

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 (DIREITO AO ESQUECIMENTO) E SUA REPERCUSSÃO NO LIMITE TEMPORAL DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

THE EXTRAORDINARY APPEAL 1.010.606 (RIGHT TO BE FORGOTTEN) AND THE REPERCUSSION IN THE TEMPORAL LIMIT OF CRIMINAL REGARDS

WARLEY BELO

Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2004). Presidente da OAB/MG – Subseção Venda Nova. Professor de Direito Penal da Escola Superior de Advocacia (OAB-MG) e da Faculdade Kennedy.

Membro do ICP, IAMG, IBCCRIM. Advogado criminalista em Belo Horizonte (1997).

Lattes: [<http://attes.cnpq.br/0570981890549357>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-4620-0457>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v187i187.50>].

warleybelo@adv.oabmg.org.br

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Civil

RESUMO: O Recurso Extraordinário 1.010.606 (Tema 786 do Supremo Tribunal Federal) – sobre “o direito ao esquecimento” (fevereiro de 2021) – trouxe uma limitação conceitual. A hipótese é a de que essa interpretação judicial não irá interferir na evolução do “direito ao esquecimento” para os maus antecedentes (circunstância judicial). A metodologia investiga os fundamentos da jurisprudência e doutrina na área civil, a fim de analisar eventual repercussão na área penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Direito ao esquecimento – Circunstâncias judiciais – Antecedente criminal.

ABSTRACT: The extraordinary appeal 1.010.606 (Theme 786 of the Federal Supreme Court) – about “the right to be forgotten” (February 2021) – brought a conceptual limitation. The hypothesis is this judicial interpretation will not interfere in the evolution of “the right to be forgotten” in the criminal regards (judicial circumstance). The methodology investigates the foundations of jurisprudence and doctrine in the civil area in order to analyze possible repercussions in the criminal law.

KEYWORDS: Criminal Law – Right to be forgotten – Judicial circumstances – Criminal regard.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A repercussão geral e seus efeitos. 3. Os antecedentes. 4. O efeito perpétuo dos maus antecedentes. 5. O direito ao esquecimento na seara civil. 6. O direito ao esquecimento na seara penal. 7. Maus antecedentes e seus limites. 8. Conclusão. 9. Bibliografia. Jurisprudência. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Há preocupação com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1010606,¹ julgado o mérito com repercussão geral em 12 de fevereiro de 2021, em que se formulou a Tese 786 de que “é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento [...]”. Com base nesses dados, preocupa-se com alguma repercussão dessa decisão da área cível com a limitação temporal dos maus antecedentes na seara penal, vez que a teoria do esquecimento é, por vezes, lembrada como um alicerce da pretensão.

Os elementos metodológicos do artigo partem da investigação dos limites dos maus antecedentes na doutrina e jurisprudência pátrias e na formulação da teoria do esquecimento como um dos fundamentos para o término dos efeitos jurídicos dos maus antecedentes.

O problema investigado, pois, é o da repercussão possível dessa decisão do Supremo Tribunal Federal – notadamente castradora – sobre decisões que se utilizam dessa mesma teoria na limitação temporal dos maus antecedentes na dosimetria da pena. Preocupa-se com eventual contaminação. Isso se deve ao fato de o referido direito ao esquecimento, nada obstante ser originário do Direito Civil, ter fomentado o debate acerca da perenidade dos maus antecedentes na dosimetria da pena.

Optou-se por uma abordagem qualitativa da repercussão geral, Tema 786 – da seara cível –, e de outra decisão criminal do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 591.054, também com repercussão geral e formação do Tema 150, além de outras decisões e doutrina para dar embasamento não só teórico, mas também prático. Trata-se, portanto, de estudo de natureza eminentemente aplicada com objetivo descritivo.

Tal investigação apoia-se em método indutivo da experiência de casos concretos específicos e na doutrina especializada, traçando regras gerais de interpretação da perpetuidade dos maus antecedentes com críticas e sugestões.

A hipótese é a de que não haverá nenhuma contaminação da decisão, pois são áreas relativamente independentes do Direito com discussões constitucionais autônomas. Por outro lado, é muito difícil existir argumentação que prepondera sobre a vedação constitucional de penas, ou seus efeitos, de caráter perpétuo.

1. BRASIL. STF *RE 1010606/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli. STF 2021. Data de publicação *DJe* 20.05.2021 – Ata 85/2021. *DJe* 96, divulgado em 19.05.2021. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>]. Acesso em: 03.10.2021.

Iniciaremos averiguando os efeitos da repercussão geral; o conceito, os limites atuais e a perpetuidade dos antecedentes; a origem do direito ao esquecimento no Direito Civil; sua influência na circunstância judicial e a conclusão.

O motivo do estudo foi a preocupação de se regredir na construção doutrinária e jurisprudencial de um limite temporal aos maus antecedentes como uma circunstância judicial. O tema é de relevância primeira porque atinge de forma direta a liberdade dos cidadãos, na medida em que influencia a primeira fase da dosimetria da pena. A questão se mostra atual, viva e relevante, pois passível de configuração não só legislativa, mas doutrinária e jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, apreciando o Tema 786 da repercussão geral, decidiu – em fevereiro de 2021 – que “é incompatível com a Constituição” o direito ao esquecimento na área cível. O que isso significa? Quais os seus fundamentos e limites? A repercussão geral teria o efeito de limitar ou obrigar o raciocínio análogo em relação aos maus antecedentes penais?

2. A REPERCUSSÃO GERAL E SEUS EFEITOS

O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário surge em 2004 com a Emenda Constitucional 45, promotora da reforma do Poder Judiciário. É um instrumento que visa reduzir a demanda de processos. Seus fundamentos legais são o artigo 102, § 3º, da Constituição Federal e, no CPC, os artigos 1.035 e 1.036, acrescidos pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, além do Regimento Interno do STF.

As finalidades da repercussão geral são duas (BARROSO, 2006; MARINONI, 2007; MEDINA, 2016; ROCHA JÚNIOR, 2020). A primeira é a de controlar o acesso à Corte Suprema dos recursos extraordinários com questões constitucionais que tenham relevância social, política, econômica ou jurídica. Quer dizer, cujos interesses ultrapassem os demandantes da causa. O outro objetivo, e aqui a preocupação do artigo, diz respeito à uniformização da interpretação constitucional de todo o Poder Judiciário em casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

O recurso extraordinário é, por assim dizer, julgado em duas fases. Na primeira, analisa-se a repercussão geral da questão constitucional. Sendo ultrapassada essa fase, na segunda, analisar-se-á o caso concreto, em que “se define a moldura interpretativa que o tema constitucional merece receber” (MEDINA, 2016; ROCHA JÚNIOR, 2020).

O efeito *erga omnes* (para todos) é reconhecido legalmente para essas decisões da Corte Suprema (MEDINA, 2016, p. 20).

O julgado se constituirá em precedente sobre a matéria e, conseqüentemente, vinculará todos os demais julgamentos afeitos à matéria. O objetivo é evitar decisões conflitantes em um eterno debate para matéria idêntica com o mesmo fundamento. A natureza vinculativa dessa decisão resulta implícita para os outros órgãos do Poder Judiciário pela própria técnica de seleção dos temas constitucionais que devam ser examinados pela Corte Suprema. Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 52) nomina de “efeito pan-processual, no sentido que se espraia para além do processo em que fora acertada a existência de relevância e transcendência”. O juiz não perde a autonomia para formar a sua convicção, mas uma decisão contrária àquele objeto de decisão proferida no recurso extraordinário, no qual se reconheceu a existência de repercussão geral, será reformada de plano pelo Tribunal Superior. O próprio art. 1.041 do CPC prevê a hipótese de manutenção do acórdão divergente pelo tribunal de origem, hipótese em que o recurso extraordinário, no caso, será remetido ao STF, segundo a sistemática prevista no citado § 1º do art. 1.036. Desse modo, no âmbito do Poder Judiciário, seria ineficaz a resistência a um julgamento com repercussão geral.

Aqui se apresenta o problema central, pois, uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem repercussão geral e servirá de orientação para casos semelhantes nas demais instâncias da Justiça, indaga-se: a interpretação construída nesse tema com repercussão geral atingirá de alguma forma a discussão sobre o “direito ao esquecimento” dos maus antecedentes criminais?

3. OS ANTECEDENTES

O Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal da República (1890) não tiveram nenhuma anotação acerca dos antecedentes. Somente na Consolidação das Leis Penais, de 1932, surgem os primeiros registros sobre o instituto, especificamente no artigo 7º, § 1º, como pré-requisito à concessão da suspensão condicional da pena. Essa é a primeira referência, no Brasil, ao instituto em análise.

No Código Penal de 1940, artigo 42, já se dispõe com toda a sua característica.

Os antecedentes são estudados na dosimetria da pena, especificamente na primeira fase, na busca da chamada pena-base. São oito as circunstâncias judiciais, e elas podem ser classificadas em dois grupos: as subjetivas ou pessoais (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade e motivos) e as circunstâncias objetivas ou reais (circunstâncias, consequências do fato e comportamento da vítima), nos termos do artigo 59 do Código Penal.

A discussão primária, referente ao seu conceito, era sobre sua amplitude, ou seja, sua capacidade de abarcar não só quaisquer registros no histórico criminal

do indivíduo, aí incluídas anotações policiais e inquéritos em curso, mas também situações extrajurídicas, como divórcio, dívidas cíveis, condenações passadas, relacionamentos conturbados, relação no trabalho, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal, historicamente, abarcava esse entendimento mais dilatado, incluindo inquéritos e processos criminais em curso² ou de condenação durante a ação penal³ para que configurassem os maus antecedentes.

O conceito passou a ser limitado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em maio de 2010, editou a Súmula 444, com a seguinte redação: “[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Em 17 de dezembro de 2014, foi fixado pelo STF o Tema 129⁴ com repercussão geral no Recurso Extraordinário 591.054, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de somente poder valorar como maus antecedentes as decisões transitadas em julgado, com olhos no disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Passou-se, assim, a serem imprestáveis – para a mácula dos antecedentes – as investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que em grau de recurso, para ambas as Cortes de cúpula.

Essas anotações na folha de antecedentes contam como maus antecedentes, a partir dos cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena, porque, em prazo inferior, trata-se de reincidência.

Portanto, os maus antecedentes não incluem inquéritos, processos em andamento, absolvições, arquivamentos, infrações disciplinares ou atos infracionais. Os maus antecedentes se referem às condenações transitadas em julgado por crimes anteriores ao fato, se não constituírem a reincidência. Hodiernamente, pois, limita-se a verificar a certidão de antecedentes criminais. É um estudo sobre a

2. Admitindo inquéritos policiais, ações penais em curso e condenações com trânsito em julgado há mais de cinco anos: BRASIL. STF HC 72.093/SP, número único: 0002611-04.1994.0.01.00001995, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23.03.1995. STF, 1995. Disponível em [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1603485]. Acesso em: 18.02.2021; BRASIL. STF HC 73.394/SP, número único: 0003054-18.1995.0.01.0000, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.1996. STF, 1996. Disponível em [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1630123]. Acesso em: 18.02.2021.
3. BRASIL. STF HC 82.202/RJ, número único: 0002615-60.2002.0.01.0000, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.12.2002. STF, 2002. Disponível em [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2033999]. Acesso em: 18.02.2021.
4. BRASIL. STF RE 591054. STF, 2015. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 26.02.2015. STF, 2015. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2631969]. Acesso em: 21.02.2021.

vita anteacta criminal. Analisa-se, na outra circunstância, a “conduta social” do réu, suas relações familiares, de trabalho, de estudo, enfim, o meio em que ele vive em geral. Dessa forma, pode-se dizer que os antecedentes se reduziram aos precedentes judiciais.

As consequências de ter gravame nos antecedentes ultrapassam a simples dosagem da pena.⁵ Seus limites, entretanto, continuam sem balizas claras. Por conta disso, em 23 de novembro de 2020, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.818, fixou-se o Tema 150, o segundo sobre o assunto antecedentes. Nessa repercussão geral, discutiu-se se as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serviriam como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. A relatoria foi do ministro Roberto Barroso. Aqui tem início o debate sobre os limites temporais dos antecedentes, momento esse que ainda persiste.

De qualquer forma, nesse processo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 1º de novembro de 2007, deu parcial provimento ao recurso de apelação ministerial para condenar o recorrido por crime de corrupção de menores. Entretanto, na dosimetria não considerou os maus antecedentes de condenação extinta há mais de cinco anos.

A matéria era muito sensível, sobretudo quando conhecida a dicotomia divergente entre os órgãos fracionários do Supremo. Até a repercussão geral desse Tema 150, podíamos dizer, *grosso modo*, que a 1ª Turma do STF⁶ avaliava que os cinco anos de prazo previsto no artigo 64, I, CP, contados da data do cumprimento ou da extinção da pena, afastavam a reincidência, mas não se prestavam a extirpar os maus antecedentes que permaneceriam (assim entendiam os ministros,

5. Os maus antecedentes acarretam ingerência em vários institutos. Eles se prestam para, além da dosimetria da pena: escolha da pena aplicável, entre as legalmente previstas; fixação do regime inicial (artigos 33, § 3º, e 59, CP); eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, 60, § 2º, CP); sursis (artigo 77, CP); sursis especial (artigo 78, § 1º, CP); transação penal (artigo 76, § 2º, III, Lei 9.099/95); suspensão condicional do processo (artigo 89, Lei 9.099/95); progressão para o regime aberto (artigo 114, II, LEP); conversão da pena privativa de liberdade para restritiva de direito (artigo 180, LEP). De igual forma, na Lei 9.605 (Lei Ambiental), em que, nos artigos 6º e 7º, há expressas disposições referentes à aplicação da pena e os antecedentes. Também no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas (Lei 11.343) há expressa menção.
6. BRASIL. STF. AgReRE 1.242.441, número único: 0014016-51.2018.8.16.0019. STF, 2019. Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJ 19.12.2019. STF, 2019. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5802219]. Acesso em: 21.02.2021.

exceto o Ministro Marco Aurélio).⁷ Em posição diametralmente oposta estava a 2ª Turma,⁸ ou seja, entendia que passados os cinco anos, o prazo extinguiu a reincidência e os maus antecedentes ao mesmo tempo. Existem muitos outros precedentes nesse sentido também.⁹

A doutrina segue dividida. Entende que o prazo quinquenal é só para a reincidência, por exemplo, Fernando Capez (2013, p. 490). Por outro lado, autores sustentam que se estende o prazo quinquenal da reincidência para alcançar os maus antecedentes, como Salo de Carvalho (2015, p. 361), José Boschi (2014, p. 200), Cezar Roberto Bittencourt (2014, p. 297) e Paulo Queiroz (2010, p. 456-457).

A ideia central, como se observa, é a de que quem pode o mais, pode o menos. Sendo a reincidência uma agravante (artigo 61, I, do CP), muito mais prejudicial do que os maus antecedentes – uma circunstância judicial (artigo 59) –, é de se notar que findo aquele, com muito mais razão se deveria findar este.

Nada obstante a posição majoritária da doutrina, a Corte Suprema decidiu de acordo com a posição adotada pela 1ª Turma, qual seja, o prazo quinquenal é exclusivo da reincidência.¹⁰ Fixou-se, assim, a Tese 150: “[n]ão se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”.¹¹

7. BRASIL. STF *Habeas Corpus* 115.304/MG, número único: 9966499-30.2012.0.01.0000. STF, 2016. Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 26.04.2016. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4306467]. Acesso em: 25.02.2021.
8. A título de exemplo: BRASIL. STF *Habeas Corpus* 133.077/SP, número único: 0011216-10.2016.1.00.0000. STF, 2016. Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJ 29.03.2016. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930251]. Acesso em: 25.02.2021. Também: BRASIL. STF *Habeas Corpus* 142.371/SC, número único 0003307-77.2017.1.00.0000. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 12.06.2017. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5162903]. Acesso em: 15.02.2021.
9. Citamos um: BRASIL. STF *Habeas Corpus* 130.500/RJ, número único: 0006758-81. 2015.1.00.0000. STF, 2015. Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJ 18.12.2015. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4854458]. Acesso em: 23.02.2021.
10. BRASIL. STF Recurso Extraordinário. RE 593.818/SC, sem número único. Relator Min. Roberto Barroso, DJ 18.08.2020. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160]. Acesso em: 14.02.2021.
11. BRASIL. STF RE 593.818/SC, sem número único. Relator Min. Roberto Barroso, DJ 18.08.2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436815/false]. Acesso em: 05.03.2021.

O dissenso entre as turmas e a doutrina, além de ter uma súmula do STJ e dois temas, reflete como o instituto é complexo e vivo.

De qualquer forma, apesar de a discussão do Tema 150 ter analisado se os maus antecedentes possuem o limite quinquenal da reincidência, margeou, mas não enfrentou, a questão central deste artigo. Quer dizer, nessa decisão, concluiu-se que a reincidência e os antecedentes são institutos distintos, possuem finalidades diversas no ordenamento brasileiro, mas não se decidiu se deve haver ou não algum limite temporal dos maus antecedentes. Não se adentrou no princípio da humanidade e nem no direito ao esquecimento, que proíbe a pena e seus efeitos perpétuos.

O momento atual da discussão dos maus antecedentes, portanto, está em delimitar o seu alcance temporal.

A consideração dos maus antecedentes no tempo se dá de forma discricionária pelo julgador. É valorado em conjunto com as outras circunstâncias judiciais, tudo com o escopo de encontrar uma pena que seja necessária e suficiente à prevenção e à reprovação do crime. Nada impede, portanto, que o julgador possa desconsiderar condenações pretéritas fundamentando que são desimportantes ou distanciadas no tempo, nada obstante o silenciamento legislativo.

4. O EFEITO PERPÉTUO DOS MAUS ANTECEDENTES

O direito penal é essencialmente limítrofe ao poder de punir. Essa concepção surge na primeira geração dos direitos do homem como direito negativo e permanece até hoje. O jugo penal ganhou assim uma radical mudança de finalidade e conceito, desde que ultrapassados os umbrais da Idade Média e Moderna.

Passada a influência iluminista, surgiu com extrema força o positivismo, cuja obra de referência é a do médico Cesare Lombroso, “L’Uomo delinquente”, de 1876. Sua influência perdura até hoje, não só no aspecto jurídico, mas também social, na construção de um ser atávico. Não há cura para esse delinquente que é “defeituoso, o estranho, o diferente; é preciso projetar-se perante ele, a sociedade deve defender-se dele” (HASSEMER, 2005, p. 61).

A preocupação central do positivismo era estudar o homem criminoso e não seus crimes, os fatos em si. Como os antecedentes não se prestam para a formação da culpa do acusado, temos que sua análise é puramente subjetiva para a avaliação da pena, maior ou menor, a depender do histórico criminal do condenado. Teoricamente, o julgador só observa os antecedentes na fixação da pena e não se deixa influenciar por eventual gravame na discussão do mérito. Na prática, todavia, sabemos que o pensamento positivista ainda permeia os umbrais do

inconsciente jurídico, a permitir o silogismo equivocando de que, se errou uma vez, se cometeu um crime, certamente irá cometer outro. Nesse segundo crime, entretanto, haverá de lhe ser aplicada maior reprimenda, pela ousadia de enfrentar novamente o Estado. Tanto pior quanto menor o tempo entre os crimes, pois, abaixo de cinco anos, como vimos, poderá ser a agravante de reincidência (artigo 61, I, CP). Se forem duas abaixo de cinco anos, uma será reincidência e a outra, maus antecedentes. Se houver muitas condenações, não estando no lapso temporal da reincidência, uma seria de maus antecedentes; duas, conduta social negativa; e três – ou mais –, personalidade voltada para o crime, esparramando, assim, o número de condenações em outras circunstâncias judiciais. Isso não configuraria *bis in idem* porque seriam fatos geradores diversos (GOMES, 2007). Ou seja, deve-se punir mais aquele que errou no passado porque é mais perigoso.

A ideia de periculosidade, também submetida aos mais diversos pontos conceituais de variantes práticas, presumida *juris et de jure* (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997), se traduz na visão de Lombroso, Garofalo e Ferri do homem criminoso, do homem perigoso, do criminoso lato de personalidade perigosa (FERRI, 1931, p. 415).

Não há nenhuma vantagem para a sociedade em se perpetuar os efeitos de uma condenação. Todos esses efeitos da pena devem ser consumidos pelo tempo, a exemplo da reincidência.

Até mesmo no aspecto humanitário de ser um alívio psicológico ao condenado, ciente de que nada mais deve à justiça. A teoria do etiquetamento – *labelling approach* –, desde a sua concepção inaugural de Howard S. Becker (*Outsiders*), trata ali da criminalização primária e secundária desse processo de estigmatização dos “diferentes” ou “estranhos”. Esse é um vivo processo de seletividade na criminalização.

Uma das etiquetas negativas mais poderosas é a incorporação, pelo próprio selecionado pelas instâncias sociais, dos valores negativos que lhes são atribuídos. Trata-se da seletividade que se inicia na sua rotulação de indiciado, denunciado, réu, condenado, preso, ladrão, homicida, até passar aos eternos registros criminais, mesmo depois de cumprir integralmente a sua pena. Como se diz: sair da prisão é fácil, mas sair do sistema penal é complexo – se é que é possível.

Ao aceitar a influência dos antecedentes depois do cumprimento da pena, o sistema penal reforça o estigma do indivíduo criminalizado, tornando-o rendido ao seu passado. Os “maus” antecedentes criminais significam para o sistema que ele tem uma chance muito maior de voltar a delinquir do que de se “ajustar” à sociedade. Como um “diferente”, indicará a profecia que se realizará por si mesma (*self-fulfilling prophecy*).

A partir de uma condenação criminal, o sujeito passa a ser visto sempre pelo que foi e nunca pelo que é ou poderá ser. O antecedente é, assim, um sofisticado mecanismo legal de se apropriar não só do corpo do ex-detento, mas também de sua alma. O próprio sujeito aceita a pecha de criminoso e passa a agir de acordo com a expectativa social (subcultura). A grande questão é que ele não possui mecanismos psicológicos para se defender dessa emaranhada engrenagem, e assim passa a agir como tal, encontrando o espaço e o papel que lhe foram destinados pelas agências institucionais e não institucionais: o de eterno condenado.

O legislador foi omissivo no que tange aos limites dos maus antecedentes criminais. A legislação não prevê prazo para a sua extirpação, configurando-se – em tese – circunstância eterna, o que afronta a vedação das penas de caráter perpétuo.¹² Certamente, caberia ao legislador definir um limite temporal, a exemplo do que ocorre com aquele fixado para a reincidência, já que essa é gênero daquele.

Com relação específica aos maus antecedentes e ao princípio que veda a pena perpétua, o STF já ponderou a necessidade de limitação temporal,¹³ não podendo os efeitos nefastos de uma condenação perdurar indefinidamente.¹⁴

É fato incontroverso que não existem limites legais expressos para os maus antecedentes, entretanto, a Carta nega penas perpétuas. Por outro lado, a finalidade da pena também é a de ressocializar (prevenção especial positiva) e não apenas punir (teoria absoluta da pena). Não há penas, e nem seus efeitos poderão ser, perpétuas. O princípio coaduna com a ideia de reinserção social, elemento esse presente nos artigos 1º da LEP e 59 do CP. O mau antecedente perpétuo estigmatiza o indivíduo eternamente, sendo impeditivo de sua plena ressocialização.

Dessa forma, não se vislumbra fundamento para tão destoante exceção de efeito perpétuo frente à lógica central do sistema. A análise parte do pressuposto de que todos os efeitos penais devem cessar em determinado momento, similar àquela da reincidência.

Infraconstitucionalmente, como dito, a agravante de reincidência é afastada por conta temporal, mas os antecedentes não. Traduz-se isso, em completo desvirtuamento sistemático, posto que a permanência do menor mal permanece,

12. Art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República.

13. BRASIL. STF HC 126.315/SP, número único: 8620482-64.2015.1.00.0000, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 07.12.15. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697914]. Acesso em: 15.02.2021.

14. BRASIL. STF RE 593.818/SC, sem número único, Relator Min. Roberto Barroso, DJ 18.08.2020. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160]. Acesso em: 14.02.2021.

enquanto o gravame maior desaparece. O sistema também aponta para a finitude das reprimendas. O artigo 75 do Código Penal dispõe, por exemplo, que o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade é de 40 anos.

A reabilitação é outro instituto previsto tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal (artigo 93 e artigo 748, respectivamente) e que trata desse objetivo de pôr limite à perseguição penal. O artigo 93 do Código Penal o prevê expressamente: “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”.¹⁵

Estabeleceu-se o prazo de dois anos do encerramento da sanção para ser possível o pedido da reabilitação. Um dos efeitos desse instituto é o da vedação de listagem do histórico criminal nas certidões criminais, com a exceção do artigo 202 da Lei de Execução Penal. É da civilidade perdoar, esquecer os erros passados e seguir adiante. Todos, indistintamente, em um momento, devem ter restituída a liberdade física, mas também a documento-criminal.

A opção política maior é a de reintegrar o condenado à sociedade, não só promovendo atividades de inclusão, mas, sobremaneira, minimizando os efeitos deletérios de uma condenação.¹⁶ Devem ter término essas consequências, mesmo porque demonstrada a falta de periculosidade do agente.

Esses dois fundamentos (proibição da perpetuidade e ressocialização) são os alicerces principais para se limitar os maus antecedentes. Claro que se podem construir outros na seara criminológica (julgamento da pessoa e não do fato, ideia positivista etc.) ou mesmo de política criminal (distinção social). De qualquer forma, principiologicamente, a Constituição Federal proíbe pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, CF), ou seja, nenhuma pena pode ter valia *ad eternum*, incluindo-se aí, por interpretação extensiva, seus efeitos.¹⁷ Outra não foi a decisão do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.¹⁸ No mesmo

15. BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei* 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm] Acesso em: 26.02.2021.

16. BRASIL. STJ. RHC 2227/MG, número: 1992/0023153-5, Relator Ministro Pedro Aciole, Sexta Turma, DJ 29.03.1993, p. 5267. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199200231535&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea]. Acesso em: 05.03.2021.

17. BRASIL. STF. RE 154.134/SP, sem número único, Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 29.10.1999. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1546001]. Acesso em: 05.03.2021.

18. BRASIL. STJ. RHC 6727/SP, número: 1997/0060112-9, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. 24.01.1997. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/

pensamento, é a doutrina de Nelson Leite Filho (FILHO, 2000, p. 927) e Raphael Boldt (BOLDT, 2020, p. 283).

Aliem-se ainda a esses fundamentos as teorias da proibição do *non bis in idem*, porque se pune duas vezes pelo erro no passado. Pune-se pela pena original e depois se volta a punir por esse crime anterior, aumentando-se a pena no crime atual. Se for verdade que se individualiza a pena, também não é falsa a ideia de se punir duas vezes a mesma conduta. Aproxima-se, assim, de uma pena sob o caráter e não sob o fato que já foi punido.

A culpa não seria então também do Estado? A coculpabilidade estatal? Já que o indivíduo foi preso e não se recuperou, sendo falsas as premissas de que as instituições penais recuperam?

Se uma interpretação pode ser feita nessa área é a de se restringir o poder punitivo e não o alargar, ainda mais em tema de tal gravidade permitindo resquícios eternos de uma condenação passada.

Nada obstante, ainda hoje é possível a dosimetria de pena-base com o aumento proporcionado pelos maus antecedentes de fatos perpetrados há 15, 20 anos ou mais, exatamente pela lacuna legislativa. Tal divulgação sofre limites até mesmo na área cível, em que se tem bens jurídicos relevantes e que, muitas vezes, se confunde na defesa da reabilitação social do condenado. Tanto na área cível quanto na área criminal se pleiteia o direito a ser esquecido.

5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SEARA CÍVEL

O direito ao esquecimento é a pretensão de alguém apagar e/ou impedir a divulgação por qualquer meio de narrativas e/ou imagens de fatos ocorridos há algum tempo em sua vida e que lhe sejam negativos.

A discussão surge na área cível. Ela nos remonta ao famoso artigo “O Direito à Privacidade”,¹⁹ de 1890, do advogado norte-americano Samuel Dennis Warren (1852-1910). Ele é considerado o marco zero do direito ao esquecimento como corolário do “direito a ser deixado em paz” (“the right to be let alone”), frente às invasões da vida privada por parte da imprensa. Entretanto, mesmo nesse

pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700601129&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea]. Acesso em: 05.03.2021.

19. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. IV, n. 05, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: [www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf]. Acesso em: 15.02.2021.

artigo inaugural da tese, há restrições a essa pretensão, quais sejam: se a matéria é de interesse geral ou público; quando a lei permite a divulgação; na divulgação oral de fatos privados sem que haja dano específico ou se o próprio indivíduo noticiado autoriza.

O primeiro caso que se tem notícia foi em 1931, no julgamento *Mervin versus Reid*,²⁰ nos Estados Unidos. A justiça impediu a publicação da biografia e de um filme sobre a história de uma ex-prostituta injustamente acusada de homicídio, absolvida em 1918.

No Brasil, o direito ao esquecimento possui proteção constitucional e legal, considerando-se que é uma consequência do direito à vida privada, intimidade, honra e privacidade assegurados tanto pelo artigo 1º, III, quanto pelo artigo 5º, X, de nossa Constituição Federal. Na legislação infraconstitucional, os artigos 11, 12, 20 e 21 do Código Civil também tratam desse tema, mas nenhum é específico. No Congresso, temos dois Projetos de Lei referentes ao assunto: 7.881/14 e 1.676/15.

Em 2012, foi julgado o processo referente à famosa apresentadora que pretendia desindexar seu nome de filme em que contracenava com menor de 12 anos, em buscas relacionadas à pedofilia, ou equivalentes. Decidiu-se que o provedor de pesquisa:

“não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, limitando-se a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos de busca fornecidos pelo próprio usuário.”²¹

Dessa forma, o provedor não foi obrigado a restringir suas pesquisas, uma vez que não se pode reprimir o direito da sociedade à informação.

Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 4ª Turma, aplicou, no Resp. 1.334.097,²² o direito ao esquecimento para um policial inocentado da

20. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Melvin v. Reid*, 112 Cal.App. 285, 297 P.91 (1931); *Sidis v F-R Publishing Corporation* 311 U.S. 711 61 S. Ct. 393 85 L. Ed. 462 1940 U.S.

21. BRASIL. STJ. *Resp* 1.316.921/RJ, número 2011/0307909-6, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 10.11.2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1316921&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO]. Acesso em: 25.02.2021.

22. BRASIL. STJ. *Resp*. 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 28.05.2013, DJe 10.09.2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/

acusação de envolvimento na chacina da Candelária que, posteriormente, anos depois de absolvido de todas as acusações, foi lembrado nominalmente no programa Linha Direta da emissora de televisão TV Globo.

O direito ao esquecimento alcançou grande repercussão com o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça em março de 2013, cuja redação transcrevemos: “Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.²³

Na sequência da evolução histórica, acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em 13 de maio de 2014, enfrentou importante questão que é referência também para nós. O caso foi de um espanhol que queria ver seu nome retirado de uma lista pública ocorrida na qual perdia seu imóvel por dívidas. Houve divulgação em jornal e num buscador. O jornal não foi obrigado a retirar a informação, porque o fato era verídico e exercia o direito de liberdade de expressão. Já o buscador deveria retirar o nome, mas poderia manter o registro.²⁴

Em 2015, a polêmica questão envolvendo um famoso cantor brasileiro e sua biografia não autorizada foi decidida. Independentemente da aquiescência do

jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097&relator=%221140%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO]. Acesso em: 20.02.2021.

23. A justificativa apontada para o enunciado foi do seguinte teor: “[o]s danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” (BRASIL. CJF. *Enunciado 531*. VI Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 03/2013. Disponível em: [www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142]. Acesso em: 05.03.2021).
24. Foi ementado assim: “Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2º, 4º, 12º e 14º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7º e 8º” (UNIÃO EUROPEIA. Processo C-131/12. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12]. Acesso em: 25.02.2021).

biografado, é possível publicação do livro em nome da liberdade de expressão e contra a censura particular.²⁵

No dia 11 de fevereiro de 2021, finalmente, tivemos o julgamento que envolve diretamente o tema deste artigo no Supremo Tribunal Federal. Em relação à decisão do Recurso Extraordinário 1.335.153/RJ – Tema 786 com repercussão geral –, até o término desse artigo, não havia ocorrido a sua publicação. A questão foi que os sucessores de Aída Curi promoveram ação indenizatória contra a Rede Globo, por ela ter televisionado sua trágica história, ocorrida em 1958, pelo antigo programa de 2004, chamado “Linha Direta”. A família pretendia indenização essencialmente porque houve a exposição dos fatos utilizando os nomes e as imagens reais dos personagens e do crime. O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos.²⁶

Analisando os fundamentos dos votos dos Ministros, observa-se que a assertiva de que não há o direito ao esquecimento no Brasil ocorre quando contraposto à liberdade de expressão. Ou seja, a discussão ocorrida foi entre choque de valores, de interesses constitucionais, da privacidade e da liberdade de expressão. Concluiu-se que, no caso, a liberdade de expressão se sobreporia. Mesmo porque, como já revelado, os litigantes eram parentes da vítima, já que a vítima faleceu.

A longevidade foi outro fundamento, porque não haveria mais que se falar de abalo emocional sério à família, pois que amenizado pelo decurso do tempo. Também o fato é notório e público, inclusive com publicação em vários livros.²⁷

25. BRASIL. STF. ADIN 4.815/DF, número único 9964502-12.2012.0.01.0000, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJ 01.02.2016. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>]. Acesso em: 25.02.2021.

26. Vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ficaram vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “[é] incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

27. Citamos um: DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 136-175.

Desse modo, qualquer limitação na divulgação dos fatos seria um tipo de censura, cuja existência não seria tolerada nem mesmo se construída pelo legislador.

Concluiu-se que, se houver interesse público, essas informações não podem obstaculizar o direito à informação. A fundamentação essencial²⁸ foi a da liberdade de expressão disposta no artigo 220 da Carta.²⁹

Até aqui, temos duas considerações: a primeira é a de que, se o objetivo era deixar esses fatos encobertos por meio judicial, o escândalo processual (*strepitus iudicii*) fez exatamente o contrário, ou seja, que esses fatos se tornassem mais públicos e notórios e – muito provavelmente – tornando-se eternos exemplos doutrinários. Seria melhor o silêncio. A segunda constatação foi a de que a maioria das decisões é referente à televisão e aos livros. Nesse particular, observa-se que há muitos pedidos de remoção de conteúdo das redes sociais (*internet*) feitos administrativamente e à Justiça. Na verdade, o Brasil é o líder mundial de pedidos de remoção de conteúdos no Google.³⁰ A grande sorte é que os próprios buscadores e provedores acatam os pedidos na esfera administrativa interna, evitando a judicialização da querela.

A Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 – impactando diretamente aquilo que diz respeito ao direito ao esquecimento, elenca, em seu artigo 2º, o direito à privacidade, intimidade e honra, mas, também, o direito à liberdade de expressão, informação e comunicação. Aponta assim, tal qual fez a Corte Suprema, para a necessidade de análise caso a caso, pois não há preponderância de direito.

Parece consectário evidente que deve existir algum controle à liberdade de expressão, ou seja, não se trata de nenhum direito absoluto. Se o conteúdo causar violação a outros direitos fundamentais da pessoa, ainda que o fato seja verídico e criminoso, deve ser retirado não só da *internet* como também de qualquer outro meio de comunicação que o exponha ao público. Nada obstante, estamos numa

28. O único ministro que divergiu do relator ao reconhecer o direito ao esquecimento, tendo em consideração os direitos à privacidade, à honra e à proteção de dados, foi o Ministro Edson Fachin. Mesmo assim, no caso, entendeu que o assunto seria essencialmente público e não se poderia limitar a sua divulgação.

29. BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 17.02.2021.

30. BRASIL é líder em pedidos governamentais de remoção de conteúdo no Google. *CanalTech*, 26.04.2013, às 17h17min. Disponível em: [https://canaltech.com.br/mercado/Brasil-e-lider-em-pedidos-governamentais-de-remocao-de-conteudo-no-Google/]. Acesso em: 25.02.2021.

era tecnológica, numa sociedade de informação, em que é praticamente impossível “deletar” os fatos do mundo virtual, mesmo com decisões judiciais. Não podemos descurar que vivemos em uma sociedade do espetáculo (DEBORD, 1997), na qual a exposição de uma pessoa está a um clique e as consequências podem ser desastrosas.

É claro que uma pessoa que tenha cometido um crime não se coloca acima do direito à liberdade de expressão ou divulgação dos fatos pela imprensa.

Não se trata de pleitear um direito individual de escolher o que quer ou não quer que se divulgue.

Tampouco, entretanto, se exclui por completo tal pretensão.

Por um lado, não se pode apagar a história. Balizas existem para se demarcar limites entre os direitos constitucionais. Um importante e famoso político, por exemplo, não poderia restringir as notícias de sua condenação criminal da mídia, a fim de se reeleger. Também seria impensável retirar a história de pessoas importantes socialmente ou investigadas nas comissões da verdade... Por outro lado, se uma pessoa for absolvida, e não havendo mais interesse coletivo em ficar rememorando tais fatos, é razoável exigir a cessação de sua divulgação. Logo, desaparecendo o interesse coletivo, com base no princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF), deve-se limitar o direito à liberdade de expressão.

Observa-se, desse modo, que a regra geral se mantém, qual seja: cada caso merece estudo individualizado. Contudo, a regra geral é a de que se a pessoa foi absolvida ou condenada, cumpriu a pena e, depois de algum tempo, caiu no esquecimento, a tendência é a de que se aplique o direito ao esquecimento.

De qualquer forma, ainda temos o caso da pessoa que cumpriu pena e a imprensa a persegue porque, a par de estar resolvida com a justiça criminal, pende sobre ela o interesse coletivo. É claro que aí há um obstáculo impeditivo da reabilitação real: a sua ressocialização. Aquele que cumpriu a pena tem uma vida, e se a imprensa se arvora em seguir todos os seus passos e avivar a memória coletiva do crime por ele perpetrado, a sociedade volta a ter interesse e temos a criação de maiores dificuldades na sua reinserção social (prevenção especial positiva). Certamente, o aspecto mais nobre da reprimenda penal estará em risco. O que nos parece desproporcional e desumano. Observe-se, pois, que a questão nunca é somente uma decisão simplista, geral e matemática.

Então, temos que o condenado que cumpriu a pena teria preponderante direito sobre a liberdade de expressão, por regra; salvo particularidades como o interesse público genuíno dos fatos. Se, entretanto, os fatos apagam-se no tempo, ele merece o direito ao esquecimento, sob pena de se deturpar a finalidade

maior da reinserção. A permanência viva do interesse, ressalve-se, não pode ter caráter mórbido social ou ser interesse de vindita de imprensa policialesca a espezinhar o ex-condenado a céu aberto. Não se pode sobrepor a curiosidade sem nobre fim à esperança de alguém reaver sua vida comum. Mormente se já se passaram muitos anos.

Se for assim socialmente e juridicamente, parece-nos ideia de toda viável, por analogia, que também os efeitos jurídicos deveriam possuir um termo. Assim como uma pessoa quita uma dívida e seu nome não mais é maculado, a vida de um ex-criminoso, por princípio humanitário básico, também deveria subsistir. Não nos interessa mais a discussão de seu direito ao esquecimento para os meios de comunicação, mas para fins judiciais, na constituição eterna dos maus antecedentes.

Criar um malefício perpétuo para um crime pelos meios de comunicação, *internet* ou mesmo instâncias do Poder, dificulta – se não obstaculiza – uma reinserção social adequada do condenado. É um transtorno gigantesco na esfera pessoal e um grave problema social. Por princípio, pois, todas as formas de se resgatar o passado com o fim de simplesmente limitar ou dificultar os direitos fundamentais presentes devem ser rechaçadas.

As questões conflitantes da área cível são pontuadas de modo diverso da área criminal. Uma trata de patrimônio, direito à indenização por danos morais, liberdade de expressão, direito à privacidade, honra, imagem, informação, desindexação de dados, filtragem de dados, censura e a outra sobre a proibição de penalidade de caráter perpétuo. A base constitucional da discussão civil são os artigos 5º, IV e IX, e 220 da Carta, enquanto na área penal são os artigos 1º, III, e 5º, XLVII, b, também da Carta, *grossa modo*. Entretanto, releva-se que a ideia, a essência do pensamento jurídico é a mesma, qual seja, impedir que um fato ocorrido há muito tempo produza efeitos eternamente. Assemelham-se na busca da diminuição das dificuldades de reinserção social da pessoa, quando é essa quem pleiteia o direito ao esquecimento e não seus parentes. Os pontos de divergência são, assim, muito mais expressivos. A questão de convergência se limita na contenção (jurídica ou social) dos efeitos de um fato sobre a reinserção da pessoa na comunidade.

6. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SEARA PENAL

Nesse quadro, o direito ao esquecimento é também utilizado para se criticar o reconhecimento perpétuo dos maus antecedentes na dosimetria da pena-base.

Uma vez que esses fatos perpetrados pela pessoa em vida já foram pagos com a execução da pena ou por outros móveis extintos, e não mais tendo interesse público,³¹ sua divulgação deverá cessar, para evitar efeitos deletérios na recuperação social do condenado. A opção aqui é a de se privilegiar a ressocialização ampla e completa. Então, levando a cabo esse raciocínio jurídico de reinserção social pela não divulgação de fatos já quitados pelo condenado – essa a essência da existência de um direito ao esquecimento³² –, efeitos jurídicos seriam alcançados também no direito criminal.³³

O móvel é idêntico à existência da limitação da reincidência criminal. Exatamente para não se perpetuar esses efeitos, há o limite expresso de cinco anos na lei penal para esse instituto (artigos 63 e 64 do Código Penal). É certo que os institutos de reincidência e maus antecedentes criminais não se confundem, mas, como exposto, a reincidência é o gênero do qual faz parte o antecedente.

A ideia geral do direito ao esquecimento, assim, é não perpetuar consequências – tanto na área cível quanto na criminal.

7. MAUS ANTECEDENTES E SEUS LIMITES

A questão seria a de determinar, limitar, o tempo de maus antecedentes como circunstância judicial na dosimetria da pena e nas outras disposições legais que lhe utilizam como pré-requisito. O Supremo Tribunal Federal, como se viu pela Tese 150, rechaçou a ideia de se conceder o prazo quinquenal da reincidência também para os maus antecedentes. Todavia, remanesce o direito à reinserção social do condenado, e o esquecimento de tal condenação, com a reminiscência eterna em folha criminal, é importante fato impeditivo para que isso se realize.

A análise dos maus antecedentes é uma possibilidade conferida ao juiz sentenciante, e não uma imposição, tal qual a reincidência. É dizer que o magistrado

31. BRASIL. STJ. HC 402752/MS, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, data da publicação 15.05.2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=402752&b=DTXT]. Acesso em: 22.02.2021.

32. BRASIL. STF. RE 593.818/SC, sem número único, Relator Min. Roberto Barroso, DJ 18.08.2020. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160]. Acesso em: 14.02.2021.

33. BRASIL. STF. HC 126.315/SP, número único: 8620482-64.2015.1.00.0000, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2015. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697914]. Acesso em: 15.02.2021.

tem a discricionariedade de, fundamentadamente, analisando o caso concreto, afastar ou não os maus antecedentes pelo excesso de decurso de tempo ou vínculo com os fatos em julgamento.³⁴

Não se trata simplesmente de um raciocínio matemático frente à folha de antecedentes. Deve-se avaliar o tempo, mas, também, se o antecedente possui algum vínculo com o crime posterior. O raciocínio é de igual teor ao feito sobre a avaliação da personalidade do réu, como ressalta Nucci (2011, p. 881).

Então, por exemplo, se o sujeito é agressivo e agride a esposa, temos uma personalidade negativa. Contudo, se o sujeito é agressivo e comete um furto, não pode existir aí negatividade, porque a agressividade em nada se relaciona com o furto (crime sem violência). É preciso investigar o vínculo da personalidade entre o fato anterior e o presente. Dessa forma, e com o mesmo raciocínio, deve-se indagar se o antecedente criminal possui lastro com o crime posterior. Aqui estamos diante de circunstâncias subjetivas e, assim sendo, avalia-se o sujeito e não se contenta com conclusões objetivas a apontar simplesmente os fatos na folha criminal.

Os maus antecedentes precisam ter um limite temporal e vínculo específico com o crime último. Dessa forma, uma pessoa condenada há oito anos por um crime de trânsito não poderia ter maus antecedentes em dosimetria por violência doméstica. Haveria de se pesquisar alguma influência e vínculo entre os fatos para se fundamentar os maus antecedentes. No mesmo sentido, o magistério de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2016, p. 455) e Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2010, p. 455).

Assim, além de se perquirir sobre o prazo depurador, deve-se, ainda, o mau antecedente ser específico e não genérico. É necessário que haja um vínculo com o crime cuja pena está sendo dosada.

8. CONCLUSÃO

A não aplicação do direito ao esquecimento pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu na seara cível.

Seu fundamento foi a vedação de se limitar a liberdade de expressão quando se trata de fatos públicos, notórios.

Tal decisão não pode influenciar o Direito Penal, que vem evoluindo no sentido de reconhecer algum tipo de limite temporal aos maus antecedentes, por

34. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 130613/RJ, número único: 0006946-74.2015.1.00.0000, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ 24.11.2015. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4858821]. Acesso em: 23.02.2021.

razões constitucionais completamente diferentes. No Direito Penal, não se discute a divulgação da condenação, mas a sua eterna utilização na dosimetria da pena e outros institutos criminais, nada importando com a liberdade de expressão, presente como fundamento central da Tese 786 do STF.

Desse modo, a hipótese foi confirmada porque não se vislumbra aproximação da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre os fundamentos da tese que pleiteia limite temporal aos maus antecedentes.

Conclui-se que o chamado direito ao esquecimento na área cível fortaleceu a tese, em determinado momento, de que os maus antecedentes não deveriam ser eternos, mesmo porque o direito penal prima pela ressocialização do preso, há instituto genérico da reincidência – que é limitado temporalmente – e se proíbe o caráter perpétuo da pena, como premissa constitucional.

Tudo isso tendo em vista o bem maior, que é a busca da prevenção especial da pena (a ressocialização), a evitar o estigma permanente do direito penal.

A busca por um “direito ao esquecimento penal” deve manter-se intacta, exatamente porque a base de decisão do Supremo Tribunal Federal trata de liberdade de expressão – outro viés do tema –, diferente da proibição constitucional às penas perpétuas.

9. BIBLIOGRAFIA

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Coleção Pensamento criminológico, v. 15).
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- BOLDT, Raphael. A motivação da sentença condenatória e o artigo 59 do Código Penal: uma análise dos critérios de modulação da pena-base. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Coleção 80 anos do Código Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2020. v. 1.
- BOSCHI, José A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRASIL é líder em pedidos governamentais de remoção de conteúdo no Google. *CanalTech*, 26.04.2013, às 17h17min. Disponível em: [<https://canaltech.com.br/mercado/Brasil-e-lider-em-pedidos-governamentais-de-remocao-de-conteudo-no-Google/>]. Acesso em: 25.02.2021.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. v. I.
- CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. Saraiva, 2015.
- DEBORD, GUY. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 1997.
- DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos d'Oliveira. São Paulo: Acadêmica, 1931.
- GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. da 2. ed. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- LEITE FILHO, Nelson. Antecedentes criminais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 778, p. 489-492, ago. 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MEDINA, Damares. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2011 (Coleção Tratado Jurisprudencial e Doutrinário, v. 1).
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Tratado jurisprudencial e doutrinário: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. I.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- ROCHA JÚNIOR, Francisco Monteiro. *Recurso especial e recurso extraordinário*. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2020.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. IV, n. 05, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: [www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf]. Acesso em: 15.02.2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

Jurisprudência

- BRASIL. STF *HC 126.315/SP*, número único: 8620482-64.2015.1.00.0000, relator Ministro Gilmar Mendes, *DJ* 07.12.2015. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697914>]. Acesso em: 15.02.2021.
- BRASIL. MINAS GERAIS. *APELAÇÃO TJ-MG – APR: 10002120009150001/MG*. Relator Doorgal Andrada, data de julgamento: 12.07.2013, Câmaras Criminais/4ª Câmara Criminal, data de publicação: 17.07.2013.
- BRASIL. STF *ADIN 4.815/DF*, número único: 9964502-12.2012.0.01.0000, Relatora Min. Cármen Lúcia. *DJ* 01.02.2016. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>]. Acesso em: 25.02.2021.
- BRASIL. STF *AgReRE 1.242.441*, número único: 0014016-51.2018.8.16.0019. STF, 2019. Relator Ministro Alexandre de Moraes, *DJ* 19.12.2019. STF, 2019. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5802219>]. Acesso em: 21.02.2021.
- BRASIL. STF *Habeas Corpus 115.304/MG*, número único: 9966499-30.2012.0.01.0000. STF, 2016. Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, *DJ* 26.4.2016. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4306467>]. Acesso em: 25.02.2021.
- BRASIL. STF *HC 130.500*, número único: 0006758-81.2015.1.00.0000. STF, 2015. Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, *DJ* 18.12.2015. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4854458>]. Acesso em: 23.02.2021.
- BRASIL. STF *HC 133.077/SP*, número único: 0011216-10.2016.1.00.0000. STF, 2016. Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, *DJ* 29.03.2016. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930251>]. Acesso em: 25.02.2021.
- BRASIL. STF *HC 73.394/SP*, número único: 0003054-18.1995.0.01.0000, Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* 19.03.1996. STF, 1996. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1630123>]. Acesso em: 18.02.2021.
- BRASIL. STF *HC 82.202/RJ*, número único: 0002615-60.2002.0.01.0000, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 19.12.2002. STF, 2002. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2033999>]. Acessado em: 18.02.2021.
- BRASIL. STF *HC 142.371/SC*, número único 0003307-77.2017.1.00.0000, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* 12.06.2017. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5162903>]. Acesso em: 15.02.2021.
- BRASIL. STF *RE 154.134/SP*, sem número único, Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* 29.10.1999.
- BRASIL. STF *RE 591054*. STF, 2015. Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* 26.02.2015. STF, 2015. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2631969>]. Acesso em: 21.02.2021.

- BRASIL. STF. *RE 593.818/SC*, sem número único, Relator Min. Roberto Barroso, *DJ 18.08.2020*. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160>]. Acesso em: 14.02.21.
- BRASIL. STF. *RE 1010606/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli. STF, 2021. Data de Publicação *DJe 20.05.2021* – Ata 85/2021. *DJe 96*, divulgado em 19.05.2021. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>]. Acesso em: 03.10.2021.
- BRASIL. STJ. *HC 402752/MS*, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data da Publicação 15.05.2018. Disponível em: [<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoesc/toc.jsp?processo=402752&b=DTXT>]. Acesso em: 22.02.2021.
- BRASIL. STJ. *Resp 1.316.921/RJ*, número 2011/0307909-6, Relatora Ministra Nancy Andrichi, *DJ 10.11.2019*. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1316921&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO]. Acesso em: 25.02.2021.
- BRASIL. STJ. *REsp 1160440/MG*, número único 2009/0190443-0, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, *DJe 31.03.2016*.
- BRASIL. STJ. *Resp. 1.334.097/RJ*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.05.2013, *DJe 10.09.2013*. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097&relator=%221140%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO]. Acesso em: 20.02.2021.
- BRASIL. STJ. *RHC 2227/MG*, número: 1992/0023153-5, Relator Ministro Pedro Acioli, Sexta turma, *DJ 29.03/1993*.
- BRASIL. STJ. *RHC 6727/SP*, número: 1997/0060112-9, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª. T., j. 24.01.1997.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 130613/RJ*, número único 0006946-74.2015.1.00.0000, Relator Ministro Dias Toffoli, *DJ 24.11.2015*. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4858821>]. Acesso em: 23.02.2021.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Melvin v. Reid*, 112 Cal.App. 285, 297 P. 91 (1931); *Sidis v F-R Publishing Corporation* 311 U.S. 711 61 S. Ct. 393 85 L. Ed. 462 1940 U.S.
- UNIÃO EUROPEIA. *Processo C-131/12*. Disponível em: [<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>]. Acesso em: 25.02.2021.

Legislação

- BRASIL. CJF. *Enunciado 531*. VI Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 03/2013. Disponível em: [www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142]. Acesso em: 05.03.2021.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm]. Acesso em: 17.02.2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105, de 16.03.2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm]. Acesso em: 25.02.2021.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940. Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 25.02.2021.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 25.02.2021.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados* – Lei 13.709, de 14.08.2018. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm]. Acesso em: 25.02.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Direito ao esquecimento no superior tribunal de justiça: análise do Recurso Especial 1.736.803/RJ (caso Daniella Perez), de Marina Giovanetti Lili Lucena – *RDCC* 27/495-517;
- Direito ao esquecimento: uma das bases para o debate acerca da internet e da proteção de dados pessoais, de Fernanda Galera Soler – *RT* 1012/121-133 e
- O direito ao esquecimento e o atual entendimento do Tribunal da Cidadania do Brasil: o conflito entre o direito à informação e à memória coletiva e o direito à privacidade do condenado à luz do julgamento do REsp do caso Daniella Perez, de Cláudia Mansani Queda de Toledo e Livia Pelli Palumbo – *RDCI* 122/125-154.