penal.

Ao abordar da importância desde instituto, Eugenio Raúl Zaffaroni estabelece que “O condenado que cumpriu sua pena e uma vez suplantados os limites para possível declaração de reincidência, sem cometer novas infrações, tem direito que o Estado [...] elimine qualquer consequência estigmatizante da condenação cumprida, que se apresenta como totalmente contraproducente para sua reincorporação numa vida normal” (Zaffaroni *et al.*, 2011, p. 704).

É nesse ponto, nesse ponto, uma crítica à estigmatização, nos moldes feitos por Ervin Goffman, que a caracteriza como uma identidade deteriorada, referenciada a partir de atributos profundamente depreciativos e dedicada, em última instância, a categorizar as pessoas em grupos tidos como “comuns” ou “normais” e aqueles “estranhos” ou “abjetos” (Goffman, 1981, p. 5).

Na prática, a aplicação da reabilitação se dá de acordo com a Lei de Execuções Penais, nos termos do artigo 202: “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

A finalidade do dispositivo é clara: resguardar as informações referentes ao processo ou à própria condenação do apenado. A importância deste sigilo está na garantia dada pelo Estado ao egresso do sistema prisional de retomar o convívio social após o cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

Na mesma linha, explica René Ariel Dotti (2010, p. 701) que “A reabilitação é medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração do condenado ao exercício dos direitos e deveres sacrificados pela sentença”.

Nessa definição, deve-se ter em linha de análise dois aspectos distintos: a) a declaração judicial de recuperação do exercício de direitos, interesses e deveres e da condição social de dignidade do ex-condenado; b) a garantia do sigilo dos registros sobre o processo e a condenação.

Os constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, ao analisarem os direitos de personalidade, em especial de egressos do Sistema Prisional, expõem que “com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade [...] há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária” (Mendes; Coelho; Branco, 2007, p. 374).

Importante, neste ponto, esclarecer uma questão fundamental: o direito ao esquecimento não se confunde com uma tentativa de reescrever a história. Por óbvio, o cumprimento da pena não altera o caráter delituoso da conduta praticada pelo agente ou mesmo o sofrimento gerado por seus resultados e consequências.

Ocorre que, ao regular direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 vedou a imposição das penas de prisão perpétua, de forma que, após o cumprimento da pena, é garantido ao condenado o direito à reintegração em sociedade e de recomeçar sua história.

E não poderia ser diferente. Como observa Zaffaroni, são cruéis as consequências jurídicas (ou não jurídicas) que se pretendam manter até a morte da pessoa, convertida em alguém inferior, indigno. Toda punição, bem como os efeitos dela decorrentes, tem que acabar em algum momento, pois implicaria admitir-se a existência de uma pessoa “descartável” (Zaffaroni *et al.*, 2011, p. 233).

Deve-se sobrelevar, também, os efeitos causados pela não aplicação do direito ao esquecimento para pessoas que, apesar de alheias ao crime, possuem algum vínculo com o egresso que tem sua imagem divulgada pelos meios de comunicação.

O estado de polícia, não raro, estende a responsabilidade pelo cometimento do delito a todos que cercam o infrator. Em um Estado Democrático, esta prática é impensável e, por isso, prescreve a Constituição o princípio da pessoalidade da pena.

Nesse sentido, René Ariel Dotti (1980, p. 201) pontua que não seria justificável a publicação da imagem de um condenado que “já tivesse recebido a pena e que não mereceria, conseqüentemente, tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária”.

Assim, para o autor, esse comportamento por parte da imprensa seria contrário às garantias constitucionais ao pleno desenvolvimento da personalidade, bem como ao instituto da reabilitação previsto na legislação penal.

A antiga Lei de Imprensa, em seu artigo 21, §2º, tipificava a conduta de divulgação ou transmissão sobre fato delituoso cujo autor já tenha sido condenado e cumprido a respectiva pena, salvo por motivo de interesse público.

Declarada incompatível com a ordem constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, a Lei 5.250/67 havia sido editada em período de exceção institucional e não estava em harmonia com os princípios democráticos da Constituição da República de 1988.

Interessante, porém, destacar o voto lavrado pelo Ministro Joaquim Barbosa, onde constou expressa ressalva à constitucionalidade do artigo 21, porquanto razoável que o “tratamento em separado dessas figuras penais quando praticadas através da imprensa se justifi[que] em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida”.

À época, o Ministro destacou que “a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas [que teria] muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum”.

E é a amplitude de conceitos como “liberdade de expressão” e “interesse público” que torna possíveis situações como a equipe da Rede Record de Televisão divulgar imagens de S.V.R – condenada pelo homicídio dos pais – em uma praia do litoral paulista. Naquela ocasião, a ré estava em liberdade condicional e as imagens em que parecia divertir-se com amigos causaram polêmica e geraram revolta.

Por tudo isso, verifica-se que o conflito entre o direito de ser esquecido e os direitos de informar e ser informado se instaura a partir do momento em que o direito brasileiro não prevê mecanismos hábeis a promoverem a eficácia do instituto da reabilitação do indivíduo egresso do Sistema Prisional, em consonância com a legislação penal e com o texto constitucional.

Esta lacuna é o suficiente para que a imprensa, encoberta pela liberdade de informação, se aproveite da precária estrutura do sistema prisional e da consequente descrença popular em relação aos condenados por crimes para regozijar-se sobre a vida privada dos egressos do sistema prisional.

Perguntas como “o que esperar de um homem condenado por um crime grave como o homicídio?”, ou “deveria a sociedade receber um criminoso como este de braços abertos depois de tamanha crueldade?”, frutos da curiosidade popular, alimentam o interesse midiático sobre aquele que acabam de deixar o cárcere, cercados de preconceitos e olhares inquisidores.

A resposta dada pela imprensa a essas questões é simples e profilática: perseguir essas pessoas; acompanhar seus passos; saber como vivem e com quem se relacionam, a fim de inibir qualquer possível “recaída” e de “prevenir” os cidadãos de bem, para que se evite qualquer tipo de contato com egressos.

LIMITES AO DIREITO DE SER ESQUECIDO: RETROCESSO OU GARANTIA?

Colocados esses exemplos, é natural deduzir que o Poder Judiciário tem sido provocado em diversos conflitos envolvendo os direitos à liberdade de imprensa e ao esquecimento.

Foi ajuizada, em 2004, ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da TV Globo. Os autores seriam os únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio no ano de 1958. O crime ficou nacionalmente conhecido pela repercussão nos noticiários da época, assim como pela complexidade da ação penal subsequente.

Sustentaram os autores que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, mas que a emissora ré cuidou de reabrir as antigas feridas ao veicular novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aída Curi. Sua imagem teria, inclusive, sido explorada mediante a transmissão do programa Linha Direta Justiça, que promoveu uma reconstituição do crime.

Com efeito, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao recurso interposto pelos irmãos de Aída Curi. Apesar de reconhecer expressamente a existência do direito ao esquecimento, entenderam os Ministros que quando em conflito com a liberdade de imprensa, sempre prevalecerá o interesse público – pela informação – sobre o privado – pela privacidade.

Os direitos coletivos não poderiam, então, ser censurados por questões individuais.

A situação, entretanto, não pode ser tratada de maneira tão simplista. O direito ao esquecimento, assim como todos os outros direitos fundamentais ou deles decorrentes, não é absoluto. Até a mais elementar garantia fundamental, o direito à vida, encontra limitação constitucional explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, que traz como exceção a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Em nada se confunde, porém, o reconhecimento do direito ao esquecimento como garantia fundamental derivada da proteção constitucional à privacidade com censura aos meios de comunicação e ao livre exercício do direito à informação.

A ponderação dos direitos fundamentais é, portanto, não apenas válida, como necessária. Onde existem direitos fundamentais, existirão também conflitos – entre direito à privacidade e direito à informação, como em uma das facetas do caso presente.

A restrição aos direitos fundamentais, por sua vez, é admissível apenas em hipóteses nas quais se compatibiliza com os ditames constitucionais, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em seus estudos sobre o direito ao esquecimento, Pablo Dominguez Martinez ressalta os critérios mais utilizados pela doutrina na solução do conflito entre o direito individual ao esquecimento e o direito coletivo à informação.

O primeiro deles corresponde ao caráter público atribuído à pessoa ou ao local do fato. Outro ponto relevante seria a ocorrência de um crime, que naturalmente, despertaria o interesse público. Por fim, o critério histórico, que justificaria a transmissão de informações acerca de eventos socialmente relevantes. Nestes aspectos, prevaleceria sobre o direito ao esquecimento o interesse público.

No que se refere à “pessoa pública”, não parece razoável admitir que apenas um título social justifique o interesse da coletividade sobre aspectos da vida privada de alguém. Razoável, sim, a curiosidade relacionada às atividades públicas desempenhadas pelo indivíduo, seja ele artista ou político, por exemplo.

Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, no caso *Von Hannover versus Alemanha*, que a Princesa Caroline de Mônaco, mesmo ostentando a condição de pessoa pública, deveria ter sua privacidade resguardada pela República Alemã no que diz respeito à publicação de matérias e fotografias

relativas, exclusivamente, à sua vida privada. O fato de ser pessoa pública por excelência não implicaria na imediata tolerância aos abusos e invasões da imprensa à vida privada.

O segundo ponto, relacionado à ocorrência de crimes, não parece ser critério capaz de mitigar, por si só, os direitos à personalidade. A gravidade de um fato e sua violação ao ordenamento jurídico é insuficiente para retirar do indivíduo seus direitos mais íntimos.

Como escreve Luigi Ferrajoli (2014, p. 311), principal teórico do garantismo penal, o objetivo do Direito Penal é exatamente impedir o exercício das próprias razões – seja na esfera da vingança, seja na do delito – para, de forma abrangente, minimizar a violência na sociedade e proteger o mais fraco contra o mais forte.

Por isso, na esfera do Direito Penal, o cuidado com os direitos fundamentais deve ser redobrado, evitando-se a ocorrência de violências arbitrárias (Ferrajoli, 2014, p. 311).

A legitimidade do Direito Penal, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, não é democrática, uma vez que não deriva do consenso da maioria – até porque, a democracia não pode ser entendida como manifestação de vontade da maioria.

Trata-se, pois, de uma legitimidade garantista, que habita os encadeamentos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos fundamentais.

E garantir estes direitos significa zelar pela “tutela daqueles valores [...] cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, sua garantia da liberdade” (Ferrajoli, 2014, p. 312).

Como ressalta Ferrajoli (2014, p. 312), é fundamental assegurar ao Estado o monopólio do poder punitivo, exatamente para que pena seja um “mal menor” quanto comparada às outras reações não-jurídicas, mais aflitivas e arbitrárias.

Isto posto, mesmo considerando que a veiculação de informações sobre crimes ocorridos no passado, bem como de nome e imagem dos acusados, seja vontade da maioria – o que não necessariamente se verifica na realidade –, a garantia fundamental à privacidade e à imagem e, conseqüentemente, ao esquecimento, não pode ser rejeitada.

Essa ressalva é, especialmente, pertinente em casos nos quais o titular do direito ao esquecimento já foi devidamente apenado pelo Estado. Nessas ocasiões, a divulgação de sua imagem e violação da privacidade representam uma penalização privada e ilimitada, típica da vingança particular tão combatida por Ferrajoli.

Outro fator considerado para a resolução de conflitos entre o direito de ser esquecido e o direito de informar é a importância histórica. Como bem destaca Dotti (1980, p. 205), o interesse pela história “revela-se como uma das formas mais ‘elevadas’ de invasão da vida privada, na qual os aspectos culturais e intelectuais de um fato se sobrepõem ao interesse individualista da proibição da sua divulgação”.

O direito ao esquecimento, importante frisar, não tem a finalidade de reescrever a história ou de ocultar fatos que são relevantes ao conhecimento do público em geral. A crítica não se direciona ao interesse sobre os acontecimentos sociais ou a curiosidade em relação ao fenômeno da criminalidade, e sim à espetacularização do indivíduo envolvido em crimes que, por infortúnio ou gravidade, se popularizaram.

No exemplo do caso Aída Curi, se o interesse da emissora, de fato, tivesse por objetivo primordial a prestação de informações ao público, poderia o jornalístico ter abordado os acontecimentos, sem, contudo, exhibir nomes e fotos das pessoas envolvidas, dada a relevância do acontecido.

Sendo assim, o direito ao esquecimento deve ser tratado como uma garantia decorrente do direito fundamental à privacidade, e jamais como um retrocesso ou mitigação da liberdade de imprensa e do direito à informação.

E, falando-se em aplicação de direitos fundamentais, devem estes ser sopeados quando em conflito com o direito ao esquecimento, de acordo com a expressão relevância-consentimento.

A partir desse binômio, devem ser analisadas, no caso concreto, a necessidade da informação a ser veiculada pela mídia e também a permissão dos envolvidos no que se refere ao uso dos atributos de sua personalidade, tais como nome e imagem.

Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 58) traça, de maneira bastante clara, os contornos práticos do binômio relevância-consentimento por meio de um exemplo concreto. Explica o autor que a veiculação da fotografia de um condenado evadido do cárcere seria legítima; por outro lado, não se justificaria a publicação da imagem, sem autorização prévia, de um condenado que já tivesse recebido sua pena e que não mereceria tê-la ainda agravada por sua divulgação desnecessária.

O uso da imagem como estratégia discursiva, do modo que adverte Kleber Mendonça (2002, p. 46), tem a pretensão não apenas de tornar o crime conhecido pelo grande público, mas também busca promover o papel simbólico dos programas como a instância social capaz de controlar, fiscalizar e “promover o bom funcionamento da Justiça, tão falha e incompetente”.

Mesmo com a clareza dos ditames constitucionais, as concessões públicas de televisão, que deveriam ser utilizadas para a exibição de programas educativos, artísticos, culturais e informativos, servem de espaço para linchamentos morais e instigação do ódio por meio de programas sensacionalistas, que violam não só

os direitos à privacidade e à imagem dos apenados, mas também o interesse da população de usufruir de uma programação de qualidade (Vianna; Sarkis, 2014).

Ainda na década de 1980, Dotti já discutia o poder e domínio da imprensa, bem como os abusos cometidos no exercício do direito à opinião de certos órgãos de comunicação.

Principalmente em relação à lucratividade, preceituava que “O controle da imprensa por poderosos grupos econômicos, habitualmente mais desejosos de rentabilidade do que em fornecer os fatos e as ideias de uma forma objetiva e imparcial, tende a identificar o recurso ao sensacionalismo como um meio de exploração do grande público” (Dotti, 1980, p.132).

E sobre a relação entre o capitalismo e a informação, é fato que esta, na atual conjuntura, é o meio de sua própria produção e também o produto de maior valor. Na “sociedade da informação”, a economia é movida pela produção de informações e, além disso, “o poder de dominação é exercido pelos detentores dos mais diversos tipos de informação”, sendo o “mais poderoso instrumento para subjugar a espécie humana” (Vianna, 2007, p. 46).

Dessa forma, em detrimento da qualidade de informação, do direito à opinião ou da liberdade de imprensa, o fator realmente crucial para a veiculação de determinado fato seria o lucro.

Se o lucro vem atrelado a sangue, ao crime e à imagem e honra de uma pessoa, são ossos do ofício. O célebre discurso de um dos mais conhecidos editores do século XVIII, Arthur McEwen, ilustra bem a situação: “o que procuramos é a emoção de uma sensação. Imprimimos o nosso jornal de modo que o leitor, ao abri-lo, exclame: Meu Deus!”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: CONTORNOS PRÁTICOS AO DIREITO DE SER ESQUECIDO

A espetacularização do crime por parte da imprensa é prática corriqueira, e se fortalece cada vez mais em razão das novas mídias digitais. Na “sociedade da informação”, as tecnologias se desenvolvem a fim de tornar mais acessível a atuação do homem sobre a comunicação e possibilitam a publicização da vida privada em todos os aspectos.

A partir da existência de conflito entre os direitos fundamentais ao esquecimento e à liberdade de informação, alguns limites devem ser traçados a fim de que se estabeleça um equilíbrio entre a privacidade dos egressos do Sistema Prisional e os interesses da imprensa, sempre a partir do binômio relevância-consentimento.

Não obstante, é necessária a definição das espécies de violação ao direito ao esquecimento para que, de acordo com suas particularidades, sejam propostas delimitações ao exercício de ambos os direitos constitucionais colocados em debate.

A primeira espécie de violação se dá com as matérias jornalísticas persecutórias de condenados criminalmente, seja no período de execução de suas penas ou mesmo após o seu cumprimento. Neste caso, o direito ao esquecimento se refere à perseguição, por parte da mídia, contra determinada pessoa – por óbvio, sem o seu consentimento – que ganhou fama em decorrência da prática de um delito pelo qual já cumpriu pena. A curiosidade, aqui, tem lugar nos aspectos particulares de sua vida no cárcere e posteriormente, no seu retorno à vida social.

A segunda espécie de violação ao direito ao esquecimento se caracteriza pela reconstituição do fato histórico delituoso que ofendeu tão-somente um bem jurídico individual. Não se pode conceber o interesse público capaz de justificar a relevância da narrativa de um delito, em casos nos quais sua prática não afetou qualquer bem coletivo. Do contrário, seria legitimar a curiosidade sobre a vida alheia levada às últimas consequências.

Por outro lado, os crimes que lesam a coletividade não devem ter sua narrativa histórica limitada pelo direito ao esquecimento. Os delitos de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal, por exemplo, são relevantes ao interesse público, porque atingem toda a sociedade e têm sérias repercussões políticas, econômicas e jurídicas. Nesses casos, a reconstituição dos crimes seria legítima, e baseada no direito dos cidadãos de serem informados e no direito de a imprensa de poder informar.

É razoável, porém, admitir-se uma exceção à hipótese anterior nos casos em que qualquer um dos envolvidos no crime – seja autor ou vítima – goze de *status* de celebridade, não em razão da prática do crime em si, mas por qualquer outro motivo anterior ao delito, tais como a fama por suas atividades artísticas, políticas, desportivas, dentre outras.

Nessa hipótese, independente do bem jurídico afetado pelo delito, a narrativa jornalística não deve ser limitada pelo direito ao esquecimento, desde que resguardado o anonimato das demais pessoas envolvidas.

A história, neste caso, não seria reescrita e nem deixaria ser contada, mas apenas deixaria anônimos aqueles, não consentindo com sua divulgação, optassem por reconstruir suas vidas longe dos holofotes e da opinião pública.

Finalmente, destaca-se que proibir a violação aos direitos à privacidade e limitar o direito à informação para garantir o direito de ser esquecido em nada se aproxima de uma tentativa totalitária de censurar os meios de comunicação ou silenciar opiniões e informações. Esta solução não deve ser atrelada à censura ou qualquer outra forma de comando ditatorial da informação, mas sim como um controle apto a verificar o cumprimento ou descumprimento de regras e princípios constitucionais.

É fato que a Constituição de 1988, democrática por essência, revelou verdadeiro repúdio à censura; contudo, isso não impede que o Estado de fixe condições

e estabeleça mecanismos de controle a violações, em especial àquelas que contrariam direitos e garantias fundamentais.

O direito ao esquecimento, como desdobramento da dignidade da pessoa humana, se destaca, portanto, como uma possibilidade de afastar danos provocados pelas novas tecnologias de informação no livre desenvolvimento da personalidade.

Exatamente por isso, não pode ser considerado um retrocesso, muito menos mitigado sob o argumento taxativo da prevalência do interesse público à informação em relação ao direito particular da privacidade.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Hêica Souza. O reconhecimento do direito ao esquecimento e o machismo judicial. *Interfaces Científicas-Direito*, v. 3, n. 2, p. 89-99, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de Hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Boston, v. IV, n. 5, december 15, 1890.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. São Paulo: Renovar, 1999.
- CASTELLANO, Pere Simón. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Agencia Española de Protección de Datos, 2012.
- CASTELLANO, Pere Simón. The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate. *Lex Electronica*, v. 16.1, Winter 2012.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Klaus Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.
- CASTRO, José Nilo de; RODRIGUES, Tais Erthal; LIMA, Raquel de Paula. Imprensa: direito/dever de informar: indivíduo: direito à privacidade, à imagem e à honra: conflito de princípios: direito de resposta: discussão de responsabilização pelo Código Civil: censura prévia à veiculação de informações pela imprensa: impossibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 13, n. 43, p. 217-228, jan./mar. 2012. Parecer.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOFFMAN, Ervin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 14. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer Jurídico. 22 de janeiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, jan./mar 2016, p. 192-241.
- VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem. In: Clève, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 785-800.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. 4 Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 232.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

Data de recebimento: 16/07/2019

Data de aprovação: 14/10/2019