I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

PENAL, PROCESSO PENAL, CRIMINOLOGIA E NOVAS TECNOLOGIAS

P397
Penal, processo penal, criminologia e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito – Belo Horizonte;

Coordenadores: Guilherme Augusto Portugal Braga, Enio Luiz de Carvalho Biaggi e Lícia Jocilene das Neves – Belo Horizonte, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-663-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI

1. Direito. 2. Tecnologia. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Criminologia. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

PENAL, PROCESSO PENAL, CRIMINOLOGIA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos os trabalhos científicos incluídos nesta publicação, que foram apresentados durante o I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito nos dias 14 e 15 de junho de 2018. As atividades ocorreram nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, e tiveram inspiração no tema geral "O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI".

O evento foi uma realização do Programa RECAJ-UFMG – Solução de Conflitos e Acesso à Justiça da Faculdade de Direito da UFMG em parceria com o Direito Integral da Escola Superior Dom Helder Câmara. Foram apoiadores: o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, EMGE – Escola de Engenharia, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI e o Projeto Startup Dom.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito, oriundos de dez Estados diferentes da Federação, puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Foram debatidos os desafios que as linhas de pesquisa enfrentam no tocante ao estudo do Direito e sua relação com a tecnologia nas mais diversas searas jurídicas.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, e, principalmente, pesquisas oriundas dos programas de iniciação científica, isto é, trabalhos realizados por graduandos em Direito e seus orientadores. Os trabalhos foram rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares no sistema eletrônico desenvolvido pelo CONPEDI. Desta forma, estão inseridos no universo das 350 (trezentas e cinquenta) pesquisas do evento ora publicadas, que guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA NO DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS SENTENCIADOS

THE INFLUENCE OF TECHNOLOGY OF THE RIGHT TO BE LET ALONE OF THE SENTENCED

Ana Luiza Las Casas Ferreira
Stéfany Maria Romualdo de Moraes

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a relevância do direito ao esquecimento para a efetivação do princípio da dignidade humana, que concerne à reinserção do sentenciado na sociedade e na vedação da pena perpétua dada pela exploração ilimitada da vida do condenado. Iniciamos o estudo delimitando o conceito do direito ao esquecimento e sua aplicação, apresentando-o como meio de reintegração social e o contrapondo aos princípios constitucionais que vão ser ponderados de acordo com a teoria de colisão de normas de Robert Alexy, que tem como objetivo avaliar no caso concreto qual princípio deve prevalecer sobre o outro.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento, Direito à informação, Direito à memória, Dignidade humana, Ressocialização

Abstract/Resumen/Résumé

This present work aims to demonstrate the relevance of the right to be let alone for the effectiveness of the human`s dignity principle, that it concerns of the reinsertion of the sentenced in the society and the prohibition of perpetual penalty given for the unlimited exploration of the sentenced life's data. Our study delimitate the concept and the application, showing it as an instrument for social reintegration and opposing it with constitutional principles that will be weighted according to the theory of norms collision from Robert Alexy, that aims to evaluate which principle should prevail over the other.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to be let alone, Right to information, Right to memory, Human dignity, Resocialization

1. Introdução

O tema abordado está sendo cada vez mais discutido em razão do avanço tecnológico, isso porque o direito ao esquecimento, que tem assento legal e constitucional, protegendo a vida privada e intimidade dos sentenciados, vem sendo violado pela exploração ilimitada de dados da vida dos condenados.

O direito ao esquecimento dos sentenciados versa sobre o direito do condenado não assentir que um episódio de sua vida seja exposto em meios de comunicação por tempo indeterminado desta forma dificultando sua reintegração na sociedade, funcionando como uma pena de caráter perpétuo.

Apesar de não ser tema recente, o direito ao esquecimento vem ganhando cada vez mais espaço para ser discutido hodiernamente, em razão do avanço progressivo da tecnologia e dos meios de comunicação que não permitem que este direito seja exercido de forma efetiva.

O objetivo principal do presente trabalho é explorar questões relacionadas ao direito ao esquecimento, o direito à informação e o direito a memória dos sentenciados, assim como demonstrar a importância e a ponderação de cada assento constitucional considerando a influência das novas tecnologias, através de pesquisa bibliográfica e assentamentos legais tais como a Constituição Federal e o Código Civil.

A metodologia desenvolvida neste trabalho foi a pesquisa documental e bibliográfica, qualitativa e exploratória, valendo-se do método hipotético-dedutivo no qual tem como base teórica artigos, doutrinas, livros e leis.

2. Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento dos sentenciados consiste em não permitir que um fato ocorrido na vida de uma pessoa, que cometeu um ilícito penal e que já cumpriu pena por tal ato, seja exposto por tempo indeterminado, ferindo deste modo à efetiva reinserção do indivíduo na sociedade. Ao tratar sobre o conceito do direito ao esquecimento, Martinez afirma que.

> A ideia de esquecimento está ligada diretamente ao pensamento da superação do passado, da redenção, possibilitando que o sujeito não tenha o seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingido por fatos já então consolidados no tempo. (MARTINEZ, 2014, p. 81)

É direito de toda e qualquer pessoa terem seus direitos resguardados, protegendo, dessa forma, o direito ao esquecimento, que não possui égide para aplicação no sistema jurídico,

porém possui assento legal e constitucional, tendo como base a proteção da vida privada, da imagem, da intimidade e da honra objetiva de cada indivíduo, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há muito tempo já se discute sobre o tema, um dos primeiros países a tratar sobre o direito ao esquecimento foram os Estados Unidos da América, país responsável pela criação do termo *the right to be let alone*, literalmente traduzido para "o direito de ser deixado em paz", ou mais comumente conhecido no Brasil como direito ao esquecimento. O mais conhecido e um dos primeiros casos em que o direito ao esquecimento foi citado foi o caso Lebach, ocorrido na Alemanha em 1969, durante a Guerra Fria, no citado caso quatro soldados alemães foram brutalmente assassinados e três pessoas foram condenadas por suas mortes, dois dos indivíduos foram condenados à prisão perpétua, o terceiro indivíduo foi condenado a 6 anos de reclusão, por ter apenas colaborado na ação criminosa. Esse terceiro indivíduo cumpria toda sua pena e pouco antes de ser libertado foi criada uma matéria que rememorava o ocorrido crime de forma dramatizada, em que divulgava imagens e nomes reais, e devido a essa exploração que violava seu direito ao esquecimento foi pleiteada uma tutela liminar para obstar que a matéria fosse efetivamente publicada, baseando-se na proteção da vida privada, honra e intimidade do sentenciado, nesse citado caso o judiciário alemão entendeu que não é possível a exploração por tempo indeterminado dos dados da vida e da intimidade do criminoso, impedindo, desta forma, que o programa fosse exibido.

A internet e os meios de comunicação estão cada dia mais evidentes na vida das pessoas, a comunicação e a informação passaram a ser instantâneas, e isso trouxe um problema, frente ao direito ao esquecimento, visto que as informações uma vez publicadas se eternizam na rede mundial de computadores, facilitando que a sociedade, através dos meios de comunicação, tenha acesso ilimitado aos dados dos sentenciados. No Brasil, o tema era pouco discutido e efetivamente aplicado no âmbito jurídico, não obstante, é possível afirmar que o direito ao esquecimento vem ganhando cada vez mais espaço e importância em nossa sociedade, uma vez que a tecnologia está avançando progressivamente. Dessa maneira, um indivíduo que cumpriu sua pena e foi libertado terá suas chances mitigadas ao tentar se reinserir na sociedade, posto que vivemos em uma sociedade ainda preconceituosa e a punição funciona de forma seletiva na medida em que vários crimes são cometidos todos os dias, mas de fato as pessoas são punidas de acordo com o lugar que ocupam na pirâmide social, em uma grande maioria dos casos.

> Os meios de comunicação, na função de difundir essa divisão, utilizam de forma indevida da imagem dos denominados "inimigos", criando em todo dos fatos verdadeiros espetáculos, aumentando ainda mais a reprovação social, rotulando os acusados e os estigmatizando para sempre perante a sociedade. É o que chamamos de utilização dos meios de comunicação para a promoção da violência simbólica. (BAYER, 2013)

3. Finalidade da pena e o direito ao esquecimento

O Estado possui o *jus puniendi*, que significa o direito de punir aqueles que infringem o sistema e os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. A pena é uma sanção devidamente cominada pelo ordenamento jurídico positivado, anterior ao fato, aplicada pelo Estado ao infrator que pratica um fato típico, ilícito e culpável.

A pena, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2008), pode ser distinguida em três teorias: teoria absoluta, teoria relativa e teoria mista. A teoria absoluta tem em Kant e Hegel os seus maiores expoentes e defende o caráter punitivo da pena, com intuito de se fazer justiça. A teoria relativa tem como finalidade o caráter preventivo e o de ressocialização. Já a teoria mista reuniu aspectos da teoria absoluta e da teoria relativa e se consolidou em uma, defendendo o caráter de punir do Estado e o de prevenir novos delitos. Hodierno, no Brasil, tem-se três tipos de pena: a restritiva de direito, a privativa de liberdade e a multa. Na pena privativa de liberdade, o indivíduo responde por sua conduta de forma a privar sua locomoção por tempo determinado, dado que no Brasil a pena de caráter perpétuo é vedada. Nesse contexto, a violação ao direito ao esquecimento ensejaria também a violação de um direito fundamental previsto no artigo 5º inciso XLVII, alínea b, que veda o caráter perpétuo da pena. A disponibilidade e retenção de informações na rede mundial de computadores faz com que qualquer um tenha acesso à vida e à intimidade de uma pessoa por tempo indeterminado, e essa exploração ilimitada funciona como uma sanção aplicada pela sociedade que não tem fim, caracterizando dessa forma uma pena de caráter perpétuo ao indivíduo que já pagou sua dívida com o Estado e que busca pela reinserção na sociedade:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2013, p.1)

Por mais que um crime gere grande comoção social, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e não suprimida pela ocorrência de um delito. O indivíduo que cumpre sua

pena deve ter seu direito ao esquecimento como forma de ter novamente uma vida respeitosa e não ter mais uma penalização por parte da sociedade.

A mídia e as tecnologias, com seus aparatos, contribuem para tal violação, inúmeras notícias exibem fatos ocorridos na vida de um sentenciado, que já cumpriu sua pena, e desta forma reacende a comoção popular. É comum a sociedade achar que de certa maneira possuem também o direito de punir e assim não permitem que esse indivíduo seja reintegrado na sociedade. Isto posto, se ao indivíduo não é permitido deixar para trás o crime e buscar uma vida digna depois do cumprimento de sua sentença, a finalidade da pena se torna meramente ilustrativa e seu objetivo é falho.

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (MENDES, 2007, p.374)

4. Assentamento legal do direito ao esquecimento

É direito de toda e qualquer pessoa ter seus direitos resguardados, protegendo, dessa forma, o direito ao esquecimento, que não possui égide para aplicação no sistema jurídico. Porém possui assento legal e constitucional, tendo como base a proteção da vida privada, da imagem, da intimidade e da honra objetiva de cada indivíduo, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Serpa Lopes (1989, p. 205) define os Direitos da Personalidade como sendo ‘‘atributos inatos ao indivíduo. Verdadeiras projeções biopsíquicas integrativas da Pessoa Humana que se constituem em bens jurídicos assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante. ’’

Os direitos da personalidade são aqueles universais, absolutos, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis e vitalícios, o direito ao esquecimento, em decorrência deste princípio, acompanha as mesmas características.

Diante da nova realidade social, é necessária uma nova releitura dos direitos relacionados as novas tecnologias, principalmente aqueles associados aos direitos da vida privada, dentre eles o direito ao esquecimento que possui íntima relação com o fato do indivíduo estar sempre sujeito a ter seus dados violados por tempo indeterminado.

> A proteção dos direitos de personalidade ganha uma importância ainda maior atualmente, pois vivemos na sociedade da hiperinformação. Isso significa que não há mais distância entre a privacidade e a esfera pública, com notória e sucessiva

> expropriação da intimidade contra a própria vontade do titular. E, não raro, esse fácil acesso aos meios de comunicação, acaba por permitir a invasão à esfera privada do indivíduo, exibindo fatos que, eventualmente, causam prejuízo à dignidade humana dos envolvidos. (BOLDRINI, S/D, p. 7)

O direito ao esquecimento tem como base legal o disposto no artigo 5º, inciso X da CF/88, que assegura que a intimidade, a honra, a imagem e a vida privada da pessoa é inviolável, e seu descumprimento acarretará em indenização material e moral. O direito em questão também tem como assento legal o que está preconizado no artigo 21 do Código Civil, que também assegura a inviolabilidade dos princípios corolários da dignidade da pessoa humana. Bem como a Constituição Federal e o Código Civil, outro aparato infraconstitucional que protege a dignidade da pessoa humana e a honra assegurado em seu artigo 11, é o Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1992.

5. Ponderação dos princípios: direito ao esquecimento x direito à informação e direito à memória

O direito ao esquecimento é aquele percebido como o direito de as pessoas terem fatos do seu passado não mais expostos de forma irrestrita, o que se contrapõe a outros direitos também preservados na constituição, como o direito à informação e o direito a memória. O direito à informação assegura que as pessoas tenham acesso a fatos relacionados a seus interesses particulares e coletivos enquanto o direito a memória consiste na proteção de fatos ocorridos no passado e que são relevantes para a sociedade. Desta forma o conflito existente entre esses princípios mostra que os direitos devem ser analisados no caso concreto para que não tenham uma limitação irrestrita, ou seja, não sejam desconsiderados em razão de outros, mas sim ponderados.

> A preservação da memória é condição cogente para a essência da continuidade histórica de um povo. Porém é importante notar que a lembrança envolve aspectos subjetivos dos relacionamentos de um indivíduo com a sociedade, família e amigos. Na maior parte das vezes lembrar não é somente reviver, mas, especialmente, refazer, restaurar, repensar com imagens e reproduções de hoje as experiências vivenciadas no passado. (SCOFIELD, 2016)

Como já foi mencionado, o direito ao esquecimento se contrapõe ao direito à informação e o direito à memória pelo fato de resguardarem princípios que colidem entre si. Robert Alexy, jurista alemão, elaborou a teoria dos princípios que aborda a colisão de normas que possuem o mesmo nível constitucional. Dado que o direito ao esquecimento, o direito à informação e o direito à memória não possuem hierarquia entre si, por estarem no mesmo grau constitucional, deverá ser feita uma ponderação que solucione a antinomia constituída, uma vez que nenhuma norma constitucional é absoluta. Essa ponderação também é conhecida como

princípio da proporcionalidade que vai analisar no caso concreto o princípio que vai prevalecer sobre o outro. O STF, nos julgados recentes em que se trata do direito ao esquecimento, aplica a ponderação de princípios ao analisar cada caso concreto.

> A Suprema Corte brasileira está instada a julgar definitivamente o "direito ao esquecimento". Por certo fará ponderações deste com o direito à informação e à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. [..] O "direito à lembrança" deve prevalecer ao "direito ao esquecimento", pois é necessário lembrar para não repetir. (OLIVEIRA, 2006)

O direito à memória, com viés a proteger informações que tenham como objetivo prevenir que erros do passado sejam cometidos novamente no futuro e em fatos que possuem extrema relevância e interesse público, deve prevalecer frente ao direito ao esquecimento.

6. Conclusão

A partir do exposto, conclui-se que o direito ao esquecimento deve ser resguardado, conforme seu assentamento legal e constitucional, que visa assegurar a intimidade, a honra, a vida privada e outros princípios corolários da dignidade da pessoa humana. E, uma vez que a tecnologia está avançando progressivamente, é preciso adaptarmos o direito de modo que nenhum indivíduo seja lesado, limitando dessa forma a exploração de dados dos sentenciados que já cumpriram sua pena perante o Estado.

Como apresentado, a ponderação de princípios tem grande valor, posto que nenhum princípio é absoluto e que os princípios citados possuem o mesmo valor constitucional, precisando, desta forma, de serem analisados no caso concreto e ponderados, para a partir daí se reconhecer qual princípio vai prevalecer sobre o outro. Não há que se falar em censura a limitação das mídias sociais que divulgam informações que possuem grande relevância social, pois como vimos, o direito à memória prevalece frente ao direito ao esquecimento, em razão de ter um papel histórico que assegura que crimes de relevância e interesse público devem ser lembrados para que crimes passados não sejam cometidos novamente no futuro.

Contudo, o direito ao esquecimento deve ser protegido, de forma que nenhum sentenciado, que já cumpriu sua pena, venha sofrer violação pela exploração ilimitada de dados, que caracteriza a violação do seu direito de ser deixado em paz e de se reinserir de modo efetivo na sociedade, caracterizando também uma pena perpetua que é expressamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

BAYER, Diego Augusto. Teoria do etiquetamento: a criação de esteriótipos e a exclusão social dos tipos. **Jusbrasil**, 2013. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943199/teoria-do-etiquetamento-a-criacao-de-esteriotipos-e-a-exclusao-social-dos-tipos>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BOLDRINI, Fernanda. **O Direito ao esquecimento no Ordenamento Júridico Brasileiro**: o conflito entre a liberdade de expressão, de informação e de imprensa versus os direitos de personalidade. S/D. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/fernanda_boldrini_2016_2.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, **Decreto n. 678,** de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL, **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil: 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/d13402/Downloads/Enunciados-VI-jornada.pdf>. Acesso em 14 abr. 2018.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Marcos César Gonçalves. Direito ao esquecimento na pauta do STF. **DomTotal**, 06 nov. 2016, Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1095993/2016/11/direito-ao-esquecimento-na-pauta-do-stf/>. Acesso em 13 abr. 2018.

SCOFIELD, Bruno Lauar. Direito ao esquecimento e o direito à memória: proteção à intimidade e à imagem e o direito à informação. **Jusbrasi**l, 2016. Disponível em: <https://brunoscofield.jusbrasil.com.br/artigos/385524991/direito-ao-esquecimento-e-o-direito-a-memoria>. Acesso em 14 abr. 2018.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.