

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

CAMILA GUEDES ARAÚJO SANTOS

**ESTIGMAS DA EXECUÇÃO PENAL *VERSUS* DIREITO AO ESQUECIMENTO:
UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Natal/RN
2016**

ESTIGMAS DA EXECUÇÃO PENAL *VERSUS* DIREITO AO ESQUECIMENTO:
UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros

Natal/RN

2016

CAMILA GUEDES ARAÚJO SANTOS

ESTIGMAS DA EXECUÇÃO PENAL *VERSUS* DIREITO AO ESQUECIMENTO:
UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 07/11/2016

Banca Examinadora

Prof^a. Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Prof^a. Ms. Aurélia Carla Queiroga da Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Prof. Ms. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

A minha mãe que sempre me apoiou e acreditou no meu sonho.

E, por fim, ao meu marido Alcebíades: companheiro, amigo e porto seguro em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Mais uma etapa da minha vida chega ao fim e com ela muitos aprendizados e lembranças. A sensação é de missão cumprida, apesar de muitas vezes achar que não valeria à pena, que seria melhor desistir, mas valeu! Os obstáculos foram muitos, mas ainda bem que eu não estava sozinha. Deus sempre esteve comigo nos momentos que mais precisei e naqueles que não sabia o que fazer, quando me senti mais perdida ele me guiou e mostrou o caminho certo. Hoje tenho certeza que fiz a melhor escolha. Devo tudo que sou e que conquistei a esse Deus que sempre fez tudo por mim. Obrigada!

Não poderia deixar de agradecer também a alguém que nunca medi esforços para que eu pudesse sonhar: minha mãe. Mãe, sempre me dando força e sonhando junto comigo, você nunca deixou que eu desistisse dos meus objetivos e sempre acreditou que eu chegaria lá. Pai, apesar da distância, também te dedico essa conquista. Geovana, irmã que sempre torceu por mim. Amo vocês mais que tudo. Espero poder retribuir um dia. Obrigada!

Alcebíades, meu marido amado, que esteve comigo por toda essa jornada de 5 anos. Uma conquista que, com certeza, não é só minha porque desta vez eu tive um grande companheiro com quem pude dividir meus medos, alegrias e noites de estudo. Você foi essencial para que eu chegasse até aqui. Obrigada!

Gostaria de agradecer a minha querida orientadora Carla que acreditou no meu trabalho desde o início. Sempre muito atenciosa e dedicada, me guiou com maestria durante esse processo de criação exercendo o seu melhor ofício: ensinar. Obrigada!

Não poderia deixar de citar os meus amigos. Em especial ao nosso grupo da carona: Natália, Ana Carla e Amanda. Pessoas que eu quero levar por toda a vida porque cada uma de vocês é muito especial para mim. Obrigada meninas!

Lute com determinação, abrace a vida com paixão, perca com classe e vença com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito para ser insignificante.

Augusto Branco

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os reflexos da pena privativa de liberdade na vida do egresso, bem como a existência de um direito de ver apagado ditos efeitos – direito ao esquecimento. Para tanto, faz-se necessária uma digressão histórica da pena de prisão e da sua origem como forma de punição, a qual teve como objetivo primário a custódia do criminoso para a aplicação de um castigo futuro e, com passar do tempo e a evolução dos direitos fundamentais, tornou-se a própria sanção. Surgiram então os sistemas prisionais responsáveis pela separação entre o criminoso e a sociedade. No Brasil, referido o sistema prisional está praticamente falido e sem credibilidade, pois não consegue atingir o seu propósito: a ressocialização. Apesar de não haver pena de caráter perpétuo instituída no Brasil, constatou-se que o estigma de ex-presidiário, é uma espécie de prisão que acompanha o egresso além das grades e o impede de ser reinserido na sociedade. Trata-se de uma verdadeira violação ao princípio da dignidade da pessoa humana basilar da Constituição Federal, além de confrontar a vedação de penas de caráter perpétuo. Nesse sentido, o direito ao esquecimento é uma forma de tentar garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana auxiliando o retorno do egresso ao seio social, impedindo que um erro cometido no passado se perpetue por toda sua vida.

Palavras-chave: Pena Privativa de Liberdade. Egresso. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito ao Esquecimento.

ABSTRACT

This study aims to analyze the effects of the deprivation of freedom in the life of former inmate as well as the existence of a right to see off these effects - right to be forgotten. Therefore, a historical tour of imprisonment and its origin as a form of punishment is necessary, which had as its primary objective the custody of the criminal to the implementation of a future punishment, and with passage of time and the evolution of fundamental rights, became the sanction itself. Then came the prison systems responsible for the separation between the criminal and society. In Brazil, said the prison system is virtually bankrupt and without credibility, because it can not achieve its purpose: to resocialization. Although there is no perpetual sentences established in Brazil, it was found that the stigma of former inmate, is a kind of prison that accompanies the former inmate beyond the bars and prevents it from being reinserted into society. This is a real violation of the principle of dignity of the human person basilar of the Federal Constitution, as well as confronting the sealing perpetuity feathers. In this sense, the right to oblivion is a way to try to ensure the realization of human dignity helping the return of former inmate within the social, preventing a mistake in the past perpetuated throughout his life.

Keywords: Prison. Former inmate.Principle of Human Dignity.The right to be forgotten.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2.O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A DIGNIDADE HUMANA DOS APENADOS: UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS PRISIONAIS E DOS ESTIGMAS QUE PROVOCAM | 14 |
| 2.1 IMPOSIÇÃO DE PENAS: UM “DIREITO” TRANSFERIDO AO ESTADO. | 17 |
| 2.2 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E A HISTÓRICA ESTIGMATIZAÇÃO DO EGRESSO. | 21 |
| 3.O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 31 |
| 3.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A REALIDADE DE QUEM NÃO FOI ESQUECIDO: UMA AMOSTRAGEM DOS EFEITOS NOCIVOS DE UMA “MEMÓRIA PERPÉTUA”. | 34 |
| 3.2DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM ALIADO DOS EGRESSOS NO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E DE INFORMAÇÃO..... | 39 |
| 4.A FINALIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA COMO COROLÁRIO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO | 45 |
| 4.1 REABILITAÇÃO CRIMINAL: UMA FERRAMENTA LEGAL EM AUXÍLIO AO ESQUECIMENTO..... | 48 |
| 4.2 MAUS ANTECEDENTES, UMA INFORMAÇÃO ESTIGMATIZANTE PARA ALÉM DA CONDENAÇÃO. | 51 |
| 5.CONSIDERAÇÕES FINAIS | 59 |
| REFERÊNCIAS..... | 62 |

1. INTRODUÇÃO

A prisão não foi inicialmente idealizada como um tipo de penalidade na forma como a concebemos hoje. Na verdade, o seu objetivo era impedir que o indivíduo que violou determinada norma fugisse do castigo que ainda estava por vir.

Foi a partir do séc. XVI que a prisão foi paulatinamente sendo aplicada como forma de sanção penal em resposta aos delitos cometidos, deixando de servir apenas para custodiar os acusados que aguardavam julgamento.

Após o período de simples custódia, os tipos de prisão e suas finalidades foram evoluindo ao longo dos anos.

A finalidade da referida pena de prisão pode variar de ordenamento para ordenamento, mas no Brasil, não há dúvida que seu objetivo principal é a ressocialização do condenado, como dispõe expressamente a Lei de Execução Penal em seu art.1º, consagrado posteriormente pela própria Constituição Federal.

Após a promulgação da Carta Magna, a finalidade ressocializadora da pena ficou ainda mais evidente, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana ter sido elevado a fundamento do ordenamento jurídico brasileiro destinado a todos, indistintamente, inclusive aos apenados.

Corroborando com o referido princípio está a disposição constitucional que veda as penas de caráter perpétuo no Brasil (art. XLVII, b, CRFB), não sendo admitido, portanto, que os efeitos da condenação produzam implicações indefinidamente na vida do ex-condenado.

Ocorre que, nada obstante isso, a realidade carcerária brasileira ao invés de viabilizar dita finalidade ressocializadora da pena, acaba por violar frontalmente o objetivo da lei e mesmo os direitos fundamentais do apenado. Pois o que se observa são presídios superlotados e pessoas amontoadas umas sobre as outras em um ócio perigoso.

São poucas as políticas de ressocialização do apenado de maneira a oportunizar a aprendizagem de uma profissão ou programas que estabeleçam convênios com empresas no intuito de oferecer uma ocupação dentro das

cadeias a fim de facilitar a inserção no mercado de trabalho; ou até mesmo um incentivo para a reaproximação da família durante o cumprimento da pena.

A verdade é que o sistema prisional brasileiro como um todo está falido e sucateado tendo se transformado em uma verdadeira universidade do crime. Esquece-se que o indivíduo que está preso, mais cedo ou mais tarde, sairá da prisão e é bem melhor para a sociedade que ele possa ser reinserido e venha a reconstruir sua vida dignamente, do quê voltar a delinquir e continuar sendo um problema social.

Aliás, reconstruir a vida além dos muros do cárcere e reintegrar a sociedade de uma forma cidadã, deveria ser incentivado pelo Estado/sociedade, já que por força de lei o egresso tem o direito de buscar um trabalho, refazer amizades, voltar ao seio familiar e frequentar lugares como uma pessoa comum.

Não é nada fácil ser ex-condenado no Brasil, visto que a sociedade é completamente descrente no que diz respeito à recuperação e reintegração do ex-presidiário em razão da ineficiente ou, porque não dizer, inexistente política de ressocialização estatal.

A vulnerabilidade do egresso é evidente, mesmo após cumprir sua pena, ele tem que enfrentar situações, muitas vezes, degradantes em clara transgressão a dignidade da pessoa humana, deixando exposto que, mesmo fora da prisão, ainda permanece preso aos erros do passado.

O liberado do sistema prisional precisa conviver com alguns estigmas da execução penal, tais como: a máxima repetida por muitas pessoas “uma vez bandido sempre bandido”; o receio de empregadores em oferecer oportunidade de emprego com medo que cometam um novo delito; a discriminação por amigos e familiares, que acabam não aceitando de volta e, conseqüentemente, continuam à margem social.

Não há respeito, nem muito menos proteção à imagem do ex-condenado, pelo contrário, acredita-se que o cometimento de um crime eterniza a biografia do indivíduo ignorando-se completamente o direito, que é de todos, inclusive dele, de reestabelecer sua imagem de maneira a efetivar, fora da prisão, o constitucionalíssimo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento se apresenta como um instrumento de proteção à memória individual do apenado e, por consequência,

um grande aliado na efetivação da ressocialização e do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado como princípio máximo da Carta Magna.

O referido instituto, conhecido também como direito de ser deixado em paz, tem como escopo impedir que informações pretéritas sejam utilizadas de forma indiscriminada, independente da seara, com justificativa baseada no direito de informação.

O seu objeto jurídico é à proteção da dignidade da pessoa humana quando houver violação da imagem, honra ou memória individual em razão da sua condição de ex-presidiário, ainda que sob a escusa de um perpétuo direito a informação.

Desse modo, acreditando na relevância do citado direito para a ressocialização do apenado, desenvolveu-se a presente pesquisa a fim de compreender como o direito de ser esquecido, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, pode auxiliar o egresso a superar os estigmas da execução penal.

Apesar de ser um conceito relativamente novo no Brasil, tendo sido reconhecido expressamente, pela primeira vez, no ano de 2013, em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o direito ao esquecimento já permeava nosso ordenamento por meio de institutos como a reabilitação (art.93 do CP).

Atualmente, a própria jurisprudência do país, pelo Supremo Tribunal Federal, vem aplicando o direito ao esquecimento e deixando evidente a opção pelo resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao uso indiscriminado de informações pretéritas.

E nesse ponto, o presente trabalho busca apontar meios de ponderação e critérios a fim de facilitar a resolução de conflitos entre o direito de informação e o direito ao esquecimento no caso concreto.

A pesquisa se mostra relevante por trazer a baila o direito ao esquecimento em contraponto aos estigmas que marcam o egresso da execução penal, a luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, procura-se denotar como o direito em análise, enquanto expressão do princípio da dignidade da pessoa humana no universo do egresso estigmatizado pela execução penal pode auxiliar na efetivação da ressocialização daquele.

O método que mais se adequou ao presente tipo de pesquisa foi o dialético-dedutivo. No que diz respeito à abordagem utilizou-se a qualitativa, uma vez que a busca por percepções e entendimentos relativos à natureza geral do tema em comento não pode ser quantificado, o que se buscou foi a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados no processo.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos, Constituição, livros especializados e períodos, além de um levantamento das principais jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar como os referidos tribunais estão interpretando o direito ao esquecimento e em quais situações tal instituto pode ser aplicado.

A divisão dos capítulos foi feita da seguinte forma: O direito de punir do estado e a dignidade humana dos apenados: uma análise dos sistemas prisionais e dos estigmas que provocam; O direito ao esquecimento como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana e, por fim, A finalidade ressocializadora da pena como corolário do direito ao esquecimento.

Desse modo, busca-se demonstrar que o direito ao esquecimento é uma ferramenta valiosa na imposição de limites temporais aos efeitos “acessórios/secundários” que advém do sistema prisional brasileiro, além se constituir como um instrumento assecuratório na proteção de informações passadas.

2. O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A DIGNIDADE HUMANA DOS APENADOS: UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS PRISIONAIS E DOS ESTIGMAS QUE PROVOCAM

O direito de punir do Estado, limitado pela lei e pelos direitos dos apenados, surgiu com a instituição do Estado moderno que, agora caracterizado como ente político e jurídico, passou a ter o dever de proteger a sociedade e punir aquele que ameaça a ordem transgredindo as normas sociais a todos impostas.

Sobre a formação do Estado e do próprio direito de punir, cumpre tecer algumas considerações sobre o pensamento de quatro grandes pensadores a respeito do conceito de Estado: Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau e Cesare Beccaria.

Para Thomas Hobbes, o homem é dotado de um instinto destrutivo e nele habita um desejo de dominação sobre o seu semelhante que acaba por instalar um estado de guerra. Essa característica do homem, chamada por ele de “estado de natureza” faz surgir à necessidade da existência de um poder capaz de dominar tais instintos e preservar a vida das pessoas. Definiu o direito natural, como:

A liberdade que cada um possui de usar o seu próprio poder, à maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, sua vida. Consequentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio pensamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.¹

Segundo o citado pensador, o referido direito sucumbiu à necessidade de preservar a harmonia da vida em sociedade, uma vez que no direito natural cada uma agia de acordo com suas próprias convicções de justiça, equidade, etc., conceitos muito variáveis de pessoa para pessoa.

Depois do estado de natureza veio o pacto estabelecido entre o povo e o Estado, na figura de um soberano responsável por determinar padrões de convivência entre os homens e, em caso de transgressão de tais padrões, o próprio Estado seria o detentor do poder de impor penalidades aos contraventores. No modelo de Estado hobbesiano o direito de punir é atributo exclusivo do Estado, atrelando-se, na verdade, a razão de ser do seu próprio surgimento.

¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ed Ed. Martin Claret, 2003, p. 101.

Jonh Locke, por sua vez, fundamenta que pelo contrato social os homens renunciam ao direito de defesa e de fazer justiça por conta própria em prol da estabilidade, tendo a garantia que o governo cumprirá o acordo feito por meio do pacto firmado e, caso contrário, o povo pode, inclusive, retirá-lo ou substituí-lo.

A teoria de Locke defendia que o homem possuía direitos inatos à condição humana independente de sua condição econômica e social, o simples fato de existir já conferiria ao Estado o dever de proteção dos referidos direitos. Locke², assim se manifestou:

Os homens não se dispõem a abdicar da liberdade do estado de natureza e a se submeter (à sociedade e ao governo), não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens e, através de regras estabelecidas de direito e propriedade, assegurar sua paz e tranquilidade.

Para ele, cada indivíduo transfere parcela do seu direito à sociedade e quando ocorre uma violação esta atingiria não apenas a pessoa que foi vítima, mas todo o conjunto social. Neste diapasão, a própria sociedade, por meio do Estado, tem a obrigação de punir aquele que descumpriu o contrato e castigá-lo. Entretanto, a violação só restaria configurada quando a conduta ferisse um direito previamente estabelecido, constituindo-se assim, a lei, como um limitador ao direito de punir do Estado, conforme se depreende do pensamento de Rudoophi³:

Com efeito, sendo o Estado criado para proteger os direitos naturais, o direito penal não poderia ir além da proteção destes limites. Vale dizer que, para uma conduta ser considerada crime, não bastava a violação de uma norma ética ou divina, era necessário que os direitos reconhecidos no contrato social fossem violados.

Por meio do contrato social todos passam a ser considerados iguais perante a lei e somente a ela devem obediência, estão, portanto, desobrigados de atender aos desmandos de qualquer particular.

Rousseau, no mesmo sentido, considera que o poder tem origem no próprio povo e em seu nome deve ser exercido. Segundo ele, o Estado surge

²LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.508.

³RUDOLPHI, Hans Joachim Apud KIST, Dario José. **Bem jurídico-penal: Evolução histórica, conceituação e funções**. **Direito e Democracia**, V. 04, n.1, 2003, p. 153-154.

do pacto firmado entre cidadãos livres que renunciam às suas vontades individuais em prol da coletividade e afirma:

O que prova que a igualdade de direito e a noção de justiça que ela produz deriva da preferência que cada um se dá e, portanto, da natureza do homem; que a vontade geral, para ser realmente tal, deve sê-lo em seu objeto assim como em sua essência; que ele deve partir de todos para se aplicar a todos; e que ela perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque então, julgando sobre o que nos é alheio, não temos nenhum verdadeiro princípio de equidade a nos guiar.⁴

Se o poder emana do povo, o direito de punir tem a mesma origem. Porém, para garantir a ordem e a justiça, conferiu também ao Estado nesse mesmo contrato o poder de punir aqueles que transgredissem a ordem acordada por todos.

Cesare Beccaria defende o direito de punir positivado como forma de abolir as incertezas existentes em um estado baseado somente em leis naturais. Para ele o direito de punir é formado pela reunião das liberdades naturais de cada indivíduo e assim são transferidas para uma instituição comum, o estado. E salienta que:

Desse modo, somente a necessidade obriga o homem a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça.⁵

Beccaria defendia também que o poder de punir do Estado encontra limitadores que não permitem que ele haja de forma indiscriminada e sem observar aquilo que determina a lei⁶.

Vale salientar que não apenas a lei se apresenta como fator impeditivo ao direito de punir, a observância dos direitos fundamentais adquiridos ao longo da história também funciona como um balizador que permite ou inibe a atuação do Estado.

⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Paulo Neves. Rio de Janeiro: L&M Pocket, 2010.p.50.

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p.19.

⁶-[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. II BECCARIA, Cesare, Op. Cit. p.20.

Nesse contexto, o princípio que melhor representa o ideal do mundo moderno é o da dignidade da pessoa humana, tal princípio é determinante na resolução de quase todos os conflitos, representando também um “freio” ao direito de punir do Estado.

Ele auxilia na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que funciona como uma bússola em casos de lacunas, ambiguidades ou colisões de direito, mas acima de tudo ele constitui um parâmetro obrigatório para o legislador, que não pode deixar de observá-lo, sob pena de ter sua lei considerada inconstitucional.

Segundo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Carta Magna brasileira estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa república⁸, demonstrando a magnitude desse princípio dentro do ordenamento jurídico pátrio, o qual deve orientar todo o agir estatal, em especial sua função punitiva, que por tanto tempo foi considerada um —direito privadoll e hoje constitui um poder-dever exclusivo do Estado.

2.1 IMPOSIÇÃO DE PENAS: UM “DIREITO” TRANSFERIDO AO ESTADO.

O ser humano é eminentemente sociável, daí a convivência em grupos ser algo tão natural, desde os primórdios da história. O surgimento de conflitos

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012, p.62.

⁸Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05 Jun 2016.

nas comunidades também sempre existiu, por isso que a criação de regras que pudessem manter a unidade se desenvolveu naturalmente, nesse interim, a sanção privada foi uma das primeiras formas de resposta normativa de conduta.

Inicialmente, não havia proporcionalidade nos tipos de punição, uma vez que era concebida como um instrumento de vingança privada, cabendo a cada suposta vítima aplicar a pena que acreditasse ser a mais justa. Apresentando-se o conhecido Código de Talião⁹ como um verdadeiro avanço social, na medida em que impunha um limite à reação da vítima, que não poderia ferir ou lesar, além do que fora violada.

Com o tempo a vingança deixou de ser privada e adquiriu um caráter divino, tornando-se ainda mais rigorosa, haja vista que ela deveria ser proporcional à divindade ofendida. Na Idade Antiga essa marca era muito presente, os antigos acreditavam que a paz advinha dos deuses, conforme destaca Caldeira¹⁰:

Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra na expulsão do agente da comunidade, expondo-o a própria sorte.

No período medieval que predominou o direito canônico, germânico e romano as penas eram corpóreas e bastante cruéis. Utilizava-se de afogamento, tortura, açoite, soterramento, fogueira e a pena de morte, tudo justificado —em nome de Deus. O direito canônico explicava as referidas penas com o objetivo de regeneração do criminoso por meio do arrependimento ou purgação da culpa. A sua tolerância às penas rudes se fundava na crença da salvação da alma do condenado.

A visão que se tinha da punição nessa época era uma espécie de castigo e vingança aplicados diretamente no espírito do delinquente, o objetivo

⁹ A lei de talião, do latim *lex talionis* (lex: lei e talio, de talis: tal, idêntico), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada retaliação. Esta lei é frequentemente expressa pela máxima olho por olho, dente por dente. É a lei, registrada de forma escrita, mais antiga da história da humanidade. Os primeiros indícios do princípio de talião foram encontrados no Código de Hamurábi, em 1780 a.C. no reino da Babilônia. Esse princípio impede que as pessoas façam justiça por elas mesmas e de forma desproporcionada, no respeitante ao tratamento de crimes e delitos, é o princípio "olho por olho, dente por dente". Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o Acesso em 26 Jun. 2016

¹⁰ CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n°45, v.12, 2009, p.260.

era purificá-lo. No direito eclesiástico, a forma mais comum de punição era através da penitência, nesse sentido foram construídas prisões intituladas de —penitenciáriosll, o objetivo era fazer o pecador refletir sobre a sua culpa e se arrepender, acreditava-se que o silêncio da reclusão seria o melhor lugar para tanto.

Com a criação do Santo Ofício, que deu origem a Inquisição pela Igreja em 1215, o foco das punições passou a ser os atos que desafiassem a doutrina cristã. Esse período da história foi marcado por atrocidades cometidas contra pessoas que professassem religiões diferentes, sendo a simples suspeita de heresia digna de punição¹¹.

O termo inquisitivo, atribuído hoje ao inquérito policial brasileiro, na Idade Média era uma praxe que orientava o processo inteiro, visto que ao acusado não era permitido saber sequer qual a acusação lhe era imputada, sendo muitas vezes torturado para confessar algo que não havia cometido, como destaca Beccaria¹²: “Esse costume parece tirado do misterioso tribunal da penitência, onde a confissão dos pecados é parte necessária dos sacramentos”.

Com o enfraquecimento da Igreja e com ela o fim da Idade Média, os conceitos religiosos foram perdendo espaço e o homem foi sendo colocado como centro do universo, foi o chamado antropocentrismo. Esse período da história ganhou o nome de Renascimento e foi marcado pelo retorno da ciência, da filosofia, das artes antes limitadas pela Igreja Católica.

Em que pese o Renascimento ter trazido novos conceitos e colocado o homem em foco, no que dizem respeito às punições, estas não se tornaram, de plano, menos cruéis do que as praticadas no período passado. O objetivo era manter o poder nas mãos do Estado absolutista, por meio da nobreza, e coibir qualquer tentativa de insurgência social.

¹¹ -A Santa Inquisição foi criada na Idade Média, durante o século XII, sob os ditames da Igreja Católica Romana. Ela era composta por Tribunais que julgavam todos aqueles considerados uma ameaça ao Direito Canônico, aos dogmas e valores defendidos pela Igreja. Bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada. As pessoas estavam sujeitas desde a prisão temporária ou perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em plena praça pública. ll CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 31.

¹² BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.*p.42.

A crueldade da pena não era em vão, pelo contrário, possuíam como dito, um propósito claro e definido: demonstrar o poder do soberano sobre a população, além de intimidar e reafirmar o poder do rei. Não existia a preocupação com a recuperação do condenado, visto que o objetivo final da pena era a punição do infrator que, em regra, conduzia a sua morte.

Contrário à referida pena de morte está o pensamento de Beccaria¹³:

A morte de um cidadão apenas pode ser considerada necessária por duas razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem; e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo a sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.

Com efeito, se verifica que o cerceamento da liberdade não nasceu originalmente como forma de punição, na verdade seu objetivo era a custódia daquele que cometeu atitude digna de penalidade; sua função era assegurar que o indivíduo não fugiria do castigo que ainda estava por vir. Conforme destacou Carvalho Filho —O encarceramento era um meio, não era o fim da punição¹⁴.

No sistema penal absolutista o processo era secreto, o acusado consistia em um mero objeto de investigação, a tortura era um meio comum para a obtenção de provas e a confissão, a rainha delas. O cerceamento da liberdade não possuía um caráter sancionatório, sendo um meio atroz de manter o acusado sob o julgo do Estado, a fim de suportar a pena que adviria da sua condenação.

A rigidez do sistema absolutista, o descaso com a população, além da crueldade das penas enfraqueceram paulatinamente o regime e a massa desvalorizada começou a ficar insatisfeita¹⁵. O horror praticado pelo estado

¹³ BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.* p.52.

¹⁴ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 21.

¹⁵-As circunstâncias do absolutismo levaram uma enorme quantidade de pessoas à miséria absoluta; revolução dos preços, cerceamento dos campos, ausência de trabalho, excesso de oferta de mão de obra, baixo preços dos salários, aumento dos impostos para custear as guerras, etc. A Idade dos Mendigos exigiu uma centralização do poder punitivo e medidas radicais de contenção da animosidade crescente. Em função disso, a sanção penal se tornou pública e a pena de morte foi aplicada de forma cruel e com freqüência, eliminando as pessoas que perderam seu tempo e espaço e não conseguiram se incorporar ao novo modelo social com a rapidez imprescindível à sobrevivência. ICHIAVERINI, Tatiana *Op. Cit.* p.77.

absolutista na aplicação das penas, ao invés de intimidar a população, teve um efeito contrário gerando indignação e questionamentos sobre o direito de punir.

Foi na Revolução Francesa em 1789 que a discussão sobre o direito de punir do estado absolutista passou a ser questionado, tanto que o ícone desse período ficou conhecido como queda da Bastilha¹⁶, que era uma prisão.

Assim, a reforma no direito de punir do estado passou a ser algo inadiável, visto que não havia mais como a sociedade suportar tantas crueldades. Foi nesse contexto que a maneira de punir passou a ser revista e, com ela, o local do cumprimento das penas, qual sejam, as penitenciárias.

2.2 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E A HISTÓRICA ESTIGMATIZAÇÃO DO EGRESSO.

As primeiras prisões surgiram na Europa e eram destinadas ao recolhimento de vagabundos, prostitutas, mendigos e jovens delinquentes que se proliferavam em virtude da grave crise enfrentada pelo sistema feudal em decadência.

A mais antiga, segundo César Barros Leal¹⁷, foi construída em 1552 na cidade de Bridewell, na Inglaterra, chamada de *House of Correction* que ficou conhecida pela disciplina rígida. O trabalho era obrigatório para garantir o auto-sustento dos condenados, além disso, objetivava servir de exemplo para que outras pessoas não seguissem o caminho da delinquência.

Os primeiros modelos de penitenciárias como concebemos na atualidade, começaram a surgir no fim do século XVIII, na Inglaterra, merecendo destaque um texto publicado por John Howard (1726-1790), xerife do condado de Bedfordshire em 1777, intitulado de *State of Prisons in England*

¹⁶ A Bastilha era uma antiga fortaleza construída em 1370, em Paris, pelo rei francês V. No século XVII, no Governo do Cardeal Richelieu, a Bastilha foi transformada em prisão para encarcerar os que desagradavam ao rei ou à sua corte. Quando a Revolução Francesa começou, a primeira coisa que o povo fez foi atacar e destruir a Bastilha, no dia 14 de julho de 1789. A Bastilha foi antes de tudo, a imagem do despotismo na França.

OLIVEIRA, Edmundo *Apud* ALEXANDRE, P. R., 2006. O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – Instituto de Ciência Política. Brasília Distrito Federal. Brasil, p. 39.

¹⁷ LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.33-34.

*and Wales*¹⁸, no qual critica o sistema prisional inglês e propõe uma série de mudanças, dentre as quais, a criação de estabelecimentos específicos a fim de atender a nova visão da pena, qual seja, a prisão como forma de punição.

Outra referência importante foi o inglês Jeremy Bentham (1748-1832), entre as principais contribuições para a reformulação do sistema punitivo destaca-se a defesa pela punição proporcional. Em 1781 ele escreveu “Panóptico”, que seria uma prisão modelo em formato circular com celas em suas bordas e o meio vazio nele ficaria um vigilante que conseguiria observar os prisioneiros sem que estes o vissem, ou seja, “onipresente”.

O modelo celular, muito utilizado nos dias atuais, surgiu no final do século XVIII e início do século XIX na Filadélfia, Estados Unidos. Ficou conhecido como sistema da Filadélfia que consistia na reclusão total do preso em uma cela, segregado do mundo externo e dos outros presos. De acordo com Foucault o sistema filadelfiano merecia elogios no tocante ao método de separação individual, uma vez que impedia a corrupção dos condenados, o conluio para fugas ou rebeliões. Todavia, a severidade extrema não contribuía para a readaptação social do condenado.

E, nesse sentido, Foucault¹⁹ destaca:

A prisão não tem só que conhecer a decisão dos juízes e aplicá-la em função dos regulamentos estabelecidos: ela tem que coletar permanentemente do detento um saber que permitirá transformar a medida penal em uma operação penitenciária; que fará da pena tornada necessária pela infração uma modificação do detento, útil para sociedade.

Também nos Estados Unidos em 1820 surge o sistema conhecido como “Auburn”, —Sistema de Nova Iorque, sistema norte-americano ou *silent system*, que apesar da semelhança com o sistema da Filadélfia, eis que mantinham o isolamento noturno, no período diurno as refeições e o trabalho eram coletivos, entretanto, imperava a lei do silêncio, os presos eram impedidos de se comunicar uns com os outros. Apesar da crítica que se faz a esse sistema em virtude da proibição de visita dos familiares, além de não valorizar a prática de exercícios físicos e o lazer, ele se constituiu como a semente do sistema progressivo de cumprimento de pena adotado, atualmente, em vários países.

¹⁸ Tradução livre: As condições das prisões da Inglaterra e Gales

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p.237.

O sistema progressivo de pena foi idealizado pelo inglês Alexander Maconochie e colocado em prática na colônia britânica da Austrália por volta de 1840, ficando conhecido por *marksystem* (marcas, pontuação pelo comportamento). De acordo com Carvalho Filho²⁰ “o detento, por méritos de trabalhos, adquiria vales e os perdia em caso de indisciplina, num sistema de ‘débito - crédito’. Tais créditos poderiam levá-lo até o mérito da liberdade condicional.”

Carvalho Filho²¹ ressalta ainda que:

Esse modelo foi aperfeiçoado na Irlanda, onde se criou a prisão intermediária, no qual antes da liberdade condicional o preso trabalharia ao ar livre em estabelecimentos especiais, longe da prisão fechada.

O modelo inglês se espalhou pelo mundo e vários outros foram surgindo, como o Sistema de Montesinos na Espanha que remunerava o trabalho dos condenados, além de pregar um caráter regenerador da pena. Na Suíça foi criado um sistema penitenciário em que os presos ficavam na zona rural trabalhando ao ar livre, além de contar com uma vigilância menor, eram remunerados.

Já o sistema progressivo irlandês foi idealizado por Walter Crofton e deveria seguir quatro períodos de cumprimento da pena: a) período de prova: isolamento celular diurno e noturno, nos moldes do sistema progressivo inglês; b) reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, também de forma similar ao sistema inglês; c) período intermediário: (uma novidade desse sistema em relação ao inglês que ocorria entre a prisão comum e reclusão celular noturna e a liberdade condicional), no qual a prisão intermediária seria executada em estabelecimentos especiais, onde o preso trabalharia no exterior do presídio, ao ar livre, geralmente em atividade agrícola; e d) liberdade condicional: idêntico ao regime progressivo inglês.

Nada obstante isso, até então, a prisão ainda não era vista como um ambiente que pudesse ser destinado também à recuperação do condenado. Somente no século XVIII se cogitou a possibilidade de utilizá-la realmente como instrumento de recuperação e não apenas de punição.

²⁰ Carvalho Filho, *Op. Cit.* p.27.

²¹ Carvalho Filho, *Op. Cit.* p.27

De forma precursora e visionária defendia Beccaria²² que: “...a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo, mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal é aperfeiçoar a educação.”

Foi com o Iluminismo e a retomada da valorização do homem como indivíduo que se passou a refletir sobre a necessidade de se empregar um tratamento digno e respeitoso aos condenados a fim de preservar a sua dignidade e oportunizar a recuperação da sua cidadania, além do retorno seguro ao convívio social. A pena de morte, as penas corpóreas, cruéis e infamantes – ainda comuns na época – começaram a ser repensadas, e já não se negava a urgência em se reformar do sistema punitivo vigente.

O divisor de águas no estudo das penas foi à obra intitulada “Dos Delitos e das Penas”, do já citado, Cesare Beccaria. Foi com ela que o direito penal passou a se preocupar com o estudo da execução penal. Em sua obra defendeu a importância da legalidade e da anterioridade como princípios basilares na tipificação penal, ficando clara sua preocupação em assegurar direitos ao preso.

Outro ponto forte do pensamento do autor é o aspecto da proporcionalidade e adequação entre crime e castigo²³, segundo ele “Uma pena só é justa quando necessária”²⁴. O que se apresenta como uma revolução, eis que na época, a regra eram os castigos desproporcionais e desumanos desprezando-se completamente a condição de ser humano do criminoso, além de não se preocupar com a recuperação social do indivíduo.

Desse modo, as ideias de Beccaria, não apenas foram fundamentais para a construção do sistema penal clássico, como também influenciaram de forma expressiva o exercício do Jus Puniendi²⁵ estatal de, praticamente, todo o mundo ocidental.

²² BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.* p. 106

²³-Poder-se-ia também tornar mais estreita a ligação das ideias de crime e castigo, dando à pena toda conformidade com a natureza do crime, para que o temor de um castigo especial afaste o espírito da senda a que levava a perspectiva de um crime vantajoso. Il BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.* p.63.

²⁴ BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.* p.60

²⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Na realidade brasileira e fazendo uma pequena digressão histórica, temos que, até o ano de 1830, não havia previsão de privação de liberdade, eis que o Brasil, como colônia portuguesa, se submetia às Ordenações Filipinas, que previam expressamente a pena de morte, penas corporais (açoite, queimaduras, mutilação), confisco de bens e multas, entre outras.

A primeira constituição brasileira foi outorgada em 1824 já trazia algumas mudanças no tocante ao sistema punitivo, foram banidas as penas de açoite, tortura, o ferro quente e outras penas cruéis; além disso, determinou-se que as prisões deveriam ser limpas, seguras e também que se observasse a necessidade de separação dos presos conforme as circunstâncias e natureza dos crimes.

A pena de prisão foi introduzida em 1830 com o Código Criminal do Império e passa a ter um papel predominante no rol das penalidades, contudo a pena de morte ainda era aplicada.

O novo Código Penal de 1890 aboliu as penas de morte, penas perpétuas, açoites e as galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua). Outra inovação do referido código foi o limite de 30 anos para as suas penas, as quais se subdividam em: prisão celular, reclusão, trabalho obrigatório, prisão disciplinar e a aprovação pecuniária. Havia previsão do instituto do livramento condicional que significava uma liberdade vigiada durante o cumprimento da pena, caso o apenado fizesse por merecer.

A falta de locais próprios para o cumprimento das penas previstas no código já era perceptível na época, revelando que a falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento das penalidades não é nada recente.

A Constituição de 1937 representou um retrocesso, haja vista ter restabelecido a pena de morte. Entretanto, o Código Penal de 1940 não trouxe tal previsão, além de ter mantido o sistema de progressão no cumprimento de penas privativas de liberdade.

Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em 10 Jul 2016.

Um grande avanço no sistema penal brasileiro foi à promulgação da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), antes mesmo da Constituição Federal de 1988, ela foi responsável por reconhecer o condenado como sujeito de direitos²⁶. Contudo Zacarias²⁷ ressalta que:

Apesar de moderna, procurando racionalizar, desburocratizar e flexibilizar o funcionamento do sistema prisional, a Lei de Execuções Penais não tem produzido os resultados concretos almejados por seus autores e esperados pela sociedade. Tal ineficácia está na omissão do Poder Executivo que, procurando de todas as formas dirimir e eximir-se de suas obrigações básicas no plano social, até a presente data não houve investimentos necessários em escolas, em fábricas e fazendas-modelo, ou mesmo comércio; em pessoal especializado e em organizações encarregadas de encontrar postos de trabalho para os presos em regime semi-aberto e aberto, principalmente para os egressos dos estabelecimentos penais.

Apesar da evolução do sistema penal e do reconhecimento de direitos aos apenados, as consequências de passar por uma prisão podem perdurar pelo resto da vida.

O sucateamento dos presídios e os baixos índices de recuperação dos apenados afloram a descrença da sociedade na função ressocializadora da pena²⁸ e a conseguinte rejeição em relação aos egressos, que para o censo comum —sairão pior do que entraramll.

²⁶ Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984):

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em 20 Jul 2016.

²⁷ ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006, p.35.

²⁸-Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o

Vale à pena conceituar juridicamente a palavra —egressoll: Pessoa que, após cumprir pena, adquire liberdade, deixando o estabelecimento prisional, a clausura etc.²⁹. O egresso é o indivíduo que, em razão de ter cometido um ilícito, ingressou no sistema prisional e agora retorna à sociedade.

Entretanto, este retorno não é simples. Na verdade, é inegável que a condenação criminal, mesmo quando necessária diante do cometimento de um ato ilícito, acaba marcando para sempre história do indivíduo e dificultando o seu reencontro com a sociedade.

A jornalista Paula Costa Bonini destaca a dura realidade encontrada pelo egresso fora da prisão em reportagem para o jornal Folha de Londrina³⁰:

Independentemente do crime cometido, ao ter a liberdade garantida, o egresso esbarra no preconceito de uma sociedade que não está preparada para recebê-lo. Recente pesquisa da Fundação Perseu Abramo revela que quem já cumpriu pena atrás das grades desperta repulsa ou ódio em 5% dos brasileiros, antipatia em 16% e indiferença em 56%. O estudo mostrou ainda que 21% das pessoas não querem encontrar ou conviver com um ex-presidiário. Um dos grandes desafios encontrados é conseguir um espaço no mercado de trabalho. A maioria dos empresários tem receio de contratar um ex-detento. Poucos oferecem uma oportunidade.

Sobre as discriminações sofridas pelos egressos, Felberg³¹ destaca:

A discriminação aos egressos do sistema carcerário, que atinge, dentre outros, o fundamental direito ao trabalho, constitui-se em pernicioso obstáculo à imprescindível reintegração social desses indivíduos, vitimando a própria sociedade em que são inseridos, num contexto paradoxal, cuja recalcitrância viciosa soa aparentemente insolúvel.

Da mesma forma, uma matéria, publicada no portal G1 em 2010 vinculado à Rede Globo, aponta a dificuldade de inserção no mercado de trabalho quando se carrega o peso de ter passado pelo sistema prisional, conforme se evidencia nos seguintes trechos:

Após viver 13 de seus 33 anos atrás das grades por assassinato, J.C., que terminou o nível fundamental na prisão, afirma que foi muito difícil recomeçar a vida em São Paulo. Solto em junho de 2009, o ex-detento

juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.¶

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 370

²⁹Disponível em: <http://www.dicio.com.br/egresso/>. Acesso em 01 Ago. 2016

³⁰BONINI, Paula Costa. Preconceito atrapalha ressocialização de ex-detentos. Folha de Londrina. Disponível em: <<http://www.folhadelondrina.com.br/geral/preconceito-atrapalha-ressocializacao-de-ex-detentos-751923.html>>. Acesso em 06 Ago. 2016.

³¹ FELBERG, Rodrigo. **A Reintegração Social dos Cidadãos Egressos. Uma Nova Dimensão de Aplicabilidades às Ações Afirmativas**. São Paulo: Atlas, 2015, p.06.

levou mais de um ano para conseguir um emprego com carteira assinada. O patrão o contratou sem saber que ele já foi preso.

-Eu não contei porque cheguei a perder vários empregos depois de revelar meu passado!

A mesma situação vive F. C., de 44 anos, também em São Paulo e que ainda não completou o nível fundamental. Ele conseguiu um emprego em novembro e, assim como J. C, não contou sobre seu passado ao empregador. Soltou em agosto, após ficar preso por 1 ano e 8 meses por roubo de carga, ele afirma que é muito difícil recomeçar por conta da discriminação. -As pessoas não acreditam que a gente está disposta a se recuperar. Eles acham que a gente está pensando em roubar de novo. Por isso, decidi não contar [sobre o passado] ao meu chefe, é melhor esconder!

Nesse contexto, surge a seguinte indagação: Será que uma pessoa deve ficar presa para sempre a um erro cometido no passado mesmo tendo cumprido a penalidade devida perante a sociedade?

É preciso entender a verdadeira função da prisão, deixando de atribuí-la apenas o caráter punitivo e focar na função educativa e ressocializadora, eis que a responsabilidade pela reinserção é plural e não pode ser atribuída de forma exclusiva ao Estado. Sobre esse assunto assevera Bittencourt³³:

A ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional e interativo entre o indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinquente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo. Caso contrário, estaríamos admitindo, equivocadamente, que a ordem social é perfeita, ao que, no mínimo, é discutível.

O egresso quando deixa o cárcere, além de não ter tido nenhum tipo de incentivo educacional, moral, religioso e profissionalizante, ainda precisa enfrentar o rótulo de “ex-presidiário”.

É fundamental deixar de rotulá-lo como esse eterno delinquente e começar a pensar em soluções para reinseri-lo na sociedade de maneira que ele se sinta parte do todo, pois não permitir ao egresso a oportunidade de reconstruir a sua vida fora da prisão é condená-lo de forma perpétua por um erro.

A verdade é que os presos das penitenciárias brasileiras deixam o cárcere sem qualquer perspectiva fora das grades, além de não levarem

³² Matéria intitulada: Apesar de leis, ex-presos enfrentam resistência no mercado de trabalho. Disponível em <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>> Acesso em 01 Out. 2016.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p.118.

consigo nenhum tipo de aprendizado profissional, ético ou moral, ainda precisam enfrentar a descrença e o preconceito além dos muros.

Como bem ressalta Felberg:

[...] as características nefastas do sistema prisional são prejudiciais ao processo reintegrativo, deteriorando a aceitação dos presos e isso também é levado em conta negativamente, a influenciar a aceitação dos condenados que cumpriram suas penas ou que estão sob livramento condicional.³⁴

Nessa esteira, pode-se afirmar que o sistema penitenciário brasileiro, praticamente, neutraliza o retorno, a credibilidade e a aceitação do apenado à sociedade, conforme exemplifica Rogério Greco³⁵:

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Assim sendo, resta claro que apesar de vedada as penas infamantes, vexatórias e de caráter perpétuo³⁶, a realidade para quem deixa a prisão após cumprir a sua pena é de discriminação e exclusão social. Além de o erro cometido ser uma mácula na história do indivíduo, muitas vezes a própria família, amigos e até a mídia não permitem que o ilícito seja superado e esquecido.

Nesse sentido, é preciso invocar o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar do ordenamento brasileiro, e que se apresenta, não apenas como um limitador à atividade punitiva do Estado, mas como princípio que reclama uma atitude positiva do Estado, para garantir dignidade aos egressos que deixam a segregação das penitenciárias.

³⁴FELBERG *Op. Cit.* p.08

³⁵ GRECO, Rogério. **Direito Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.103.

³⁶Constituição Federal de 1988:

Art. 5º

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em 05 Set. 2016.

Estes devem ter, assim como qualquer outra pessoa, sua dignidade humana protegida e preservada, visto que o cometimento de um crime não justifica a inobservância de tal direito.

Sentir-se e ser incluído na sociedade é um dos grandes problemas encontrados pelo egresso ao deixar a penitenciária, voltar a fazer parte do todo depois de cometer um delito não é uma tarefa das mais fáceis. Falta confiança, credibilidade e começa justamente com a descrença no próprio sistema, o penitenciário, que custodiou o ex-apenado.

Nesse contexto, o objeto central do presente trabalho, “o direito ao esquecimento”, apresenta-se como um instituto que busca a libertação do apenado das grades invisíveis que o acompanham fora da prisão e como um instrumento que auxilia a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana não pode ser encarada apenas no sentido de abstenção, ou seja, de a pessoa não ser vítima de condutas degradantes ou vexatórias; tal princípio impõe, sim, ao Estado, uma atitude comissiva, qual seja, a de adotar as medidas necessárias à proteção e garantia dos direitos fundamentais objetivando o desenvolvimento humano nos seus vários aspectos (moral, social, ético, familiar, etc). Inclusive a busca pela efetivação de direitos sociais como lazer, moradia, saúde, trabalho também são essenciais para dar concretude ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Felberg³⁷ observa que:

[...] sem a efetivação dos direitos sociais não há como chegar à sociedade -livre, justa e solidária, afastando-se, inclusive, da possibilidade de redução das desigualdades sociais, que é um princípio de ordem econômica e um fundamento da República.

Nesse diapasão, a proteção da dignidade da pessoa humana do egresso se fundamenta em muitos outros princípios e garantias inerentes a qualquer outro cidadão e que, muitas vezes, não são levadas em consideração em razão da passagem pela penitenciária, esquecendo a sociedade, que tendo o egresso, cumprido a pena imposta, deve retornar ao seu grupo social em pé de igualdade com os outros cidadãos.

Nesse sentido destaca Alexandre de Moraes³⁸:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nada obstante isso e da Carta Magna reconhecer ao princípio da dignidade da pessoa humana status de direito fundamental, o que se verifica é

³⁷FELBERG *Op. Cit.* p.04.

³⁸MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

a total falta de oportunidade, de proteção à imagem e memória individual, bem como a ausência de apoio estatal ao egresso para que este retorne ao seio social, pondo em cheque o dever do estado de assegurar dita dignidade.

Afinal, e retomando nossa questão central, é digno que uma pessoa humana fique presa a um erro do passado e carregue pelo resto da vida o estigma de criminosa?

É digno que seja apontado na rua como marginal, mesmo depois de ter cumprido sua pena? Que não consiga emprego porque o empregador não acredita na sua recuperação?

É digno que sua intimidade, imagem e memória sejam flagrantemente violadas de tal forma que o retorno à sociedade se torne comprometido ou até impossibilitado?

Buscando auxiliar a efetivação da dignidade da pessoa humana dos ex-condenados, principalmente no que diz respeito à proteção da imagem, privacidade e memória individual, sugere-se o direito ao esquecimento³⁹ como instrumento de afirmação da sua dignidade e efetivação da ressocialização objetivada pelo estado.

Referido direito pode ser conceituado como a prerrogativa que um indivíduo possui de não permitir/aceitar que um fato, mesmo que verdadeiro ocorrido em um determinado período de sua vida, seja exposto, noticiado ou divulgado ao público, causando-lhe sofrimento ou constrangimento.

Martinez⁴⁰ de forma simplificada conceitua —[...] o direito ao esquecimento se caracteriza como uma limitação temporal para a utilização de dados pretéritos, em função da falta de utilidade e atualidade de uma informação.¶

Em outras palavras, o direito ao esquecimento fundamenta-se na proteção temporal das informações, em razão da falta de contemporaneidade e utilidade na sua veiculação.

Ele veda a utilização indevida e indiscriminada de tais informações, reconhecendo que tal conduta configura uma afronta aos direitos de

³⁹“O termo recebe nome correlatos no Direito comparado, tais como: -derecho al olividoll (países de língua espanhola); -therightto bel letalonell, -therighttobeforgotten¶ (EUA); -droit à l’oublill (França); -RechtaufVergessenwerden¶ (Alemanha). No Brasil também pode ser encontrados -direito de ser deixado em paz¶, -direito de estar sóll.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p.81.

⁴⁰MARTINEZ *Op Cit.* p. 06.

personalidade do egresso, que tem como lastro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, embora não haja menção expressa desse direito o nosso ordenamento, ele pode ser facilmente extraído de alguns dispositivos legais como o art.5º inc. X⁴¹da CF; o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴² (ratificada em 10 de dezembro de 1948) e mesmo o art.11 do Código Civil⁴³ que trata dos direitos de personalidade, sendo certo que tal direito alcança a todos, indistintamente.

Esse direito veio para complementar à proteção dos direitos de personalidade, principalmente o conflito existente entre os direitos de imagem e memória individual com o direito a informação. Sua função é equacionar princípios tão importantes para que um não se sobressaia indevidamente sobre o outro, ou seja, tido como absoluto por meio de um sopesamento de princípios diante de um caso concreto.

No caso dos egressos tal discussão se mostra bastante salutar em virtude da realidade discriminatória que a sociedade naturalmente estabelece. A dificuldade que eles se deparam quando saem das penitenciárias (dificuldade de se reinserir no mercado de trabalho, rejeição social, etc) é tão dura por si só, que é completamente desnecessário penalizá-los novamente com a rememoração de uma situação passada talvez esquecida, em algum momento, pela sociedade.

Com o passar do tempo, a lembrança de acontecimentos e o papel que estes desempenharam, apesar do grande interesse público que por ventura tenha despertado, acabam se perdendo e sua exploração não mais se justifica.

⁴¹Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 Set. 2016.

⁴²Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948:

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 15 Ago 2016.

⁴³Código Civil. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em 10 Out. 2016.

Nesse diapasão, o direito ao esquecimento se impõe como instrumento de proteção ao indivíduo, seja de forma preventiva impedindo a utilização da imagem de maneira indiscriminada por meio dos veículos de informações sociais, seja como meio de fundamentar a reparação do egresso quando o dano já aconteceu.

Não amparar os egressos, tentando mitigar os estigmas da execução penal, e se omitir diante da violação explícita do princípio da dignidade humana, nesses casos, é como legitimar uma dupla e perene condenação.

3.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A REALIDADE DE QUEM NÃO FOI ESQUECIDO: UMA AMOSTRAGEM DOS EFEITOS NOCIVOS DE UMA —MEMÓRIA PERPÉTUAII.

Apesar de entre nós o direito ao esquecimento ser tido como recente, a sua primeira aplicação foi atribuída a uma lide de repercussão mundial no julgamento do caso *Mervin versus Reid* que aconteceu nos Estados Unidos em 1931 que a reclamante Gabrielle Darley teve o direito ao esquecimento reconhecido pelo Tribunal de Apelação da Califórnia. No julgamento o tribunal julgou procedente o pedido da autora que processou o produtor de um filme (*Red Kimono*) que contava a sua biografia, fazendo-a reviver um passado de prostituição e uma acusação de homicídio em que fora absolvida em 1918. O direito ao esquecimento foi reconhecido sob a alegação de falta de utilidade da informação, além ter sido levando em consideração o fato de a autora ser casada e levar uma vida digna e honrada.⁴⁴

O episódio mais famoso no mundo ocorreu ainda no século passado (mais especificamente em 5 de junho de 1973), quando em uma Reclamação Constitucional, que ficou conhecida como —Caso LebachII⁴⁵, o Tribunal Alemão afirmou o direito ao esquecimento.

Nesse caso estava em conflito a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade. Aconteceu uma chacina de quatro soldados alemães e outro ficou gravemente ferido, três homens foram acusados de envolvimento no crime. Dos três envolvidos, dois foram condenados à prisão perpétua e outro, o

⁴⁴ MARTINEZ. *Op. Cit.*p.91 Apud DOTTI, Renê Ariel, 1998, p. 1-3.

⁴⁵ MARTINEZ. *Op. Cit.*p.88Apud SCHWABE, Jürgen, 2005, p. 486-494.

autor da reclamação, foi condenado a seis de anos de reclusão por auxílio na ação criminosa, tendo cumprido a pena integralmente.

Acontece que, após cumprir a pena de reclusão e prestes a ser posto em liberdade, estava para ser veiculado em um canal da televisão alemã (ZDF – Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão) um documentário sobre o acontecido. Nele, além dos outros três condenados, aparecia o nome e a foto do reclamante recontando todo o fato criminoso. O reclamante pleiteou que o documentário não fosse transmitido, porém o pedido foi negado pelos tribunais ordinários (Tribunal Estadual de Mainz e Tribunal Superior de Koblenz), sob alegação de que havia interesse público na divulgação da informação, uma vez que a sua participação no crime o tornou personalidade da história recente.⁴⁶

O caso chegou até o Tribunal Constitucional Alemão que julgou procedente a ação e reconheceu a violação ao direito do desenvolvimento da personalidade, nos seguintes termos:

Em face do noticiário atual sobre os delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após a sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.⁴⁷

No Brasil o primeiro caso de repercussão nacional que teve reconhecido o direito ao esquecimento pela Corte Superior foi em 2013, na Ação de Reparação de Danos Morais que tinha como autor Jurandir Gomes de França e réu a Rede Globo Comunicações e Participações S/A. O caso foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ (2012/01449107) e teve como relator o Ministro Luís Felipe Salomão.

O autor da ação foi indiciado como coautor e partícipe de homicídios cometidos no episódio que ficou conhecido como Chacina da Candelária em 23

⁴⁶ MARTINEZ. *Op.Cit.* p.90. Apud MENDES, Gilmar Ferreira, 1994, p.300.

⁴⁷ MARTINEZ. *Op. Cit.*p.90-91 Apud SCHWABE, Jürgen, 2005, p. 487.

de julho de 1993 no Rio de Janeiro, tendo sido submetido a júri popular e absolvido por unanimidade no Conselho de Sentença por negativa de autoria.

Em junho de 2006 foi ao ar o programa Linha Direta Justiça que contou a história da Chacina da Candelária, nele o senhor Jurandir foi apontado como um dos envolvidos no caso, mas que fora absolvido em júri popular. Entretanto, a emissora não teve a autorização do recorrente para utilizar a sua imagem na matéria.

Tal acontecido trouxe muito sofrimento e constrangimento para o recorrente que teve sua vida praticamente destruída. Ele alegou que a reportagem trouxe de volta uma situação superada na sua vida e teve que suportar consequências drásticas. A sua vida profissional foi prejudicada, não conseguiu mais emprego na localidade onde morava, além disso, precisou se mudar, pois passou a ser visto como chacinador pelos vizinhos e conhecidos da comunidade que não o aceitavam e queriam “fazer justiça”.

O desfecho desse caso teve como consequência o reconhecimento pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça do direito ao esquecimento para o autor da ação e condenou à Rede Globo a pagar R\$50.000,00 de indenização por danos morais. O Ministro Luís Felipe Salomão foi o relator do voto e trouxe a baila à essência do quê representa o direito ao esquecimento, expondo que “o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.”⁴⁸

Esse julgado reconheceu a necessidade de se proteger o passado e impedir que um erro seja carregado eternamente. Também foi um marco no sopesamento entre o direito de imagem e informação tendo como mediador a dignidade da pessoa humana. Demonstrou que não há direito fundamental absoluto e sempre é possível se fazer uma ponderação, que deve ter como norte maior a dignidade da pessoa humana.

Assim, o nobre Ministro ressalta:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até

⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>, p. 39. Acesso em 18 Ago 2016.

mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.⁴⁹

No referido caso, seria perfeitamente possível contar os fatos ocorridos sem ferir, de forma tão violenta a dignidade, através de uma exposição nacional, um homem que foi absolvido em júri popular e que conseguiu reconstruir a vida mesmo depois de passar por um processo criminal.

Em outro trecho do seu voto, Salomão conclui:

[...] penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato –, pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.⁵⁰

Sobre o direito ao esquecimento dos egressos ou daqueles absolvidos em processo criminal, o Ministro assim se manifestou:

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.⁵¹

Todavia, em sentido contrário encontra-se o segundo caso que discuti o direito ao esquecimento no Brasil, ficando conhecido como —Caso Aída Curill. Neste, a família da vítima morta ingressou com uma ação de reparação por danos morais também contra a Rede Globo que, no mesmo programa Linha Direita, contou a história de um crime que aconteceu em 1958 no Rio de Janeiro, teve como vítima a jovem Aída Curi, abusada sexualmente e morta em seguida.

Os irmãos da vítima alegaram que o fato fora esquecido no tempo e consideraram desnecessário a emissora reabrir as feridas e as lembranças de

⁴⁹ Ministro Luis Felipe Salomão *Op. Cit.* RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7), p.22.

⁵⁰ Ministro Luis Felipe Salomão *Op. Cit.* RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7), p. 28.

⁵¹ Ministro Luis Felipe Salomão *Op. Cit.* RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7), p. 38.

uma perda tão trágica, ainda mais que a Rede Globo não obteve autorização para a produção da matéria. Entretanto, a 4ª Turma STJ no julgamento do Recurso Especial⁵², a mesma que apreciou o caso da Chacina da Candelária, julgou improcedente o pedido da família.

Nessa situação, o também relator, Luís Felipe Salomão entendeu que não caberia invocar o direito esquecimento, uma vez que a matéria narrou fatos verídicos e a notícia teve repercussão nacional na época, devendo prevalecer o direito de imprensa.⁵³

Em março de 2013 foi aprovado na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, o enunciado nº 531 que trouxe a seguinte redação: -A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.¶⁵⁴

Apesar do enunciado não possuir força vinculante, este representa um grande avanço na proteção dos direitos de personalidade, onde se insere o direito ao esquecimento, em especial dos egressos, e demonstra que, aos poucos, o tema vem ganhando cada vez mais espaço na jurisprudência nacional.

Nesse diapasão, faz-se mister analisar o eventual conflito existente entre dois direitos fundamentais, quais sejam o de imagem e o de informação, quando no cerne da questão estiver o egresso. Tal análise é de todo relevante em razão da necessidade de se compatibilizar os referidos direitos sem retirar-

⁵² Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em 18 Ago 2016.

⁵³ -Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.¶ Trecho do voto Rel. do Min. Luis Felipe Salomão *Op. Cit.* no RECURSO ESPECIAL Nº 1.335-153.

⁵⁴ O enunciado teve a seguinte justificativa: -Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. Disponível em :< <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em 19 Ago 2016.

lhes a eficácia constitucional plena, da qual se reveste todo direito de natureza fundamental.

3.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM ALIADO DOS EGRESSOS NO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E DE INFORMAÇÃO.

O direito ao esquecimento constitui uma das múltiplas facetas dos direitos de personalidade, ele funciona como uma espécie de fio condutor que ajuda a direcionar a informação intertemporal de forma a evitar que parte do passado de alguém seja utilizada de maneira irresponsável e inadvertida.

Ser esquecido constitui um respeito à integridade moral, psíquica e social do ser humano, o que, para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, constituem o próprio objeto dos direitos da personalidade. Senão vejamos:

O objeto dos direitos de personalidade é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, liberdade (v.g. de pensamento, social filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intimidade, intangibilidade da família, autoestima, igualdade, segurança.⁵⁵

A vida em sociedade e a renúncia parcial de alguns direitos, a fim de garantir um convívio harmônico, não autorizam invasões indevidas na seara íntima de cada um. No caso dos egressos, o fato de ter praticado um crime não constitui um aval eterno para que sua vida, leia-se seus erros, seja explorada de forma indiscriminada tendo como justificativa o direito à informação, expondo-o de maneira desnecessária na mídia; nas redes sociais; nos dados prestados para uma vaga de emprego, etc.

A preservação ou resgate da dignidade contém várias esferas de proteção, dentre elas estão a imagem, a privacidade e a memória individual.

Mesmo o direito a informação sendo garantido constitucionalmente⁵⁶, o patrimônio moral das pessoas precisa ser preservado, não é razoável que se

⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

⁵⁶ Constituição Federal de 1988:

eternizem histórias e erros do passado, seja no caso dos condenados, ou os que foram absolvidos.

É preciso avaliar a utilidade da informação e saber se esta é de "interesse do público" ou de interesse público, afinal são coisas totalmente diferentes. Isso porque, alguns crimes, e por consequência alguns de seus autores, acabam ganhando notoriedade em virtude de uma exploração exacerbada da mídia ou, atualmente, das redes sociais. Logo, a preocupação com o impacto da informação no meio social para o indivíduo é salutar no momento da divulgação.

As pessoas têm o direito de ser esquecidas pela opinião pública, pela imprensa, por banco de dados públicos acessível a qualquer pessoa, em fim, é uma maneira de dar concretude à dignidade, respeitando a integridade física e psíquica do egresso, além de oportunizar-lhe uma chance de presente e de futuro junto ao respectivo grupo social.

O direito ao esquecimento não é absoluto e nem é esse o seu objetivo, pelo contrário, a sua aplicação dependerá da análise de cada caso concreto. O direito a informação prevalece quando houver um exercício legítimo no ato de informar, ou seja, os fatos devem ter uma utilidade pública para coletividade, sob pena de afrontar o direito à memória individual e, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

O direito em análise é destinado a fatos e pessoas que cometeram, foram condenadas, ou mesmo que foram absolvidas por fatos criminosos, mas que mantêm o direito de recomeçar, de escrever uma nova história e esquecer a parcela escura da sua existência.

Não há como confundir o direito ao esquecimento com qualquer espécie de censura. Não se trata disso. É preciso equacionar a eficácia de dois direitos fundamentais sem violar o núcleo essencial de quaisquer deles.

Na colisão entre princípios não há a eliminação de um em detrimento do outro para se chegar a uma solução, pois cada princípio é dotado de um núcleo

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 Ago 2016.

intocável mesmo que haja a prevalência do outro no caso concreto. Sobre esse aspecto ensina Farias⁵⁷:

Primeiro, que o núcleo essencial de um direito fundamental é composto de elementos mínimos que o fazem reconhecível, impedindo a extinção do direito ou sua transformação em outra coisa. Segundo, que a constituição não oferece todos os subsídios para a demonstração do núcleo essencial, faz-se mister apelar para noções tais como: conceito jurídico tradicional ou as ideias e convicções geralmente admitidas entre juristas. Terceiro, que o núcleo essencial constitui um conceito de *valor absoluto* e não relativo, isto é, que quaisquer que forem as circunstâncias invocadas para a limitação do direito, este tem de conservar seus traços essenciais.

A situação conflitante é que determinará qual princípio em conflito deverá prevalecer, não significando, porém, que o princípio afastado perderá o seu núcleo, o seu poder de emanar efeitos e proteção.

Farias⁵⁸ ressalta que: “A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.”

Ser esquecido é necessário como forma de proteção da própria cidadania, ao passo que informação é pressuposto de uma sociedade democrática. Sendo assim, há que se ponderar qual valor terá prevalência no caso concreto.

No cerne desta ponderação encontra-se o princípio da proporcionalidade responsável por buscar o meio mais equitativo, idôneo e menos danoso para a solução do conflito. Nesse sentido, sobre o processo de ponderação, afirma Luís Roberto Barroso⁵⁹:

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão.

⁵⁷FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p.98.

⁵⁸FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op Cit.*, p. 120.

⁵⁹BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Jurídica da FIC*. Fortaleza, v. 3, abr. 2004/out. 2004, p. 9-44.

No caso da aplicação do direito ao esquecimento muito provavelmente haverá colisão entre o direito à informação e o direito de personalidade (imagem, privacidade, memória individual etc.). A solução será, como dito, a ponderação dos direitos em conflito limitando a aplicação de um em detrimento do outro, baseado na proporcionalidade, de forma que essa delimitação permita a concretização do direito que se sobressaiu.

Caberá ao juiz fazer uma análise entre os princípios presentes dos direitos conflitantes e avaliar qual prevalecerá. Diante de conflitos entre princípios, Alexy⁶⁰ ensina que:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo está proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de procedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só os princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

O próprio Alexy utilizou o “Caso Lebach” como exemplo para explicar o mecanismo de sopesamento entre o direito à informação e à proteção do direito de personalidade, no caso a memória individual, com base o direito no esquecimento. Ele afirmou que:

O tribunal constata que, no caso de ‘repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação’, que ‘coloca em risco a ressocialização do autor’, a proteção da personalidade tem prevalência sobre a liberdade de informar.

O referido instituto não propõe que o fato seja esquecido, já que não há como apagar a memória social, o propósito é impedir que o fato seja evocado indefinidamente. O interesse público no conhecimento do fato ilícito e de seu autor tende a desaparecer com o passar do tempo e com a imposição da resposta penal conferida, a extinção da pena ou absolvição.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

É preciso analisar se a informação é realmente relevante, ou se a sua divulgação/rememoração constituem um impedimento na ressocialização do egresso. Os direitos de personalidade, tais como imagem, privacidade e honra não podem ser diminuídos com base no erro pretérito, se assim o fosse, não haveria necessidade de ressocialização.

Permitir o uso indiscriminado da informação acerca do egresso muito se aproxima do vedado *bis in idem*, uma vez que, além da condenação criminal, o indivíduo está sujeito à condenação social sem limite temporal.

Sendo assim, faz-se necessária a observância de alguns critérios quando houver choque entre o direito ao esquecimento e o direito a informação, tais como: a característica histórica do fato; a relevância da informação para a coletividade; a possibilidade de divulgar os fatos sem a necessidade de incluir os dados pessoais do indivíduo envolvido; além do efetivo interesse público na informação.

Claro que, existem casos em que é bem mais difícil acionar o referido direito em favor dos egressos que cometeram crimes de grande notoriedade na imprensa. É o caso de Suzane Von Richthofen, condenada por matar os pais e Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobar, sentenciados pela morte da criança Isabella Nardoni. Ainda assim, uma vez cumprida a pena, deve-se buscar meios de viabilizar o direito ao recomeço.

O direito à imagem se constitui como um dos fundamentos ao direito ao esquecimento, visto que este é um dos instrumentos de concretização da recuperação da imagem do egresso maculada pelo crime. A partir do momento que se permite ao ex-presidiário não ser mais lembrado nessa condição, haverá uma facilitação no processo reintegrativo. Felberg⁶¹ assevera que:

A reintegração social é um direito dos cidadãos-egresso que, como tal, pode ou não ser exercido, de utilização da via do trabalho e estudo e de quaisquer outros programas disponíveis para ampará-los ao retorno seguro à sociedade, caracterizado pelo respeito à dignidade humana dos ofensores e pela participação ativa da comunidade nesse processo, primordialmente no momento pós-cárcere.

O direito ao esquecimento não pretende proteger criminosos ou esconder os delitos cometidos, até porque em caso de necessidade de utilização das informações acerca do ex-presidiário, estarão essas registradas

⁶¹FELBERG *Op. Cit.* p.28

nos arquivos judiciais, seu objetivo é impedir ou reparar o uso inapropriado de tais informações.

Isso porque, apesar da falha cometida no passado, a proteção da imagem, vida privada e memória individual do egresso frente ao direito à informação, é uma maneira de auxiliar a concretização da finalidade ressocializadora da pena. Já que, ao sair da prisão a sua imagem de ex-condenado por si só já é um peso muito grande que não precisa incrementado com exposições imotivadas.

4. A FINALIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA COMO COROLÁRIO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.

O crime, descrito como uma violação a uma norma social, não é algo moderno e está presente na vida em sociedade desde os seus primórdios, sendo assim, a pena, que evoluiu ao longo dos tempos, nada mais é do que uma resposta ao ilícito cometido.

Conforme explicitado em capítulo próprio, o *ius puniendi* é exclusivo do Estado, sendo sua obrigação fazer com que a pena seja executada em conformidade com os princípios constitucionais, além de dar à punição o real propósito ao qual ela se destina, qual seja, ressocializar o apenado.

Nesse sentido, Capez⁶² conceitua e destaca os objetivos da pena:

[...] sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na retribuição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

A Lei de Execução Penal⁶³ em seu Art. 1º diz, inclusive, que: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado* (destaque acrescido).

Apesar do disposto na legislação, em decorrência da falta de efetividade das instituições penitenciárias e da falência da segurança pública, a sociedade não consegue conceber a real função da pena ao criminoso. Nem de longe a sua principal finalidade é exclusivamente punitiva, o conceito sobre as finalidades da pena foi construído ao longo de anos por teorias⁶⁴ que tentaram explicar seu real propósito até chegar ao adotado atualmente.

⁶² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

⁶³ Lei de Execução Penal. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acessado em 01 Out. 16.

⁶⁴-Teoria Absoluta da Pena: fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado (*puniturquia peccatum est*). A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação de culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação).

Teoria Relativa da Pena: encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) – concepções utilitárias pena. não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de um instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poenarelara ad affectum*).

No caso do Brasil adota-se a teoria mista ou eclética, seu objetivo é conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena com os fins de prevenção geral de prevenção especial e com a finalidade ressocializadora. Leal⁶⁵ explica que:

-Modernamente, teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado

Ao contrário do exposto acima, a sociedade tem uma falsa ideia acerca do encarceramento. A prisão não é o fim em si mesma e sua função vai muito além da segregação de um indivíduo que cometeu um delito.

Mirabete e Fabbrini⁶⁶ apontam, inclusive, para uma tendência de afastamento da finalidade retributiva da pena, afirmando:

[...] não mais entendida como expiação ou retribuição da culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade. Esse posicionamento especialmente moderno procura excluir definitivamente a retributividade da sanção penal.

Assim, afastá-lo da coletividade por um período é apenas uma das funções, até porque mais cedo ou mais tarde ele estará nas ruas novamente. A principal finalidade está em conseguir ressocializar de forma a reinserir o egresso na sociedade de maneira digna e com condições para que possa reconstruir a vida fora do cárcere.

Sobre a ressocialização do egresso esclarece Vitor Gonçalves Machado⁶⁷:

[...]tem por escopo a ideia de humanização, consistindo num modelo onde seja proporcionado ao preso condições e meios essenciais para a sua reintegração efetiva à sociedade, evitando, ao mesmo tempo, a reincidência [...] a meta ressocializadora prima pela neutralização dos

Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social. II

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1, Parte Geral – Arts. 1º a 120. 12ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.627-629.

⁶⁵LEAL, João José, *Direito Penal Parte Geral*, 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004, p. 383.

⁶⁶MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p.231.

⁶⁷MACHADO, Vitor Gonçalves. Apud FELBERG *Op.Cit.* p.27-28.

efeitos nefastos adquiridos especialmente na execução da pena de prisão, de forma a não estigmatizar o preso. Sugere, para tanto, uma intervenção positiva neste com o fim de habilitá-lo para se integrar e participar, digna e ativamente, da sociedade, sem traumas e limitações.

O processo de ressocialização deve começar dentro das penitenciárias e continuar fora das grades. Nos presídios os apenados precisam ter condições dignas de encarceramento, acesso aos meios e condições que viabilizam o retorno lícito à vida em sociedade, com oportunidades de aprendizado profissional, estudo e fomento a inserção do mercado de trabalho, além da tentativa de aproximação familiar. Tudo é uma questão de tentar mudar a própria conduta do atual apenado para quando ele possa vir a gozar da sua futura liberdade sem danos para ele e para sociedade que o receberá. Gondim⁶⁸ expõe que:

Para que a mudança de conduta seja definitiva é mister que se resgatem os valores inerentes à humanidade, ao lícito e à convivência harmônica, pois o agir é apenas um elemento externo que exprime o pensar e o sentir, além dos próprios valores e princípios individualmente consagrados. E o sistema prisional é o principal para esta transformação.

Por isso, é preciso minimizar ao máximo os efeitos estigmatizantes do cárcere diminuindo o potencial criminalizante do sistema em decorrência da carência de instalações adequadas e pessoal capacitado, aproximar a família durante o cumprimento da pena e conscientizar a sociedade que aquele indivíduo precisa encontrar, também, condições propícias ao convívio coletivo, como forma de não voltar a delinquir.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento, caracterizado como um auxiliar na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, buscar dar efetividade à finalidade ressocializadora da pena impedindo que os efeitos maléficos da passagem pela penitenciária acompanhem indefinidamente o egresso.

Apesar de ser um instituto com características garantidoras, o direito ao esquecimento encontra algumas barreiras no que tange aos meios de colocá-lo

⁶⁸ GODIM, Viviane Coêlho de Séllos. **A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social.** Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 4, v.6, jan./jun. 2007, p. 363

em prática, como a dificuldade de controlar a divulgação e o acesso de informações pela mídia e pessoas comuns.

Entretanto, a legislação e a própria jurisprudência brasileira dispõem de mecanismos que podem ajudar a concretizar esse direito na situação dos egressos, é o caso da chamada reabilitação criminal e a não utilização dos maus antecedentes como causa de aumento da pena base. Esses instrumentos quando bem utilizados podem representar uma oportunidade real na ressocialização, uma vez que protegem a informação acerca da condenação sofrida.

4.1 REABILITAÇÃO CRIMINAL: UMA FERRAMENTA LEGAL EM AUXÍLIO AO ESQUECIMENTO

A Constituição Federal veda penas de caráter perpétuo, conforme disposição do art. 5º, XLVII, b, tal vedação também significa a proibição da eternização dos efeitos da condenação, ou seja, não se pode admitir que o ex-condenado carregue tal —título indefinidamente de maneira a impedir a reconstrução de sua vida.

Por isso, a legislação penal apresenta alguns dispositivos que objetivam a recuperação do seu *status* social perdido com a condenação. É o caso da reabilitação criminal, prevista no art. 93 e seguintes⁶⁹ do Código Penal. Seu

⁶⁹ Código Penal. Decreto-lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

Art. 93 - 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.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

objetivo é minimizar as dificuldades encontradas pelo egresso decorrentes da passagem pela penitenciária⁷⁰.

A reabilitação criminal se propõe a restaurar a dignidade do egresso na medida em que declara que este já —quitou a dívidall com a sociedade e desta forma facilita a sua reinserção à coletividade.

Mirabete e Fabbrini⁷¹ destacam a importância dessa medida:

Estimula-se o condenado á completa regeneração, possibilitando-lhe plenas condições de voltar ao convívio da sociedade sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos. Facilita-se sua readaptação, concedendo-se certidões de livros do juízo ou folha de antecedentes criminais sem menção da condenação e permitindo-se o desempenho de certas atividades administrativas, políticas e civis das quais foi privado em decorrência da condenação.

O referido instituto, importante ressaltar, não apaga, em definitivo, os efeitos da condenação criminal, podendo ser revogada conforme previsão art. 95 do Código Penal e deverá satisfazer os requisitos estabelecidos pelo art. 94⁷². Sobre as condições para o alcance da reabilitação esclarece Prado⁷³:

A concessão da reabilitação encontra-se vinculada a duas condições essenciais. De primeiro, faz-se necessário que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória, sob pena de carência de ação. É irrelevante a natureza da sanção penal imposta, posto que a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva (art. 93, caput, CP). Demais disso, exige-se para que a reabilitação possa ser requerida, o decurso de dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução,

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 11 Out. 2016.

⁷⁰Na sua libertação das instituições penais – seja no fim da pena ou no livramento condicional – não se realiza a expectativa que resolveria todos os seus problemas na medida em que retornasse à -sociedadell. Na realidade, aí é que começa o seu castigo e sua nova etapa da penosa trajetória de vida – e de egresso penitenciário – é que ele se apercebe disto. Os estigmas provenientes das instituições penais são muito marcantes, os valores que ele teve de adquirir para sobreviver estão irremediavelmente internalizados. A -boa sociedadell os identifica pela sua linguagem, pelos seus documentos, pela defasagem do período que antecedeu à sua vida de delinquente e à sua vida de egresso, pelas dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, pelas dificuldades que encontram no próprio convívio social.

CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de et. al Apud FELBERG, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 80.

⁷¹MIRABETE e FABRINI *Op. Cit.* p. 349.

⁷²Código Penal. Decreto-lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 03 out. 2016.

⁷³PRADO, Luiz Regis *Op. Cit.* p. 774.

computando-se, para tanto, o período de prova da suspensão e do livramento condicional, se não sobrevier revogação (art. 94, caput, CP).

Como se percebe, há uma consonância entre a reabilitação e o direito ao esquecimento, visto que ambos não pretendem apagar o ilícito cometido, apenas buscam meios de assegurar que a condenação, já cumprida, não seja um impedimento ao retorno social do egresso.

No mesmo sentido da reabilitação, porém com maior celeridade, está o art. 202⁷⁴ da Lei 7.210 (Lei de Execuções Penais) que propõe que o sigilo das informações a respeito da condenação do egresso seja concedido sem que para isso precise se respeitar o prazo de dois anos estabelecido pelo art. 94 do Código Penal.

Cumprir ressaltar a importância desse instituto presente tanto no Código Penal quanto na Lei de Execuções Penais, uma vez que se apresenta como uma forma de conceder concretude ao direito ao esquecimento e assim proporcionar ao egresso a chance, se ele estiver disposto e quiser, de que os erros cometidos no passado não o acompanhem na busca por uma vaga de emprego, na aprovação de um concurso, na relação com os vizinhos, em fim no retorno à convivência social.

A reabilitação criminal e o direito ao esquecimento são aliados que se completam na concretização dos direitos de personalidade (honra, intimidade, vida privada), buscando guardar os delitos pretéritos de forma a serem acessados somente em casos de real necessidade e por pessoas específicas. São dois institutos que homenageiam o princípio da dignidade da pessoa humana do ex-apanado, afinal o preconceito, rejeição e a discriminação fora da prisão não situações difíceis de serem evitadas.

Nesse enfoque destaca Felberg⁷⁵:

A rejeição social que assola os cidadãos-egressos é um dos efeitos mais perversos da prática delitiva, não desenvolvido adequadamente pela Lei de Execução Penal. A condição estigmatizante daqueles que deixam as carceragens é marca que permanece no infrator mesmo

⁷⁴Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 12 Out. 2016.

⁷⁵FELGERB, Rodrigo *Op. Cit.* p.94.

após a extinção da punibilidade, contribuindo, em muitos casos, para inviabilizar-lhe os direitos fundamentais, como o acesso ao trabalho. Potencializam-se as chances de o mesmo se direcionar ou mesmo ser sugado pelo *vácuo do círculo vicioso*: sistema penitenciário degradante, cumprimento de pena, discriminação (preconceito), exclusão social e desamparo, reincidência, reafirmação do estigma, volta ao sistema penitenciário, degradação e afetação mental, com cada etapa aumentando a intensidade de seus efeitos nefastos.

Resta claro, portanto, a relevância de se impedir a utilização de informações acerca da condenação passada pela mídia (jornais, rádio, televisão ou internet) ou até mesmo por pessoas que, de alguma forma, se sentiram atingidas pelo crime praticado, quando desarrazoada.

Os institutos previstos no código Penal e na Lei de Execuções Penais visam possibilitar ao ex-condenado o reingresso na sociedade e para isso busca-se a proteção da honra, imagem e da vida privada com o fim de garantir uma oportunidade de vida digna e livre, não apenas em razão das grades da prisão, mas, sobretudo, dos estigmas de ter passado por elas.

Sendo assim, cabe ao magistrado ponderar pela prevalência do direito ao esquecimento, em detrimento no direito a informação seja midiática ou pessoal, quando não houver relevância do fato para a coletividade e, sempre que presente os requisitos, conceder a reabilitação do egresso, como instrumento fundamental nesse processo de superação da mácula do crime.

4.2 MAUS ANTECEDENTES, UMA INFORMAÇÃO ESTIGMATIZANTE PARA ALÉM DA CONDENAÇÃO.

Antes de adentrar na relação dos maus antecedentes com o direito ao esquecimento, é necessário estabelecer a diferença entre maus antecedentes e o instituto da reincidência.

O art. 63 do Código Penal dispõe que a reincidência é atribuída ao agente quando há o cometimento de um novo crime e este aconteceu após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, desde que não tenha decorrido o período de 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova infração penal (art. 64, I, Código Penal). Fato que impede o

aumento da pena pela reincidência no processo de sua dosimetria⁷⁶, considerada na fase que leva em consideração as causas de aumento da pena.

Trata-se do chamado período depurador da reincidência penal. Passado esse tempo ocorre a caducidade dos efeitos da condenação para fins de reincidência.

Percebe-se com isso que o Código Penal adotou um limite temporal durante o qual o egresso pode carregar a mácula do delito, mesmo tendo cumprido a pena, após esse termo adquire-se novamente o status de primariedade.

Mais uma vez se observa um instituto que corrobora com o direito ao esquecimento, na medida em que confere uma fronteira limitadora no tempo estabelecendo, de maneira concreta, até quando as informações sobre o ilícito podem ser usadas em desfavor do egresso caso este venha a cometer um novo delito.

Por outro lado, mesmo após a passagem de 5 anos, a condenação anterior ainda pode ter utilizada de maneira negativa, caso venha a cometer um novo ilícito, na forma dos chamados maus antecedentes, os quais podem ser usadas em desfavor do indivíduo tanto na seara penal, como na extrapenal, a exemplo do egresso que venha a passar em um concurso público, sua condenação constará no histórico de vida pregressa e poderá prejudicá-lo.

Segundo Rogério Greco⁷⁷ “dizem respeito ao histórico criminal que não se presta para efeitos de reincidência.”

Desse modo, tem-se a impressão que a pena já cumprida se prolonga no tempo, admitindo-se a sua utilização de forma negativa, a caracterizar uma flagrante violação a vedação das penas de caráter perpétuo.

⁷⁶-A Parte Geral do Código Penal brasileiro acolheu o sistema trifásico para o cálculo de fixação da pena, porque -permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria (cf. Exposição de Motivos, item 51). Assim, conforme assevera o artigo 68, *caput*, do Código Penal, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de aumento e diminuição. Estas últimas, quando existentes, incidem sobre a pena provisória e não sobre a pena-base; inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, minorantes ou majorantes, a pena-base converte-se em definitiva. II

PRADO, Luiz Regis *Op. Cit.* p. 733.

⁷⁷GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 559.

Não é difícil chegar a tal conclusão, visto que a questão da perpetuidade não está somente na pena em si, mas também nos efeitos que ela gera ao condenado ou egresso. Zaffaroni e Pierangeli⁷⁸ ressaltam que:

A exclusão da pena perpétua importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito. Isto resulta claro quanto às consequências acerca da reincidência, que o inciso I do art. 64 limita em cinco anos.

Na verdade, a consideração dos maus antecedentes após o período depurador vai totalmente de encontro aos critérios legais que disciplinam a reincidência. Aceitar essa possibilidade no ordenamento pátrio é dificultar a ressocialização do egresso, na medida em que a condenação cumprida ainda é carregada por meio de tais informações que nem mesmo o decurso do tempo são capazes de superar.

Além disso, configura um etiquetamento⁷⁹ do indivíduo, tão abominado pela criminologia moderna, mantendo-o, mesmo sem grades, preso a sua própria história e antiga condição de encarcerado.

Corroborando o exposto, está a lição de Pêcego⁸⁰:

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes, é ir de encontro a tudo que a moderna visão da criminologia crítica recomenda, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, esta que financia o estado para que promova a sua ressocialização que inexiste na prática. Por isso mesmo sustentamos que o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio básico de um Estado Democrático de Direito, essa mácula dos maus antecedentes criminais devem sumir dos registros do agente decorridos o igual prazo de cinco anos, aplicável aos reincidentes, tendo como termo *ad quo* a data do cumprimento ou extinção da pena.

Mais uma vez, é possível perceber uma possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento, desta vez impedindo a utilização dos maus

⁷⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral / José Henrique Pierangeli. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 673.

⁷⁹Teoria do Etiquetamento também chamada de -labellingaprouchll ou criminologia da reação social possui como argumentação central o fato que: -(...) o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.]]

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 41.

⁸⁰ PÊCEGO, A. J. F. S. **Maus antecedentes e reincidência: uma (re)leitura epistemológica**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, V.22, nº 259, p.6-8, jun. 2014.

anteriores em caso de possível condenação após o decurso de cinco anos. Inclusive porque não se mostra razoável, diante do critério estabelecido para a reincidência, acolher à indefinição no tocante a utilização de condenação pretérita.

Trata-se de um afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana que, como consequência, proíbe penalidades de *caráter* perpétuo, vedando que magistrados agravem a pena base após o decurso de cinco anos quando não há possibilidade de aplicação da reincidência e se não pode o mais, não deveria poder o menos – utilizar os maus antecedentes como circunstância judicial.

Nesse enfoque, está o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quem vem decidindo no sentido de não permitir a exasperação da pena base utilizando como argumento os maus antecedentes, desde que passado o período de cinco anos. Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da medida cautelar no Habeas Corpus nº126.315⁸¹ sustentou a argumentação baseada no direito ao esquecimento. Vejamos:

Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “the right to be let alone”. 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.

⁸¹ Supremo Tribunal Federal - Medida Cautelar no Habeas Corpus Nº: 126315 SP - SÃO PAULO 8620482 64.2015.1.00.0000.

Relator(a):Min. Gilmar Mendes.

EMENTA: Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação Do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida.

Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770633/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-126315-sp-sao-paulo-8620482-6420151000000>. Acesso em 05 Out.2016.

O Supremo não decidiu essa situação de forma isolada, na verdade é um posicionamento que vem sendo adotado em outros casos que tratam do aumento de pena baseado nos maus antecedentes, o que revela a posição garantista da referida corte:

HABEAS CORPUS 126.315

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES

1. Revela-se idônea a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida. Precedentes.2. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, -quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes|| (HC 130613, DJe de 18-12-2015).⁸²

HABEAS CORPUS 124.017

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, -quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes|| (HC 130613, DJe de 18-12-2015).⁸³

Diante desses julgados percebe-se a proteção que deve ser dada à informação de maneira que sua utilização não pode ser empregada infinitamente pelos magistrados caso aconteça o cometimento de um novo delito. Tal proteção está em consonância com o moderno direito ao esquecimento e, conseqüentemente, com o princípio da dignidade da pessoa humana quando impede a ausência de limitação temporal no uso e destinação das informações.

Nesse esteio, seguir a limitação imposta na reincidência para o caso dos maus antecedentes é um posicionamento acertado pelo Supremo e mostra

⁸²Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Nº 128.153 (851). Origem : HC - 296899 - Superior Tribunal de Justiça. Relator : Min. Teori Zavascki. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/367312975/andamento-do-processo-n-128153-habeas-corporus-29-07-2016-do-stf?ref=topic_feed>. Acessado em 06 Out. 2016.

⁸³Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.017 (849). Origem: 1393479 - Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/121699193/stf-29-07-2016-pg-132?ref=topic_feed>. Acessado em 06 Out. 2016.

que, mesmo não havendo uma norma que delimite a sua utilização, o princípio da dignidade da pessoa humana e, bem assim, a finalidade ressocializadora da pena vedam a eternização dos seus efeitos.

A celeuma criada em torno da destinação das informações no caso dos egressos, seja pela mídia ou por particulares, demonstra a necessidade de estipulação de critérios para a aplicação do direito ao esquecimento. Martinez⁸⁴ ressalta que:

O momento atual é apropriado para a definição e o delineamento de um novo direito de personalidade, que visa proteger a memória individual, uma vez que dados e informações pretéritas e ultrapassadas podem ser disponibilizadas sem controle e sem limites. [...] Dessa forma, pode-se dizer que a inexistência de regramento específico, com a designação própria de -direito ao esquecimento, impede que se admita a sua existência, muito embora sua aplicação já ocorra concretamente, como já foi demonstrado. Não há dúvida de que a surpresa, a resistência e a negação do direito ao esquecimento – doutrinária e jurisprudencialmente – desapareceriam com a previsão de regramento que protegesse a memória individual, colocando uma -pá de call sobre a incerteza que paira sobre o instituto.

Com efeito, não há como atingir a ressocialização da pena quando o egresso está rotulado, indefinidamente, como delinquente. Se o próprio Estado permitir tal condição, não é razoável acreditar que a sociedade se posicione diferente. A ressocialização deve ser um processo espontâneo, seguro e confiável, capaz de inculcar no egresso a ideia que ele, apesar do erro, é parte da sociedade e pode retomar uma vida cidadã.

No processo de reintegração do ex-condenado, não é só dele o interesse que haja sucesso. O judiciário, o sistema penitenciário, o Estado e até o mercado de trabalho são partes interessadas no êxito desse processo. Afinal, um egresso reintegrado significa menos despesa para o Estado com a sua manutenção no presídio; desafoga o judiciário que deixa de julgar mais processos; e ainda pode contribuir para o crescimento do mercado sendo parte da mão de obra⁸⁵.

⁸⁴ MARTINEZ, Pablo Dominguez *Op. Cit.*, p. 190.

⁸⁵ Felberg lembra o projeto -Começar de Novoll, lançado em 2009 e executado nos Estados sob a coordenação dos Tribunais de Justiça, que busca sensibilizar entidades públicas e privadas para promover a ressocialização dos presos, por meio de propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para os presos e egressos do sistema carcerário, de modo a caracterizar ações de cidadania e promover redução da reincidência. A proposta do -Começar de Novoll é reduzir a taxa de reincidência para 20%, a partir dos cursos profissionalizantes e oportunidades de trabalho. Para dar efetividade ao -Começar de Novoll, o Conselho Nacional

Nesse sentido, reconhecer e aplicar o direito ao esquecimento seja efetivando a reabilitação ou não utilizando indefinidamente os maus antecedentes é mais do que uma mera proteção da informação, é conferir dignidade na busca por um trabalho; é ajudar na reaproximação familiar; ou seja, mostrar a sociedade que um crime, apesar de reprovável, não pode excluir definitivamente alguém do convívio coletivo.

Por ser um direito novo e de características abstratas, sua aplicação depende do exercício de ponderação pelo magistrado que avaliará, diante do caso concreto, qual direito deverá prevalecer. Diante da reabilitação e dos maus antecedentes essa tarefa é simplificada em virtude da disposição legal no primeiro e da interpretação que vem sendo dada no segundo.

Por outro lado, quando o confronto for entre o direito de informação, analisado na sua concepção coletiva ou individual, e o direito ao esquecimento não existe uma fórmula exata de aplicação de um ou de outro, este deve prevalecer se houver violação a dignidade humana da pessoa de forma a comprometer a sua vida em sociedade. Seu objeto jurídico é claro, qual seja à proteção da memória individual como instrumento de dignidade e ressocialização.

Com o intuito de facilitar a aplicação do direito ao esquecimento, Martinez⁸⁶ propõem uma linha de raciocínio a ser seguida pelo juiz quando houver conflito envolvendo o direito ao esquecimento: 1) informação de domínio público; 2) a possibilidade de preservação do contexto original da informação pretérita sem a utilização da referência do indivíduo; 3) a preservação dos direitos de personalidade na rememoração; 4) a utilidade da informação (interesse público ou interesse do público); 5) atualidade da informação. O autor ressalta que:

Não se pretende atribuir peso ou quantificação matemática a esta 'equação', mas apenas estipular um caminho que facilitará o julgador na análise do caso concreto, sopesando os direitos em jogo. A cada etapa superada, a balança penderá à liberdade de informação. Por outro lado, no caso concreto, se a divulgação da informação ou dado não superar os cinco critérios propostos, então se deve priorizar a

de Justiça criou uma página na internet que reúne as vagas de trabalho e cursos de capacitação oferecidos para presos e egressos do sistema carcerário.

FELBERG, Rodrigo. *Op. Cit.*, p.155.

⁸⁶ MARTINEZ, Pablo Dominguez *Op. Cit.*, p. 207-208.

proteção dos direitos de personalidade, pendendo a balança para a configuração do direito ao esquecimento.⁸⁷

Apesar de não se encaixar em todas as situações envolvendo o direito ao esquecimento, até porque direito não é uma ciência exata, os critérios propostos pelo referido autor podem auxiliar bastante, pois conferem objetividade na análise da licitude da utilização da informação e ajuda a identificar se a sua divulgação está violando a proteção dos direitos de personalidade.

O direito ao esquecimento não pode ser ignorado e muito menos deixar de ser aplicado. Sua efetivação constitui uma garantia na proteção dos direitos de personalidade, tão vulneráveis na atual sociedade, com acesso fácil, rápido e indiscriminado a toda espécie de informação.

Nesse contexto, a situação dos egressos é particular e merecedora de uma atenção especial diante da fragilidade e instabilidade social causada pelos estigmas da execução penal. Logo, observar e aplicar a reabilitação e impedir o uso desnecessário dos maus antecedentes é, de fato, fundamental no processo de ressocialização e afirmação da dignidade do egresso.

⁸⁷ MARTINEZ, Pablo Dominguez *Op. Cit.*, p. 208.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora se tenha observado uma evolução no que diz respeito à forma de punir, passando de penalidades corpóreas, degradantes e penosas no passado, até chegar ao cerceamento da liberdade como a maneira mais dura de repressão do crime na atualidade, o sistema prisional responsável pelo cumprimento da pena, não faz seu papel a contento.

O ex-apanado sai da prisão marcado, não apenas pelo delito cometido no passado, mas pelas próprias características inerentes ao cárcere que, por si só, são capazes de estigmatizar o indivíduo de forma intensa, a ponto de dificultar sobremaneira o seu retorno ao convívio social, ao mercado de trabalho, e mesmo ao seio familiar, em virtude da ausência de credibilidade na capacidade de recuperação pelo sistema.

Por conseguinte, a busca por meios capazes de ajudar na ressocialização do ex-apanado e minimizar os efeitos nefastos do cárcere, é fundamental para aumentar as chances de reintegração social daqueles que deixam a prisão.

Com base nos resultados encontrados na pesquisa constatou-se que o direito ao esquecimento, sem dúvidas, é um instrumento de grande relevância no processo de ressocialização do egresso e no fortalecimento da sua dignidade humana, já que tem como escopo restringir o uso das informações relativas ao erro do passado de modo a impedir que o egresso fique preso, indefinidamente, ao delito cometido.

Inclusive, a referida proteção da informação, corrobora com a vedação de penas de caráter perpétuos estampado no texto constitucional, oportunizando assim uma chance mais concreta de reinserção à sociedade de maneira digna e sem máculas passadas.

O objeto jurídico do direito de ser deixado em paz decorre da proteção dos direitos inerentes a personalidade do ex-condenado (honra, imagem, privacidade e memória individual), apesar disso a sua aplicação depende do exercício da ponderação quando estiver em conflito com o direito à informação, nesse caso, encarado em sentido amplo.

A conclusão pela aplicação ou não do direito ao esquecimento, no caso concreto, deve ser alcançada utilizando-se o princípio da proporcionalidade que norteará o magistrado na resolução do conflito.

De maneira mais prática pode ser empregada a linha de raciocínio proposta por Martinez, em sua obra -Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação- devendo ser levado em consideração os seguintes aspectos: ser a informação de domínio público; a possibilidade de preservação do contexto original da informação pretérita sem a necessidade de exposição do indivíduo; o respeito e preservação dos direitos de personalidade do egresso; ser a informação de interesse público e não do público; além da observância da atualidade da informação.

Optar pelo exercício da ponderação, observando os critérios sugeridos converge para o mesmo fim, à efetivação da dignidade da pessoa humana do ex-condenado por meio da proteção dos direitos da personalidade e, conseqüentemente, o aumento da chance de reintegração social.

Além disso, é possível perceber a aplicação do direito ao esquecimento por força de expressa disposição legal presente no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do instituto da reabilitação, também tratada na Lei de Execuções Penais, que confere uma libertação no que tange às informações do crime cometido pelo egresso no passado, desde que decorrido o período de dois anos e preenchidos os requisitos estabelecidos na lei.

O referido instituto tem na sua essência o direito de ser deixado em paz, ou seja, de proporcionar um recomeço fora das grades na medida em que evita, não apenas que o ilícito cometido, mas que os estigmas de ter passado pelo sistema prisional impeçam a oportunidade de ingresso ou reingresso no mercado de trabalho, de reaproximação com a família e a recuperação da própria auto-estima perante a sociedade.

Percebeu-se que um grande passo na consolidação do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, são os entendimentos reiterados do Supremo Tribunal Federal no sentido de não admitir a utilização dos maus antecedentes após o prazo de cinco anos considerado para reincidência.

A Corte Constitucional entende não ser possível a utilização de condenações anteriores para fins de agravar a pena base, indefinidamente, caso haja o cometimento de um novo delito, pois o que aconteceria na prática

seria a eternização do passado por meio da possibilidade do emprego, a qualquer tempo, da falha pretérita.

Nesse sentido, mesmo regenerado e reintegrado, o indivíduo não estaria livre. Situação que se apresenta totalmente contraditória aos preceitos constitucionais, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, cerne da finalidade ressocializadora da pena, que busca a superação da prática delitiva e a reintegração social.

Citado posicionamento do STF é um grande avanço rumo à consolidação do direito ao esquecimento e a ressocialização dos egressos, uma vez que reconhece categoricamente a necessidade de uma limitação temporal na utilidade da informação, mesmo se tratando do cometimento de um crime. Trata-se de atribuir, também, aplicabilidade e concretização ao princípio da vedação de penas de caráter perpétuo.

Diante do exposto, depreende-se que o direito ao esquecimento é uma ferramenta valiosa no combate aos estigmas da execução penal, bem como sobre os efeitos que estes podem causar na vida do egresso. Além disso, é um instrumento capaz de auxiliar na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana por meio da proteção da imagem, honra, vida privada e memória individual.

Assim, o direito ao esquecimento é, acima de tudo, um meio de obter a ressocialização tão difícil de ser alcançada no Brasil. Ele pode conferir ao ex-condenado a chance de retomar a própria vida com maiores oportunidades de emprego, reconstrução de laços afetivos familiares e de amizades, tudo em razão da superação do crime cometido no passado e a devolução da sua condição de cidadão, ou seja, da sua dignidade.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRE, P. R., 2006. **O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal.** Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – Instituto de Ciência Política. Brasília Distrito Federal. Brasil.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

Apesar de leis, ex-presos enfrentam resistência no mercado de trabalho. Globo. Disponível em <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>> Acesso em 01 Out. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista Jurídica da FIC. Fortaleza, v. 3, abr. 2004/out. 2004, p. 9-44.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONINI, Paula Costa. **Preconceito atrapalha ressocialização de ex-detentos.** Folha de Londrina. Disponível em: <<http://www.folhadelondrina.com.br/geral/preconceito-atrapalha-ressocializacao-de-ex-detentos-751923.html>>. Acesso em 06 Ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Medida Cautelar no Habeas CorpusNº: 126315 SP - SÃO PAULO 8620482 64.2015.1.00.0000. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770633/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-126315-sp-sao-paulo-8620482-6420151000000>> Acesso em 05 Out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 05 Jun 2016.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas

em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 15 Ago 2016.

BRASIL. Decreto-lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 11 Out. 2016.

BRASIL. Lei Nº 7.210, DE 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em 20 Jun 2016.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 10 Out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Nº 128.153 (851) origem : HC - 296899 - Superior Tribunal de Justiça. Relator : Min. Teori Zavascki. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/367312975/andamento-do-processo-n-128153-habeas-corpus-29-07-2016-do-stf?ref=topic_feed> Acesso em 06 Out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.017 (849). Origem: 1393479 - Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
http://www.jusbrasil.com.br/diarios/121699193/stf-29-07-2016-pg-132?ref=topic_feed. Acessado em 06 Out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em 18 Ago 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em 18 Ago 2016.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

Dicionário Online de Português. Disponível em:
<<http://www.dicio.com.br/egresso/>>. Acesso em 01 Ago 2016.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão.** 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GODIM, Viviane Coêlho de Séllos. **A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social.** Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 4, v.6, jan./jun. 2007

GRECO, Rogério. **Direito Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 14ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Ed Ed. Martin Claret, 2003, p. 101.

KIST, Dario José. **Bem jurídico-penal: Evolução histórica, conceituação e funções.** Direito e Democracia, v. 04, n.1, 2003.

LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral.** 3ª edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Lei de Talião. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o>. Acesso em 26 Jun 2016.

LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante,** 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral.** 29 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA JÚNIOR, Geraldo. **A evolução histórica das prisões cautelares**. In: Papini Estudos, de 12 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23>. Acesso em: 03 out. 2008.

PÊCEGO, A. J. F. S. **Maus antecedentes e reincidência: uma (re)leitura epistemológica**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, V.22, nº 259, jun. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1, Parte Geral – Arts. 1º a 120. 12ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral/José Henrique Pierangeli. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VI Jornada de Direito Civil. Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Disponível em :< <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em 19 Ago 2016.