

DIREITO AO ESQUECIMENTO E (ALGUNS) REFLEXOS NO DIREITO PENAL

RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE REPERCUSSION IN CRIMINAL LAW

Isabela Maria Stoco¹

Marion Bach²

RESUMO

Conforme se observa do contido na legislação penal pátria, atualmente o julgador utiliza como parâmetro para aplicação da pena o denominado sistema trifásico. Na primeira fase de individualização da pena o magistrado deverá analisar as características elencadas no artigo 59 do Código Penal. Dentre as circunstâncias estabelecidas em lei, denota-se a análise dos *antecedentes* – conceito que gera importantes discussões doutrinárias. Isto porque, ao contrário do que se verifica para a agravante da reincidência (art. 61, I, Código Penal), cujo lapso temporal é de 05 (cinco) anos, a lei não fixa prazo para utilização dos (maus) antecedentes como causa de incremento na pena-base. Se tal constatação se faz de um lado, de outro é crescente na doutrina o estudo do denominado “Direito ao Esquecimento”, que possui suas origens arraigadas no Direito Civil, mas que toca sensivelmente inúmeros aspectos do Direito Penal. Nesse sentido – e para o que importa para este trabalho – busca-se, através de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, identificar a aplicabilidade do referido instituto no Direito Penal, em especial no que diz respeito à sua utilização para a reabilitação do apenado, de modo que os (maus) antecedentes não tenham efeitos perpétuos.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito ao Esquecimento; Antecedentes Criminais; Circunstâncias Judiciais.

ABSTRACT

According to the country's criminal law, the judge currently uses the three-phase system as a penalty application parameter. In the first phase of individualization of the sentence, the magistrate must analyze the characteristics listed in article 59 of the

¹ Graduada no curso de Direito da FAE Centro Universitário. Estagiária de Direito no escritório Marion Bach Advocacia Criminal. *E-mail:* isabelamariastoco@gmail.com

² Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora da Graduação e da Pós-graduação da FAE Centro Universitário, do UNICURITIBA e da EMAP. Advogada Criminal. *E-mail:* marion@marionbach.com.br.

Penal Code. Among the circumstances established by law, there is an analysis of the criminal records - a concept that generates important doctrinal discussions. That's because, contrary to what happens for the recidivism aggravation (art. 61, I, Penal Code), whose time lapse is 05 (five) years, the law does not set a time limit for the use of (bad) criminal records as a way to increase the base penalty. If this consideration was made in a way, on the other hand, the study of the so-called "Right to be Forgotten" is growing in doctrine. The right to be forgotten has its origins established in Civil Law, but it also covers important aspects of Criminal Law. In this way, - and for what matters for this study – We seek, through legislative, doctrinal and jurisprudential analysis, to identify the applicability of the referred in Criminal Law, in special concerning the use of rehabilitation to the people who are in custody, in order to the (bad) criminal records have no perpetual effects.

Key-words: Criminal Law; right to be forgotten; criminal regards, judicial circumstances.

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Direito ao esquecimento: contextualização.
 - 2.1 Origem do instituto: retrospectiva histórica e conceituação.
 - 2.1.1 Caso Marlene Dietrich (Tribunal de Paris).
 - 2.1.2 Caso Melvin versus Reid (Tribunal de Apelação da Califórnia).
 - 2.1.3 Caso Lebach (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha).
 - 2.2 Utilização do instituto no Brasil: Casos Paradigmáticos.
 - 2.2.1 Caso Linha-direta: o assassinato da Candelária.
 - 2.2.2 Caso Aída Jacob Curi.
 3. Direito ao esquecimento no Direito Penal: (re)pensando os maus antecedentes.
 - 3.1 Direito Penal e temporalidade.
 - 3.2 Direito ao esquecimento e antecedentes criminais: violação da regra de temporalidade?
 - 3.3 Antecedentes criminais: nova interpretação.
 4. Direito ao esquecimento no Direito Penal a e internet: reflexos.
 - 4.1 Réu condenado, internet e Direito ao esquecimento.
 - 4.2 Réu absolvido, internet e direito ao esquecimento.

1 INTRODUÇÃO

Conforme se observa-se do contido da legislação penal, o Brasil adota, atualmente, o método trifásico para aplicação de pena. O artigo 68 da Codificação Penal estabelece, *in verbis*, que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Assim, observa-se o processo de individualização da pena será estabelecido em três fases distintas, embora interligadas entre si.³

Na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado se apoia nas circunstâncias judiciais constantes no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e, por fim, comportamento da vítima. Deverá o juiz – fundamentadamente - analisar todos os aspectos contidos na lei, para que a aplicação da pena se concretize de forma justa (porque ajustada).

Dentre tais circunstâncias, a dos antecedentes é que gera maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Isto porque, ao revés do que ocorre com a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), em que a lei estipula prazo para geração de seus efeitos, qual seja, de 05 (cinco) anos após anterior condenação definitiva, a legislação não prevê prazo para extirpação dos maus antecedentes da ficha criminal do condenado.

A ausência de fixação de prazo pela lei, nos moldes acima explicitados, gera graves consequências práticas para o sujeito apenado. A consideração das referidas circunstâncias *ad eternum* não apenas afronta a vedação a penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República), mas é contrária às disposições referentes ao direito de ressocialização – e de recomeço - do condenado, previstas na lei infraconstitucional. Como exemplo, cita-se o exposto no artigo 93 do Código

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena, 6º edição.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p 150.

Penal⁴ e artigo 748 do Código de Processo Penal⁵. Deixa o Estado, desta forma, de cumprir o seu dever de ressocialização dos condenados e de assistência ao egresso.

Embora possa ter relevância em situações particulares, o fato é que a generalização decorrente da obrigatoriedade de aplicação das chamadas circunstâncias pessoais, acaba gerando um balizamento que tende a igualar todas as pessoas que tiveram a infelicidade de envolvimento em um fato criminal do passado. Na hipótese específica dos antecedentes, **ele(s) passam a se constituir em marca indelével na vida pregressa do agente, como um estigma que passa a acompanhá-lo pelo resto de sua vida, sendo que ele não ocorre com a reincidência (Código Penal; art. 64, I)**, tornando desarrazoada essa metodologia, pois não há valores diferentes a serem considerados.⁶ (grifo acrescido)

Dante deste cenário, essencial explorar a intersecção entre o Direito Penal e a doutrina do Direito ao Esquecimento, que cada vez mais se consolida no ordenamento jurídico pátrio.

Busca-se com a presente pesquisa, à luz dos preceitos trazidos na legislação penal brasileira – em especial no que toca à aplicação e execução da pena –, além da análise do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a possibilidade de utilização do Direito ao Esquecimento no Direito Penal, como forma de minimizar os efeitos diante da falha legislativa acerca do tema.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 Origem do Instituto: retrospectiva histórica e conceituação

O artigo *The Right to Privacy*⁷, produzido por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicado na Harvard Law Review em 1980 trouxe à tona a discussão acerca

⁴ Art. 93, CP - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

⁵ Art. 748 - A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

⁶ PÊCEGO, Antonio José F. de S.; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.

⁷ WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. IV, nº 05, dezembro/1890.

da exposição da vida pessoal formulada por jornalistas. Amparados no *right to be let alone*, ou seja, “o direito de estar só”, tentaram dissociar o direito à privacidade do direito à propriedade, destacando que a cada indivíduo é assegurado o direito de determinar quais informações acerca de sua vida poderiam ser divulgadas a outras pessoas. Ao final, trouxeram que o *right to privacy* decorria da inviolabilidade da personalidade. No entanto, destacaram, também, que a publicação de fatos de interesse público não poderia ser impedida.

O que se observa a partir das recentes e aceleradas mutações sociais, é que o conceito de privacidade e vida privada vem se alterando, na medida em que os meios de comunicação e as redes sociais se desenvolvem:

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, privatividade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.⁸

Com a dissociação das características da vida pública e da vida privada é que surge a preocupação com o controle de informações divulgadas pela mídia. Isto porque a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, deve exercer o controle da circulação de seus dados após determinado período, podendo fazê-lo mediante supressão ou restrição, ainda que as informações sejam verídicas.⁹ Desta necessidade de controle de divulgações de determinadas informações é que se desenvolve um novo direito: o Direito ao Esquecimento.

Embora sua origem não remonte ao advento da *internet*, é correto se afirmar que o debate acerca do Direito ao Esquecimento se acentuou após o seu desenvolvimento. outrora, o esquecimento era mera consequência do tempo. Hoje, graças ao desenvolvimento das tecnologias, algumas informações não conseguem ser esquecidas, informações estas que podem vir macular a honra, a intimidade, a

⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade, 4^a edição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

⁹ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com.** ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>]. Acesso em: 02 de dez. de 2018.

dignidade da pessoa humana¹⁰. Nesse sentido, Viktor Mayer-Schönberger¹¹ afirma que a era digital, com seu armazenamento barato e acesso global facilitado, mudou a lógica humana entre esquecimento e memória: se antes a humanidade lutava para não esquecer, lembrar hoje é fácil e barato, enquanto esquecer se tornou difícil e caro.

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas.¹²

Patrícia Peck Pinheiro¹³ conceitua o Direito ao Esquecimento como “*o direito que qualquer ser humano possui de ter qualquer fato vexaminoso ligado a sua vida que afete diretamente sua reputação ser esquecido depois de um determinado lapso de tempo pela população através da não veiculação das informações sobre o fato pelas mídias.*” Representa, portanto, o reconhecimento jurídico à proteção da vida passada, através da proibição de se ter revelado (eternamente) o nome, a imagem e outras informações relativas à personalidade¹⁴.

Da simples leitura do conceito, possível concluir que o Direito ao Esquecimento pode estar relacionado, portanto, com a ressocialização condenados criminais.¹⁵

Reputa-se direito ao esquecimento a garantia de que os fatos desabonadores de uma biografia não devem ser perenizados, sob pena de eternizar-se o escárnio na memória coletiva e, com isso, inibir o progresso da pessoa a quem se atribui a desonra. Cuida-se, pois, do direito de não se penitenciar pelos erros mais remotos da vida. Em suma, de ver esquecidos os equívocos, infelicidades, tragédias, humilhações, crimes, escândalos, vexames,

¹⁰ NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional, 3º edição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 607-608.

¹¹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age.** Nova Jérsei: Princeton, 2009, 253 p. Resenha de: ACIOLI, Bruno de Lima. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 15, p. 251-260, maio/ago. 2017.

¹² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada, 3ª edição.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 173.

¹³ PECK, Patrícia. **Direito Digital, 6º edição.** São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 173.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 92.

¹⁵ TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao Esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

constrangimentos ou simplesmente escolhas que, dadas as circunstâncias atuais, não mais seriam realizadas.¹⁶

É certo asseverar que, com o decurso do tempo, novos direitos surgem e outros se renovam, a depender das pretensões da sociedade. Não é raro, portanto, que constantemente tenha-se que (re)visitar características de antigos direitos para que tenham aplicabilidade na situação atual. O Direito ao Esquecimento é um exemplo disso, eis que não está previsto expressamente na Constituição de 1988, não sendo, pois, um direito fundamental em sentido formal¹⁷. No entanto, diante da nova realidade informacional, seu debate é de todo necessário.

Dianete do exposto e com o objetivo de trazer mais clareza ao assunto, passa-se a analisar alguns (famosos) casos que acenderam o debate acerca deste direito em âmbito global, em especial três deles: caso Marlene Dietrich, na França, caso Lebach, na Alemanha, e caso Melvin *versus* Reis, nos *Estados Unidos*.

2.1.1 Caso Marlene Dietrich (*Tribunal de Paris*)

A atriz Marlene Dietrich, protagonista de inúmeros filmes, teve um relacionamento exposto pela imprensa. O referido julgamento, citado por René Ariel Dotti¹⁸, destacou que “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem a intenção malévolas, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”.

René Ariel Dotti¹⁹, cita, ainda, que nesta oportunidade o Tribunal de Paris reconheceu que o direito ao esquecimento, “uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz”.”

¹⁶ ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. MENDONÇA, Christopher. O Brasil está preparado para o Direito ao Esquecimento? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 105/2018, p. 77 – 95, jan–fev.

¹⁷ NUNES JR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 607-608.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 92.

¹⁹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 92.

2.1.2 Caso Melvin versus Reid (Tribunal de Apelação da Califórnia)

O caso Melvin *versus* Reid foi julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia em 1931. Neste caso, figurava como litigante Gabrielle Darley, prostituta acusada de homicídio no ano de 1918. No julgamento, a ré foi inocentada. Anos após a ocorrência do delito, Gabrielle constituiu família com Bernard Melvin. Nada obstante o decurso de lapso temporal considerável após a ocorrência do julgamento, Dorothy Davenport Reid produziu o filme chamado Red Kimono, no qual retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle.

O marido Melvin, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa, tendo a Corte californiana julgado procedente o pedido. Entendeu-se, no caso, que, ao ter uma vida correta, a pessoa tem o direito à felicidade, o qual inclui estar livre de ataques ao seu caráter e posição social. Embora não tenha assim referido explicitamente, o Tribunal reconheceu a existência do “Direito ao Esquecimento”.

2.1.3 Caso Lebach (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

Quatro soldados do exército Alemão, em 1969, foram assassinados, e um quinto gravemente ferido, para se efetuar um furto a um galpão de armamentos e munições. Os dois principais acusados pelo crime foram condenados à prisão perpétua, e um terceiro, partícipe do planejamento, foi condenado a seis anos de reclusão.

Quatro anos após o delito, uma rede de televisão alemã quis produzir um documentário. A reconstituição, além de detalhar o crime, focou numa suposta relação homossexual entre os condenados, o que resultou na exposição do nome e foto destes.

O terceiro acusado, já tendo cumprido mais da metade de sua pena, buscou a tutela do Estado alemão para que fosse garantido o seu direito ao esquecimento, haja vista ser parte do processo de ressocialização do criminoso, não podendo o condenado ser novamente julgado, dessa vez por juiz mais cruel: a opinião pública.

2.2 Utilização do Instituto Brasil: Casos Paradigmáticos

O Direito ao Esquecimento, no Brasil, embora não tenha disciplina explícita no ordenamento jurídico, encontra respaldo nas matérias referentes à tutela da privacidade e intimidade, cujo arcabouço é extraído dos artigos 5º, X, XI e XX da Carta Magna e dos artigos 20 e 21 da Codificação Civil.²⁰

Ainda, o Marco Civil da Internet (Lei nº 13.709 de 2014) inovou, ao trazer em seu artigo 7º, X, a disciplina sobre o tema (ainda que breve e, de certa forma, incompleta diante da complexidade do assunto). Referido dispositivo dispôs que se trata de um direito do usuário, *in verbis*: a “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.”.

Atentos à relevância do direito em questão e à necessidade de debater sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal, durante a VI jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 531 que diz: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”.

Embora se verifique incipiente preocupação por parte do legislativo – havendo, inclusive, projetos de lei para disciplina do assunto -, a discussão no Brasil se iniciou, de fato, a partir de alguns casos paradigmáticos, como o caso “*Linha-Direta: o assassinato da Candelária*” e o “*Linha-direta: caso Aída Jacob Curi*”. Conforme se verá a seguir, ambos os julgamentos obtiveram diferentes resultados. A partir deste momento, a jurisprudência pátria passou a delinear critérios para invocação do direito em questão.

2.2.1 Caso “*Linha-Direta: o assassinato da Candelária*”

Em 23 de julho de 1993 ocorreu um dos crimes mais marcantes da história brasileira, episódio este que ficou conhecido como *Chacina da Candelária*²¹. Neste crime, oito jovens - dentre eles seis menores de idade - em situação de rua foram

²⁰ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf]. Acesso em: 02 de dez. de 2018.

²¹ Memória Globo: **Chacina na Candelária**. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/chacina-na-candelaria/jornal-national-sobre-a-chacina.htm>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

assassinados próximo à Igreja da Candelária, localizada na região central do Rio de Janeiro.

No ano de 2006, a história e os nuances do referido crime foram retratados no programa *Linha-Direta*, criado e reproduzido pela Rede Globo de Telecomunicações. Por conta do episódio, um dos acusados – que foi absolvido por unanimidade pelo conselho de sentença do tribunal de júri – ingressou com uma ação em face da emissora para reparar os danos causados pela exposição do acusado. Para tanto, o autor da demanda alegou que a rememoração do fato lhe expôs – novamente - ao ódio social. Pugnou, ao fim, pelo reconhecimento do Direito ao Esquecimento na hipótese.

Acompanhando o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o RESP nº 1.334.097 – RJ, entendeu casuisticamente que, no conflito entre o direito à liberdade de informação (art. 220, CR) e o direito à proteção da vida privada (art. 5º, X, CR), o Direito ao Esquecimento deveria prevalecer, nada obstante a licitude do conteúdo esposado.

2.2.2 Caso Aída Jacob Curi

Em 14 de julho de 1958, Aída Jacob Curi, uma jovem de classe média foi encontrada morta na Avenida Atlântica, próxima à Rua Miguel Lemos, no bairro de Copacabana, bairro da Zona Sul do Rio de Janeiro. Após o término das (conturbadas) investigações, concluiu-se que a jovem fora jogada do 12º andar do Edifício Rio-Nobre, após ser brutalmente estuprada por três homens, incluindo um menor de idade.

Em 2004, o programa *Linha-Direta* efetuou uma reportagem sobre o referido delito, onde explicitou detalhes do delito em questão. Diante do episódio, os irmãos de Aída Curi - Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curi – interpuseram ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem contra a Rede Globo de Telecomunicações. Alegaram que a exibição reabriria feridas antigas na vida da família da vítima.

Na hipótese, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça casuisticamente entendeu que a liberdade de imprensa (art. 220, CR) deveria preponderar sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts 5º, X e 220, §1º, Constituição da República), uma vez que os fatos revelavam notícia histórica

de repercussão nacional. Portanto, entendendo tratar-se de dado histórico, o pedido de indenização por danos morais foi negado, assim como o de reparação de danos materiais, porquanto o uso da imagem foi feito de modo lícito.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO PENAL: (RE)PENSANDO OS MAUS ANTECEDENTES

3.1 Direito Penal e Temporalidade

Consoante se observa do ordenamento jurídico brasileiro e dos princípios basilares que informam a matéria, o Direito Penal é regido todo por regras de *temporalidade*, ou seja, os institutos penais são caracterizados por uma delimitação temporal. Além do já citado lapso temporal (de 05 anos) para consideração da agravante da reincidência, é possível verificar outros exemplos em que esta característica se revela.

Ab initio, cita-se o esposado no artigo 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda a imposição de penas de caráter perpétuo. No mesmo sentido, alude-se ao exposto no artigo 75 do Código Penal, que dispõe que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

O artigo 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”. Na mesma linha, o artigo 748 do Código de Processo Penal situa que, concedida a reabilitação, “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.”.

Observa-se, ainda, a temporalidade prevista no instituto da prescrição (artigo 109, Código Penal) e da decadência (artigo 38, Código de Processo Penal).

3.2 Direito ao Esquecimento e Antecedentes Criminais: violação da regra de temporalidade?

Os antecedentes criminais são utilizados pelo magistrado para exasperação da pena-base, na primeira fase da dosagem da pena, sempre que a condenação não é considerada para fins de reincidência (art. 61, I, Código Penal).

No que diz respeito à caracterização dos maus antecedentes, a doutrina divide-se: a) a posição tradicional considera maus antecedentes os inquéritos, processos criminais em curso e absolvição por falta de provas e a extinção do feito pela prescrição; b) a posição crítica, por sua vez, considera maus antecedentes somente condenações criminais definitivas anteriores que não configuraram reincidência, excluindo todas as outras hipóteses.²²

Conquanto presente a divergência doutrinária, considerando a previsão constitucional da presunção de inocência (ou não culpabilidade), é correto afirmar que inquéritos policiais e ações penais em curso, bem como ações penais que obtiveram como resultado a absolvição por falta de provas ou mesmo a prescrição, não podem ser consideradas como antecedentes, sob pena de constitucionalidade²³. Tal entendimento, inclusive, encontra-se consolidado na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.".

Ademais, parte da doutrina entende que os antecedentes não exasperam a pena do condenado de forma automática, devendo, para tanto, o magistrado analisar as condições sociais e o contexto vivenciado pelo acusado:

É importante notar que a presença de antecedentes não necessariamente significa que a balança da pena deva pesar em desfavor do condenado. É necessário analisar o tema contextualizadamente, o que significa **verificar as condicionantes sociológicas do apenado, no contexto do chamado princípio de cocalpabilidade ou culpabilidade social, distribuindo a carga de reprovação entre o indivíduo e a sociedade, de acordo com o domínio de um e de outro a respeito do comportamento em questão**. Uma análise completa comporta discutir o histórico social de oportunidades do indivíduo e sua relação com o sistema repressor.²⁴ (grifo acrescido)

A reincidência, ao revés, surge no momento em que o agente comete um novo crime após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 63, Código

²² DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – parte geral, 3º edição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 52.

²³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, 3º edição**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 404.

²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição**. São Paulo: Atlas, 01/2017, p. 841.

Penal), desde que não tenha perpassado lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior (art. 64, I, Código Penal) e que o crime anterior não seja militar próprio ou político (art. 64, II, Código Penal). Tal instituto é uma agravante, analisada, portanto, na segunda fase da dosagem da pena.

A omissão legislativa no tocante ao estabelecimento de prazo para utilização dos antecedentes criminais viola a ideia da temporalidade debatida no tópico antecedente e, mais, é estigmatizante, uma vez impede que o apenado se (re)introduza na sociedade por completo.

Aceitar esse efeito estigmatizante (maus antecedentes) é reconhecer o malfadado permanente etiquetamento, tão combatido pela moderna visão da criminologia crítica, colocando o condenado de outrora, por toda a sua vida, à margem da sociedade, dificultando sobremaneira a ressocialização do condenado e produzindo efeitos perversos em sua vida futura.²⁵

Neste espectro, é possível verificar que o Direito ao Esquecimento pode (e deve) ser utilizado como fundamento para reestabelecer a primariedade na certidão criminal do condenado. Leia-se: não obstante o registro conste das informações acessíveis ao magistrado, este não poderá considerá-la para fins de aumento de pena, pois tal medida viola uma série de princípios penais basilares:

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.²⁶

Embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha se direcionado no sentido da aplicabilidade do Direito ao Esquecimento no tocante aos antecedentes criminais, é notório que as decisões exaradas não estabeleceram critérios para a delimitação temporal dos antecedentes, limitando-se a referi-los como “muito antigos”

²⁵ PÊCEGO, Antônio José F. de S; SILVEIRA, Sérgio da. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP - Curso de direito constitucional, 12ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 572.

ou a mencionar o “longo período decorrido desde as condenações” como nos casos do Recurso Especial nº 1707948²⁷ e *Habeas Corpus* nº 391015, respectivamente.

Assim, o aprofundamento da presente discussão – tanto na doutrina quanto na jurisprudência – é necessário para que se possam estabelecer novas diretrizes para a utilização (ou não utilização) dos maus antecedentes.

3.3 Antecedentes Criminais: Necessidade de Nova Interpretação

Diante do cenário exposto, verifica-se a necessidade de (re)visitação dos institutos da reincidência e maus antecedentes, bem como que, sistematicamente, se (re)pense na forma de sua utilização.

Assim, alguns autores propõem que os maus antecedentes devem observar a mesma regra temporal da reincidência. Neste espectro, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho²⁸, bem como Paganella Boschi, advogam que “*por uma questão de lógica, o lapso de cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena, que, segundo o art. 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve ser estendido também aos antecedentes para expurgar os efeitos da não primariedade*”.

No mesmo sentido, César Roberto Bitencourt²⁹ aponta a “*a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia.*”

Por fim, Paulo César Busato³⁰ expõe o raciocínio lógico de que:

O sistema de fixação da pena (arts. 61, inciso I, e 64 do Código Penal) estabelece que uma condenação havida em prazo não superior a cinco anos do cumprimento da pena anterior caracteriza a reincidência, que é circunstância agravante genérica e, por outro lado, estabelece ser possível a declaração de reabilitação do condenado (art. 94 do Código Penal) quando

²⁷ “A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. Entretanto, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.” (STJ - REsp: 1707948 RJ 2017/0282003-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 10/04/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2018)

²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**, 2^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52.

²⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral**, 23^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 1.717.

³⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral**, 3^a edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 842.

passados dois anos da condenação, cumpridas certas condições, tenha mantido bom comportamento, o que inclui, por óbvio, a vedação a nova prática delitiva. Decorre da conjunção desses dois dispositivos que uma condenação ocorrida há mais de cinco anos, preservados os requisitos da reabilitação, jamais poderia ser considerada antecedentes, em desfavor do réu, a menos que fosse admitida a flagrante incongruência entre a afirmação do Estado de que ele está reabilitado e, ao mesmo tempo, ele ser merecedor de uma pena diferenciada entre ele e aqueles que jamais foram condenados.

Além do entendimento exarado pela doutrina, podem-se trazer à discussão as seguintes questões: é necessário, de fato, que a legislação penal estabeleça os (maus) antecedentes como circunstância judicial que justifique o aumento da pena do condenado? Somente a existência da agravante da reincidência (art. 61, I do Código Penal) não bastaria para exasperação da pena do réu? Não seria, à luz do exposto nos tópicos anteriores, incompatível com a lógica do sistema penal a utilização dos (maus) antecedentes?

Dante desses questionamentos – e a fim de verticalizar o debate acerca da incompatibilidade da utilização dos maus antecedentes no ordenamento pátrio – analisar-se-á a incompatibilidade da utilização dos (maus) antecedentes sob três aspectos: a) vedação às penas de caráter perpétuo; b) necessidade de observância ao princípio da legalidade; e, por fim, c) vedação ao *ne bis in idem*.

Em primeiro lugar, observa-se que a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria da pena em razão da existência de condenação anterior, sem considerar determinado lapso temporal, viola o exposto no artigo 5º, XLVII, “b” da Carta Magna, que diz respeito à vedação às penas de caráter perpétuo. Isto porque, a consideração dos maus antecedentes de forma indefinida faz com que um dos efeitos da condenação sejam suportadas pelo condenado de forma perpétua, em violação direta ao respectivo dispositivo constitucional.

Por conseguinte, a utilização dos maus antecedentes também viola o conteúdo do princípio da (estrita) legalidade que permeia o Direito Penal, uma vez que a construção do conceito dos maus antecedentes e sua distinção para o instituto da reincidência foi desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, e não propriamente pela legislação penal.

Em que pese as leis penais se utilizaram, frequentemente, da expressão maus antecedentes, a extensão dada a ela e até mesmo seu conceito são fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Assim, a interpretação de que os maus antecedentes se referem às condenações penais transitadas em julgado que não se prestam para efeitos de reincidência e sua utilização

indistintamente no tempo para agravar a reprimenda do agente, não estão previstas em qualquer diploma legal, o que permite afirmar, desde logo, que tal interpretação fere o princípio da legalidade. O princípio da legalidade no âmbito penal ainda impõe que a lei penal deve ser precisa, delimitando a conduta lesiva e suas consequências e assim, impossibilitando a utilização do processo integrativo da analogia para preencher eventuais lacunas.³¹

Por fim, observa-se que a consideração dos maus antecedentes – e, nesse ponto, também da reincidência - trata de violação à regra do *ne bis in idem*. Assim se infere, pois, em observância à regra em questão, o apenado não pode responder ser apenado vezes pela mesma conduta.³²

Ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se em verdade valorando e punindo uma segunda vez a infração anteriormente praticada, em relação à qual já foi o autor sentenciado, chegando-se por vezes a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em seis anos de reclusão (tráfico de droga), um aumento de dois terços em face da reincidência, aplicando pena definitiva de dez anos.

Dante do exposto, é necessário que a doutrina e jurisprudência (re)pensem a forma de utilização deste instituto como circunstância judicial de aumento de pena, uma vez que, conforme acima explicitado, mostra-se incompatível com outros aspectos do Direito Penal.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO PENAL E A INTERNET: REFLEXOS

Como se sabe, a *internet* trata-se de essencial ferramenta da vida moderna, a qual modificou a forma pela qual as pessoas compartilham e acessam informações. Além de ter se tornado essencial para o funcionamento de diversas estruturas, hodiernamente a sua utilização deixou de ser apenas uma necessidade e passou a ser um direito – o qual é consagrado pelo Marco Civil da Internet em seu artigo 7º -, dada a necessidade de informar e ser informado na atual dinâmica social.

³¹ TERRA, Lilian Sousa; ALVARENGA, Altair Resende. Os maus antecedentes são perpétuos? **Revista Curso Direito UNIFOR**, Formiga, v. 6, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2015

³² QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral, 4º edição**. Rio de Janeiro, Editora Jumen Juris, 2008, p. 50.

Devido ao intenso fluxo de dados disponibilizado na rede, torna-se cada vez mais difícil controlar a utilização dos dados pessoais. Em decorrência disto, torna-se cada vez mais difícil excluir ou a desindexar determinada informação das redes. Essas são algumas das dificuldades advindas da *sociedade da informação*, que diz respeito à nova formação política, social e econômica firmada por relações em rede, centrada na coleta, seleção, triagem e distribuição de dados por meio das tecnologias da informação, onde os processos e funções essenciais em sociedade permanecem em constante transformação.³³

Além dos desafios de ordem técnica, haja vista a dificuldade de se exercer um efetivo controle sobre o ambiente virtual, em razão de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade das mudanças tecnológicas e a natureza transnacional da internet, a elaboração de critérios para a seleção de conteúdo mostra-se de extrema relevância para a adequada ponderação de direitos, tendo em vista a subjetividade que envolve tanto a exclusão quanto a desindexação de determinado conteúdo. Em regra, o intérprete deverá realizar um balanceamento de interesses existenciais composto, de um lado, pelos direitos à liberdade de expressão, à livre manifestação do pensamento, à informação, à memória e à verdade histórica e, de outro, pelos direitos à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra e à identidade pessoal.³⁴ (grifo acrescido)

Diante da sociedade de informação que vivemos, o Direito ao Esquecimento se mostra um desafio. A *internet*, repisa-se, como instrumento essencial da sociedade moderna, revolucionou as mídias sociais e tornou a memória algo que intimida a vida das pessoas. Isto porque, a qualquer momento, algo negativo ou vexatório – do passado - pode ser trazido à tona.

Assim, por vezes, dois direitos fundamentais entram em colisão: de um lado, tem-se o direito fundamental à informação e a liberdade de expressão (art. 5º, IX, Constituição da República); e, de outro, o direito à liberdade individual e a privacidade (art. 5º, X, XI e XII, Constituição da República).

Nestes casos, faz-se necessária a utilização da técnica interpretativa denominada ponderação. Conforme leciona Barroso³⁵, a ponderação é uma técnica

³³ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaquelaine Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 71-98, out. 2016.

³⁴ DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA EXPRESSÃO POSSÍVEL DO DIREITO À PRIVACIDADE. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional, tomo III**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 20.

de decisão própria para os chamados *hard cases*, que são aqueles que não comportam solução mediante subsunção, ou seja, a decisão, nesses casos, envolve escolhas valorativas. A análise do esquecimento, portanto, deve ser realizada casuisticamente, de acordo com as peculiaridades de cada caso, para que não haja violação de direitos.

Alguns autores³⁶ explicitam alguns critérios que devem ser observados nesta ponderação, quais sejam: a) o interesse público na divulgação da notícia; b) a atualidade e a pertinência da exposição do fato ou da informação; c) a veracidade do fato; d) a forma como o fato é ou será exposto; e) a essencialidade deste conteúdo para a transmissão da notícia; f) a expectativa de privacidade do retratado; g) o lugar onde ocorreu o fato; e h) o papel desempenhado pela pessoa retratada na vida pública.

Além dos critérios trazidos pela doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência atual, também elenca critérios para o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, sendo eles: a) natureza de direito subjetivo; b) titularidade da pessoa a respeito de quem é a informação publicada; c) proibição da permanência ou de nova veiculação de informação mediante comunicação; d) exigência de indenização por danos patrimoniais e morais em decorrência da manutenção ou veiculação ilícita da informação; e) posição obrigacional passiva do sujeito que mantém, veicula ou publiciza a informação; f) ocorrência do sopesamento do interesse privado do ofendido e o interesse público na informação; e g) condição de que, com o passar do tempo, a informação originalmente publicada tenha perdido relevância.³⁷

Dentro do exposto, passa-se a analisar, nos tópicos seguintes, a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento em duas distintas hipóteses: a) no caso do réu condenado; b) no caso de réu absolvido.

4.1 Réu condenado, Internet e Direito ao Esquecimento

³⁶ DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA EXPRESSÃO POSSÍVEL DO DIREITO À PRIVACIDADE. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

³⁷ COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 411-435.

Haverá casos em que o Poder Judiciário terá de decidir sobre a retirada de informações – sobre condenações criminais anteriores - de *sites* e redes sociais que, hoje, suprem e substituem, em muitos casos, a ficha de registros de antecedentes.

Embora não se possa estabelecer uma solução imediata para o conflito em questão, eis que a análise deve ser realizada com as nuances do caso sob análise, não pode passar despercebido pelo julgador que a legislação penal brasileira é permeada pela ideia de *ressocialização* do condenado. A inobservância desta condição pode dar azo ao cometimento de injustiças, impedir que o condenado se reabilite e persiga sua vida.

Assim, deve o julgador considerar que a legislação infraconstitucional garante que os condenados que já cumpriram pena têm *direito* ao sigilo da folha de antecedentes criminais (artigo 748 do Código de Processo Penal), assim como a exclusão dos registros da condenação e a reabilitação (artigos 93 e seguintes do Código Penal). Neste sentido, denota-se que a legislação penal, ao prever estes institutos, objetivou que o acusado, após o devido cumprimento da pena, se reinserisse na sociedade sem o estigma de “criminoso” – ou qualquer outro estigma.

Antigamente, a retirada da informação da ficha de registros era, por si só, suficiente para garantir ao condenado os direitos de ressocialização e reabilitação. Porém, não é o que hoje ocorre. Pouco adianta que a legislação penal garanta o direito ao recomeço e se preocupe em apagar os registros criminais do condenado, se, com um mero *googlar*, todas as informações sobre o seu passado venham à tona.

Ora, se o sujeito comete um ato delituoso, é devidamente apenado e cumpre, na íntegra, a sanção imposta, há que se reconhecer que a sua “dívida” com o Estado e com a sociedade está quitada, não sendo razoável que o erro cometido no passado – já pago – siga repercutindo juridicamente e tampouco socialmente.

Nesse ponto, é dizer: qualquer pessoa possui o direito ao recomeço. Sim, o direito ao recomeço caminha de mãos dadas com o direito à esperança e são decorrências lógicas de um sistema centralizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como bem salientou o Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto no caso “*Linha-direta: a chacina da Candelária*” (RESP 1.334.097 – RJ):

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento

jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

Assim, cumprida a pena daquele que é criminalmente condenado, nasce o direito de recomeçar uma vida sem estigmas e sem que o passado, seja jurídica ou seja socialmente, esteja sempre batendo à porta, razão pela qual há que se garantir o sigilo dos registros criminais mas, mais do que isso e sempre considerando a análise casuística, a retirada das informações inseridas na Internet a respeito do fato criminoso pretérito.

4.2 Réu absolvido, Internet e Direito ao Esquecimento

Observa-se, ainda, que o direito ao esquecimento – especificamente no que refere à Internet - não surge apenas nos casos de condenação com pena já cumprida e extinta, mas também nas situações de posterior absolvição ou nos casos em que o sujeito é condenado pela *opinião pública*, não obstante jamais tenha sido condenado pelo Poder Judiciário. Cita-se, a título exemplificativo, o caso da Escola Base³⁸.

Naturalmente, se há direito de alguém que comprovadamente errou, no passado, apagar tal erro e recomeçar a vida sem uma marca social eterna, após o cumprimento da sanção imposta, o mesmo se deve reconhecer para aquele que a)comprovadamente nunca errou (teve, portanto, uma absolvição com reconhecimento de inexistência de autoria ou materialidade, por exemplo) ou para aquele que nunca se comprovou juridicamente o erro (teve, portanto, absolvição por insuficiência probatória ou prescrição, por exemplo).

Acaso haja veiculação de informação sobre uma denúncia criminal e haja uma posterior absolvição, o acusado poderá solicitar que a informação (sobre a denúncia) seja retirada ou, ao menos, que a informação seja complementada (com os dados sobre a absolvição), de modo que aqueles que tenham acesso à informação, saibam do início, mas também do justo desfecho do processo criminal.

O mesmo há que se dizer sobre aqueles que não foram absolvidos, mas que jamais foram efetivamente condenados pelo Poder Judiciário. Ora, se o órgão

³⁸ SILVA, Gabriela de Barros. **Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

competente não realizou tal julgamento, não pode a sociedade fazê-lo. Assim, há o direito do envolvido em solicitar que conste, da notícia veiculada, a informação de que a condenação judicial não se efetivou, seja por insuficiência probatória, seja por prescrição, seja pela razão que for.

Aqui, há que se recordar que um dos fundamentos da prescrição penal é justamente sancionar a demora estatal na efetivação do processo e da condenação. Assim, se advém um instituto que busca sancionar o Estado pela sua inércia, não parece razoável que tal instituto repercuta negativamente para o réu, que, nesse caso, jamais terá a oportunidade de comprovar a sua inocência. Assim, ao menos socialmente, o réu deve contar com a possibilidade de pleitear que as informações veiculadas na Internet sejam complementadas com a informação da não-condenação.

O mesmo raciocínio, por fim, pode ser aplicado às absolvições advindas da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Se o Estado não obteve êxito em produzir provas suficientes para embasar uma condenação, razão não há para que o acusado permaneça eternamente veiculado à informação de que foi acusado e processado. Terá tal acusado o direito de pleitear que a notícia seja complementada com a informação de que, ao término do julgamento, o crime não restou comprovado.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão e a luz de todo o exposto, é necessário que se repense a utilização dos antecedentes criminais – instituto que não conta com delimitação temporal - como circunstância para exasperação da pena-base: não é razoável que a condenação criminal de alguém repercuta perpetuamente, de modo a sopesar negativamente (e eternamente) na (próxima) pena imposta.

A ausência de estipulação de prazo pela lei, como visto, viola a ideia de temporalidade que caracteriza o Direito Penal e, consequentemente, viola os mais basilares princípios do Direito Penal. E é neste contexto que ganha relevância o Direito ao Esquecimento na seara penal, podendo ser compreendido como um verdadeiro direito ao recomeço ou direito à esperança.

Assim, embora já se tenham observados avanços no tocante à (não) utilização ilimitada dos antecedentes criminais para fins de aumento da pena-base - precípuamente pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo

Tribunal Federal -, ainda é necessário que se estabeleçam critérios mais específicos que superem o vácuo legislativo existente em relação à matéria.

Por fim, necessário dar um passo além e reconhecer que, numa sociedade tão marcada pela informação (e informatização), a garantia de sigilo dos registros tornou-se insuficiente para o alcance da reabilitação e ressocialização do agente. É indispensável enfrentar a discussão sobre informações criminais que são publicadas na Internet e que violam, também, o Direito ao Esquecimento, o direito ao recomeço e o direito à esperança.

6 REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. MENDONÇA, Christopher. O Brasil está preparado para o Direito ao Esquecimento? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 105/2018, p. 77 – 95, Jan – Fev.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional, tomo III**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral, 23ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>]. Acesso em: 02.12.2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 841.

CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade, 4ª edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 411-435.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, 3º edição**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 404.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA EXPRESSÃO POSSÍVEL DO DIREITO À PRIVACIDADE**. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – parte geral, 3º edição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 52.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, Parte geral – 5ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age. Nova Jérsei: Princeton**, 2009, 253 p. Resenha de: ACIOLI, Bruno de Lima. **Revista**

Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 15, p. 251-260, maio/ago. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. **Revista dos Tribunais: RT**, São Paulo, v. 104, n. 960, p. 249-267, out. 2015.

Memória Globo: **Chacina na Candelária**. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/chacina-na-candelaria/jornal-nacional-sobre-a-chacina.htm>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - Curso de direito constitucional, 12ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaquelaine Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 71-98, out. 2016.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Análise Quanto ao Instituto da Reincidência no Sistema Jurídico Penal Brasileiro. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 88-95, fev./mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena, 6º edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional, 3ª edição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; SILVA, Roberto Baptista dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109 Jun./Set. 2014, p. 397-420.

PÊCEGO, Antonio José F. de S; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.

PECK, Patricia. **Direito Digital, 6º edição**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 173.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral, 4º edição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada, 3ª edição**. Atlas, 2014.

SILVA, Gabriela de Barros. **Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

TERRA, Lilian Sousa; ALVARENGA, Altair Resende. Os maus antecedentes são perpétuos? **Revista Curso Direito UNIFOR**, Formiga, v. 6, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2015.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. DIREITO AO ESQUECIMENTO: DIMENSÃO DA INTIMIDADE E IDENTIDADE PESSOAL. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao Esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Massachusetts, vol. IV, nº 05, dezembro/1890.