

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Adriana Ribeiro Rodrigues

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: A (I)LEGALIDADE DA
INVESTIGAÇÃO DA VIDA PREGRESSA NOS CONCURSOS
PÚBLICOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO DO
CONDENADO**

Santa Maria, RS
2016

Adriana Ribeiro Rodrigues

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: A (I)LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO DA VIDA
PREGRESSA NOS CONCURSOS PÚBLICOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA
RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à disciplina de Monografia II,
do Curso de Direito da Universidade
Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do
grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Professora Doutora Nina Trícia Disconzi Rodrigues

Santa Maria, RS, Brasil
2016

Adriana Ribeiro Rodrigues

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: A (I)LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO DA VIDA
PREGRESSA NOS CONCURSOS PÚBLICOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA
RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à disciplina de Monografia II,
do Curso de Direito da Universidade
Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do
grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 15 de dezembro de 2016:

Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Dra. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)

Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)

Alexandre de Moura Bonini Ferrer, Mdo. (UFSM)

Santa Maria, RS
2016

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, cumpre salientar que não seria fácil percorrer essa caminhada sem o auxílio e compreensão de algumas pessoas que sempre estiveram ao meu lado e que, sem elas, seria impossível realizar mais este sonho. Por essa razão, agradeço:

- a Deus pela graça concedida de poder estar concluindo esta graduação, e por cuidar com tanto carinho da concretização dos meus sonhos;

- ao meu pai Edson por ser o meu herói e a minha inspiração para cada passo que prossigo ao longo da minha vida;

- a minha mãe Isabel por ser guerreira e por ter me ensinado a sempre correr atrás do que eu desejo, e por ser a minha apoiadora em todos os momentos;

- ao meu irmão William por estar sempre torcendo por mim e vibrando por cada vitória alcançada;

- ao meu namorado Luan por aguentar, sem reclamar, os dias incansáveis em que me dediquei a escrever este trabalho, bem como por me oferecer todo o seu carinho e amor quando o cansaço chegava;

- aos meus cachorrinhos Bidu e Pink por serem meus fiéis companheiros durante todo o tempo de elaboração e escrita deste trabalho. Com certeza, sem as suas latidas de apoio não teria sido tão divertido;

- aos meus fiéis escudeiros: Camila Félix, Eduardo Ruviaro e Lucas Almeida. Com toda sinceridade, esta caminhada sem vocês não ia ter a menor graça, vocês iluminaram os meus semestres e trouxeram alegria ao meu mundo acadêmico. Vocês são nota 10!

- a minha turma *fast and furious* por ser tão unida. Eu aprendi muito com vocês, tenho certeza que cada um colherá inúmeros frutos dos seus trabalhos, pois vocês são brilhantes!

- a minha incansável orientadora Nina por me auxiliar e prestar as mais inteligentes ideias que, com toda certeza, aperfeiçoaram o meu trabalho de conclusão de curso. Foi uma honra poder aprender um pouco mais com você.

Por fim, a todos que contribuíram para que esse dia chegasse. Não poderia existir dia mais emocionante do que esse. Muito obrigada!

RESUMO

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A (I)LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO DA VIDA PREGRESSA NOS CONCURSOS PÚBLICOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

AUTORA: Adriana Ribeiro Rodrigues
ORIENTADORA: Nina Trícia Disconzi Rodrigues

O presente trabalho tem como escopo analisar a fase de investigação pregressa nos concursos públicos frente ao direito ao esquecimento, principalmente em relação aos candidatos que possuem alguma mácula em seus registros criminais e, em virtude disto, são impedidos de exercer cargos públicos. Também se objetivou fazer uma análise do conflito entre a análise da vida pregressa dos candidatos e o princípio da ressocialização do condenado, bem como na possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento a esses casos, a fim de possibilitar aos ex-condenados exercerem um cargo público, com o intuito de ressocializarem-se ao convívio social. Para tanto, o estudo realizou-se mediante pesquisa doutrinária e a abordagem foi baseada no método dialético. Por sua vez, o método de procedimento é o comparativo, tendo em vista que se buscou apresentar os pontos paradoxais da fase de investigação da vida pregressa frente ao intitulado direito ao esquecimento. O trabalho foi dividido da seguinte maneira: no primeiro capítulo foi realizada uma breve abordagem conceitual e histórica do direito ao esquecimento, bem como fora estudado sobre a possibilidade ou não da aplicação deste novo direito na fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos; Já no segundo capítulo procurou-se abordar a reinserção dos egressos do sistema penal à sociedade, sob o viés de aplicação do direito ao esquecimento para essas pessoas, como forma de possibilitar a superação de seus passados. Ainda, tratou-se sobre a oportunidade de ex-condenados tomarem posse em cargos públicos frente ao princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Investigação da vida pregressa. Ressocialização do Condenado.

ABSTRACT

RIGHT TO FORGET: THE (I) LEGALITY OF LIFE RESEARCH PREGRASSES IN PUBLIC COMPETITIONS IN FRONT OF THE PREMISES OF THE CONCERNED

AUTHOR: Adriana Ribeiro Rodrigues
ADVISOR: Nina Trícia Disconzi Rodrigues

The purpose of this paper is to analyze the previous research phase in public tenders regarding the right to forget, especially in relation to the candidates that have some macula in their criminal records and, by virtue of this, are prevented from exercising public positions. It also sought to analyze the conflict between the analysis of the candidates' previous life and the principle of the resocialization of the convicted person, as well as the possibility of applying the right to forgetfulness in such cases, in order to enable ex-convicts to exercise public office , With the purpose of resocializing themselves to the social life. For this, the study was carried out through doctrinal research and the approach was based on the dialectical method. On the other hand, the procedure method is the comparative one, considering that it was tried to present the paradoxical points of the investigation phase of the previous life in front of the entitled right to the forgetfulness. The work was divided as follows: in the first chapter a brief conceptual and historical approach to the right to oblivion was carried out, as well as the possibility of applying this new right in the investigation phase of previous life in public tenders; In the second chapter, it was tried to approach the reintegration of the graduates from the penal system to society, under the bias of applying the right to oblivion for these people, as a way of making it possible to overcome their past. Also, it was about the opportunity for ex-convicts to take office in public positions against the principle of proportionality.

Keywords: Right to forget. Research of the past life. Discomfort of the Concerned.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	09
1.1 ASPECTOS GERAIS E EVOLUÇÃO.....	09
1.2 ORIGEM DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL.....	15
1.3 A PROBLEMÁTICA DA FASE DE INVESTIGAÇÃO DA VIDA PREGRESSA EM CONCURSOS PÚBLICOS: A FALTA DE LEI REGULAMENTADORA E A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DA APLICAÇÃO DO NOVO DIREITO.....	26
1.4 A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FRENTE AO EMBATE ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	38
2 SISTEMA PENAL E A SOCIEDADE: REINSERÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL	46
2.1 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO PASSADO FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO.....	46
2.2 A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE UM EX-CONDENADO TOMAR EM POSSE EM CARGOS PÚBLICOS.....	50
2.3 APLICAÇÃO PRÁTICA: CASO G.N.A.J.....	54
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A investigação da vida pregressa é uma fase presente nas eliminatórias de concursos públicos, especialmente em se tratando de concursos para a Polícia Civil, Poder Judiciário e Ministério Público, onde o candidato é submetido à análise de suas certidões negativas criminais das justiças comum, federal e eleitoral, entre outros documentos passíveis de serem solicitados pela banca aplicadora do concurso.

Com isso, como o objetivo dos examinadores é selecionar o candidato que possua um perfil profissional condizente com os princípios da Administração Pública (princípios da Moralidade e Ética, dentre outros), aquele candidato que porventura possuir alguma mácula em seus registros estará automaticamente eliminado.

Porém, se, de um lado existe uma faceta do Estado que permite a existência dessa fase nos concursos públicos, com o intuito de verificar a idoneidade moral dos candidatos, de outro lado tem-se um Estado que busca ressocializar condenados/apenados a fim de que estes possam ser reinseridos na sociedade com o intuito de construir uma vida digna. Assim, o indivíduo condenado, que já tenha cumprido a sua pena, precisa conceder um novo rumo a sua vida. Ocorre que, se de um lado o Estado busca reinseri-lo na sua vida profissional, de outro as bancas de concursos públicos o afastam totalmente da possibilidade de seguir em frente.

Diante dessa situação, necessita-se estudar acerca da possibilidade de um indivíduo, que anteriormente tenha infringido a lei, tomar posse e exercer alguma função pública. Busca-se investigar se há ou não uma contradição no sistema social em que estamos inseridos, visto que o ser humano não poderá ser etiquetado e punido *ad eternum* frente a alguma conduta social reprovável que tenha cometido no passado e que já tenha cumprido a sua pena.

Dentre esses motivos, tem-se a razão pela qual o debate sobre o tema é necessário e ostenta relevância jurídica. Inúmeras são as ações judiciais com o intuito de aplicação do direito ao esquecimento a casos análogos a esses, porém os juízes têm rejeitado todas as teses em razão de que se tratam de condutas incompatíveis com o princípio da Moralidade Administrativa. Diante disso, faz-se necessário questionar o presente sistema a fim de analisá-lo de forma crítica.

O presente trabalho, portanto, objetiva averiguar a legalidade (ou não) da problemática fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos, bem

como se os seus vereditos ofendem o princípio da Ressocialização do Condenado assegurado pela nossa legislação. Ainda, busca-se verificar se é possível a aplicação do direito ao esquecimento à fase da investigação da vida pregressa a fim de que o candidato que possua algum registro criminal possa obter a aprovação e posterior nomeação.

O presente trabalho foi dividido nos seguintes capítulos: introdução, do direito ao esquecimento, sistema penal e a sociedade: reinserção dos egressos do sistema penal e conclusão. Para tanto, no primeiro capítulo foi realizada uma breve abordagem conceitual e histórica do direito ao esquecimento, bem como foi estudado sobre a possibilidade ou não da aplicação deste novo direito na fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos. Já no segundo capítulo procurou-se abordar a reinserção dos egressos do sistema penal à sociedade, sob o viés de aplicação do direito ao esquecimento para essas pessoas, como forma de possibilitar a superação de seus passados. Ainda, tratou-se sobre a oportunidade de ex-condenados tomarem posse em cargos públicos sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

A pesquisa será realizada através de embasamento jurídico e doutrinário. Com esse viés, será utilizado o método de abordagem dialético, pois o objeto da pesquisa será analisado a partir de seu paradoxo, ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado objetiva reinserir o condenado no ambiente profissional, o mesmo permite a existência da fase de investigação social nos concursos públicos, a qual segrega e etiqueta os candidatos.

No mesmo passo, importa dizer que o método de procedimento utilizado será o comparativo, uma comparação entre diferentes grupos de objetos. Através desse método, busca-se apresentar os pontos paradoxais da fase de investigação da vida pregressa frente ao intitulado direito ao esquecimento, em se tratando de egressos do sistema penal. Objetiva-se analisar se é possível aplicar esse novo desdobramento do direito da personalidade à fase da investigação da vida pregressa, a fim de evitar ofensas aos princípios e valores consagrados na Constituição Federal.

1 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

1.1 ASPECTOS GERAIS E EVOLUÇÃO

O direito ao esquecimento, apesar de já ter sido debatido anteriormente, veio a obter maior importância no direito brasileiro com a edição do Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2013, o qual dispunha que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

O referido enunciado inovou, pois trouxe o direito de ser esquecido no rol dos direitos de personalidade, os quais são inatos à pessoa humana. Francisco Amaral (2003, p. 158) define os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. O autor (2003, p. 158) ainda refere que,

Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

Importante salientar que a justificativa do enunciado enumera que o novo direito teve sua origem histórica no campo das condenações criminais, pois se trata de uma “parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização”, tendo em vista que “assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

O direito ao esquecimento surge com o objetivo de evitar que fatos cometidos no passado viessem a perturbar o indivíduo que já cumpriu a sanção imposta em virtude deles. Tal direito

[...] é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana (MARTINEZ, 2014, p. 80).

Além disso, o direito de ser esquecido é constitucional, pois reflete um desmembramento do direito à privacidade e à intimidade, previstos no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal. Nesse panorama,

Esse direito passou a existir primordialmente pela necessidade de não perpetuar fatos do passado, pelos quais o indivíduo já cumpriu a pena imposta pelo Estado ou está prestes a ser libertado, pois se não a proposta de ressocialização torna-se inviável, impraticável (COMERLATO, 2015)

Ou seja, o respectivo direito trouxe um alento ao ser humano, pois seus atos cometidos no passado podem deixar de macular o seu presente, visto que é possível evitar que tais fatos sejam expostos novamente à sociedade. Tal direito aborda fatos pretéritos, que já não fazem mais parte do contexto histórico atual, não havendo pertinência para trazê-los à tona novamente, o que ainda acarretaria constrangimento à pessoa exposta. Quanto ao seu fundamento, ressalta-se que

Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros (SARLET, 2015).

A aplicação do direito ao esquecimento, seja para situações alegres, seja para situações vexatórias, ainda não é pacífica na doutrina pátria. Em se tratando do direito ao esquecimento na esfera do direito comparado, dois casos merecem destaque: o caso *Lebach* e o caso *Melvin vs Reid*.

O primeiro foi um dos paradigmas do direito de ser esquecido, com a decisão do caso *Lebach* em 05 de junho de 1973. Este evento ficou conhecido mundialmente pela opinião pública como o assassinato de soldados de *Lebach*, o qual ganhou esse nome devido ao lugar onde o crime ocorreu, que era situado no oeste da República Federal da Alemanha.

Numa noite de 1969, quatro soldados estavam guardando um depósito de munição, quando foram brutalmente assassinados, tendo sobrevivido um quinto soldado que restou gravemente ferido. Ao que tudo indica, os assassinatos

ocorreram por conta de um latrocínio em que dois homens e um ajudante roubaram as armas e munições. Em 1970, o caso culminou na condenação à prisão perpétua dos dois principais acusados, bem como na condenação do coadjuvante a seis anos de reclusão, em razão de ter auxiliado na preparação do crime.

Passado os anos, o coadjuvante estava próximo de sair da prisão quando lhe foi noticiado que passaria na televisão alemã, no canal ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), um documentário sobre o ocorrido, onde seriam relatados detalhes pessoais dos condenados, incluindo a trajetória da noite do crime até o momento em que os réus foram presos. O grande detalhe é que, em virtude do caso ter alcançado clamor popular, o documentário iria ser transmitido numa sexta-feira à noite, momentos antes em que o coadjuvante seria solto.

Por este motivo, o “coadjuvante” tentou de diversas maneiras impedir em juízo que a transmissão do programa acontecesse, visto que isso prejudicaria a sua imagem e a sua ressocialização perante a sociedade. Este até ingressou com uma ação perante os tribunais civis com o intuito de conseguir, através de uma medida liminar, que o canal de televisão ZDF fosse impedido de transmitir o documentário produzido, a fim de que o seu nome não fosse mencionado e nem a sua imagem fosse vinculada novamente aos fatos. Porém, suas tentativas não lograram êxito, tendo o Tribunal Estadual de *Mainz* e o Superior Tribunal Estadual de *Koblenz*, os quais eram tribunais ordinários, julgado improcedente o pedido.

Então, o auxiliar do crime decidiu entrar com uma Reclamação Constitucional contra o indeferimento do seu pedido da medida liminar por parte de decisões judiciais civis, os quais não impediram que o programa de televisão fosse exibido.

Diante disso,

O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do reclamante) restaria, neste caso, justificada. O TCF, portanto, revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes. (SCHWABE, 2005, p. 487).

Ainda, nas razões da referida decisão (SCHWABE, 2005, p. 492) foi ponderado que ao se ter “um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário,

significará em regra uma intervenção grave na sua esfera [privada] da personalidade”. Nesse caso,

O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização (Sarlet, 2015).

Dito embate referia-se ao conflito entre a liberdade de imprensa e afronta aos direitos da personalidade. Ressalta-se que o direito ao esquecimento já era previsto na Constituição Alemã, quando sobreveio a referida decisão. Porém, mal sabia o legislador que, mais tarde, surgiria o direito ao esquecimento, como uma das facetas do direito da personalidade previsto na Constituição Brasileira. Com isso, este caso fora emblemático para fixar as raízes do direito de ser esquecido, pois é um dos precedentes mais conhecido no mundo.

Não menos importante, também merece destaque o caso *Melvin vs Reid*, que fora julgado no Tribunal de Apelação da Califórnia, em 1931.

Em *Melvin vs Reid*, figurava no litígio Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918, posteriormente tendo sido inocentada. Gabrielle abandonara a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social. Ocorre que, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado *Red Kimono*, no qual retratava com precisão vida pregressa de Gabrielle. O marido *Melvin*, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa, tendo a Corte californiana dado procedência ao pedido, entendendo que uma pessoa que vive um vida correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação (DOTTI, 1980, p. 90-91, apud, BRASIL, 2011, p. 29).

Ressalta-se que esses dois casos foram precursores em se tratando do direito de ser esquecido. Dito isso, importante salientar que há dois campos de estudo no direito ao esquecimento, de um lado encontra-se o seu aspecto público (macro) referente à memória social, e de outro, o seu lado privado (micro) que diz respeito à memória individual.

O primeiro aspecto de memória social se desenvolve nas relações pessoais de troca de experiências, as quais são compartilhadas em grupo. Desse modo, a memória deixa de ser individual e passa a ser coletiva. Para ALBWACHS apud Martinez (2014, p. 69), o principal requisito para que a memória coletiva seja perpetuada é o grau de importância que cada membro do grupo atribui ao evento.

Desse modo, “a partir do momento que aquele fato pretérito já não é mais lembrado e desejado pelo indivíduo, a importância de sua memória perde força e destaque no contexto coletivo” (MARTINEZ, 2014, p. 69).

O citado autor vai mais além, afirmando que

Para que se justifique a lembrança de uma situação pretérita, principalmente levando-se em consideração a possibilidade de afronta aos direitos fundamentais do indivíduo pertencente do grupo, deve existir efetivo interesse social e atualidade na informação; caso contrário, a lembrança se caracterizaria como abuso do direito da liberdade de informação, violando direitos de personalidade (MARTINEZ, 2014, p.69).

Ocorre que, se de um lado, busca-se proteger a memória social pelo seu aspecto histórico e cultural, não se pode olvidar a memória individual de cada indivíduo, a qual forma a base da memória coletiva.

O citado direito trabalha com ambas as vertentes, pública e privada, as quais se complementam e se interagem, visto que a memória social é formada por parcelas da memória individual. Preservar a memória sempre teve grande importância em nossa sociedade, visto que desde a antiguidade nossos ancestrais procuraram registrar, através de pinturas rupestres, aspectos históricos e culturais que preservaram a história do Brasil. Porém, em se tratando da memória individual, esta vem encontrando embates com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois expõe fatos subjetivos que o ser humano procura resguardar. Neste viés,

Embora exista evidente correlação entre memória social e o esquecimento, as perspectivas públicas e privadas são completamente distintas e não se excluem. O aspecto público pretende a valorização de eventos históricos, com o enfrentamento de arquivos secretos e punição de atividades ilícitas. Já o aspecto privado do direito ao esquecimento, baseado na dignidade humana, busca proteger o indivíduo em face da divulgação de informações privadas que, fora de contexto, sem utilidade pública, sem contemporaneidade, mesmo verídicas, ferem ou podem ferir um indivíduo (MARTINEZ, 2014, p. 71).

Neste sentido, busca-se trabalhar o viés privado do direito ao esquecimento, relacionando-o com aspectos subjetivos do indivíduo, os quais, caso forem discutidos, poderiam vir a causar desconforto e gerar angústia ou constrangimento. Busca-se a ideia de esquecimento como forma de superar o passado, a fim de possibilitar ao cidadão a reconstrução de sua imagem e dar

continuidade à sua vida em sociedade. O direito ao esquecimento na esfera privada baseia-se

na superação individual de fatos ou informações que, a priori, não detêm qualquer relevância fundamental para a continuidade de uma sociedade, mas podem ferir gravemente a dignidade de uma pessoa, impedindo-a, justamente, de seguir em frente (MARTINEZ, 2014, p. 79).

Em outras palavras, o direito supracitado possibilita a pessoa controlar a movimentação de seus dados, após um determinado lapso temporal, podendo restringir ou não o acesso de outras pessoas. Para a aplicação do citado direito, é necessário que ocorra um lapso temporal, não podendo se tratar de fatos recentes para a sua aplicação, visto que este é o requisito essencial para diferenciar o seu objeto jurídico de proteção frente ao da privacidade. Assim,

Enquanto a privacidade visa a proteção de dados pessoais e íntimos contemporâneos, o direito ao esquecimento objetiva a proteção dos dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que já não tenham utilidade (interesse público) ou atualidade. (MARTINEZ, 2014, p. 83). Assim, é importante repetir que os dados atuais e presentes são tutelados pela proteção da privacidade. Ocorre que a rememoração e a reutilização indevida desses mesmos fatos atuais no futuro ensejarão a possibilidade de serem protegidos por meio do direito ao esquecimento. (MARTINEZ, 2014, p.86).

Ocorre que há situações em que o interesse público pode prevalecer em decorrência do controle temporal, nestes casos é possível que um terceiro venha rememorar o passado da pessoa atingida, mesmo diante de sua recusa. Trata-se de duas hipóteses, as quais permitem o tratamento contrário ao desejado:

(a) a presença de valor existencial de igual ou superior relevância ao do interessado e (b) tratamento dos dados com conteúdo histórico, cuja divulgação encontra-se inserida em uma das vertentes da liberdade de expressão (BUCCAR, 2013, p. 11).

Nesse sentido,

Quando se trata da divulgação de informações relacionadas a crimes, a alegação dos direitos da personalidade exige a análise do interesse público, tendo em vista o princípio constitucional de publicidade dos atos processuais e a tutela da liberdade de informação e expressão – liberdade de imprensa (PIMENTEL; SILVA, 2014).

Deve haver a possibilidade de o ser humano se reinventar novamente, como pessoa, no seio da sociedade, bem como de que este possa ter controle sobre suas informações e sobre o seu passado, sem negar-lhe o direito de reinserir-se no meio social. Para Godoy apud Borges (2015), através do direito ao esquecimento,

Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não pode, por evento passado e expirado, ser diminuídos. Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento. É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos.

Além disso, a existência do direito de ser esquecido não significa para o indivíduo a perda de sua própria história, mas sim a possibilidade de um novo recomeço, como uma espécie de alento ao ser humano que não teve um passado digno em que lhe aprofundasse rememorar. Frente a isso, o cidadão possui o legítimo interesse de querer ocultar-se, ou de querer omitir a sua história, decisão esta que só deve caber a ele mesmo.

O citado direito reflete os valores em que a sociedade está vivendo, passando por uma verdadeira evolução humanitária, em que se está mais sensível aos anseios de quem está ao seu redor. Dessa maneira, o direito ao esquecimento reflete a nobreza interior do ser humano, bem como a sua sensibilização pelo próximo, pois ajuda a encobrir as feridas que este não deseja rememorar.

Por tudo o que foi exposto, denota-se a urgência de que o direito ao esquecimento seja efetivamente aplicado em nossa sociedade. É preciso que o novo direito saia dos livros e ganhe aplicações práticas no cotidiano a fim de os seus destinatários possam gozar da sua utilidade. Como veremos a seguir, já é possível notar alguns resquícios desse direito, principalmente em se tratando do âmbito penal e dos egressos do seu sistema.

1.2 ORIGEM DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL

Na segunda metade do século XVIII, o senso comum da sociedade possuía a ideia de que as penas serviam para uma espécie de vingança coletiva. Assim, as punições aplicadas acabam por causar ao autor do crime consequências superiores às do delito em si. Nessa época, eram constantes a utilização de práticas de torturas, banimentos, penas de morte, tudo que hoje em dia a nossa Constituição Federal veda.

Nesse cenário, surgiu o escritor Beccaria, o qual trouxe para a humanidade uma nova forma de concretizar a justiça. O filósofo sustenta que a punição deve ter uma utilidade social, não podendo ser aplicada com o intuito de vingança. Beccaria (2001, p. 9) declara que na humanidade,

Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra.

Nesse contexto surgiu o fundamento do direito de punir, onde os homens abriram mão de parcelas de suas liberdades pelo bem comum de gerar segurança à sociedade. Com o intuito de amenizar a barbárie humana, criaram-se leis para pacificar as relações humanas. O pretexto para penalizar o cidadão era a defesa do bem público. Porém, o intuito de penalizar perdeu o seu objetivo inicial, pois as penas foram se tornando degradantes ao ser humano. Observa-se que

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (BECCARIA, 2001, p. 10).

Cesar Beccaria (2001, p. 28) trouxe uma nova forma de pensar, pois ele defendia que as penas não poderiam atormentar o ser humano. Logo, o escritor sustentava que deveria ocorrer uma proporcionalidade das penas em relação aos delitos, a fim de que haja fundamento do direito de punir. Desse modo, “os castigos

têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime” (BECCARIA, 2001, p. 30), sem objetivar a degradação e exposição do ser humano como se via na idade média. Tendo ciência disso,

só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. [...]. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA, 2001, p. 30).

Atualmente, tem-se que o objetivo da pena mudou, pois se busca escolher a melhor maneira de aplica-la ao condenado, de modo a gerar a expectativa de permitir a sua ressocialização à sociedade, bem como de que a pena não lhe sirva como uma cicatriz de um período cruel. Há um ideal de justiça a ser defendido quando da aplicação da pena, a fim de prevenir que injustiças e tiranias ocorram.

Na Idade Média, a pena servia como uma solenidade para o povo, o que incentivava a política de pão e circo da época. Ao criminoso aplicavam-se torturas na frente de toda a população, a qual sentia felicidade em ver a dor alheia. Ocorre que

[...] o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas (BECCARIA, 2001, p. 31-32).

A pena foi criada para que através da sua aplicação houvesse a prevenção ao cometimento de novos crimes. A certeza de que haverá uma penalidade ou um castigo a quem comete o crime previne com que o cidadão o cometa. Isso porque,

Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime. Gozará com segurança de sua liberdade e dos seus bens; e isso é justo, porque é esse o fim da reunião dos homens em sociedade. (BECCARIA, 2001, p. 12).

Assim, o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação (BECCARIA, 2001, p. 71). Desse modo, é preciso que o legislador reflita não somente com aplicação da pena em si, mas sim com o que ela irá gerar nas pessoas que sofrerem os seus efeitos. Afinal,

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida. (BECCARIA, 2001, p. 67).

Ocorre que, atualmente, por mais que o condenado tenha cumprido a sua pena perante a sociedade, a fim ser reintegrado a ela novamente, percebe-se que estigmatização social na vida do condenado se perpetua, impedindo a sua completa ressocialização ao meio social. Um destes exemplos é a reprovação dos candidatos que possuem alguma condenação criminal em seus registros na fase de investigação da vida pregressa dos concursos. O Estado, ao permitir a ocorrência desta fase, sem nenhuma delimitação temporal, acaba por perpetuar a conduta desviante que esse candidato teve preteritamente. Desse modo, o Estado, ao assumir que o candidato coloca em risco as funções primordiais da Administração Pública, acaba discriminá-lo perante a sociedade. Por essa razão, o egresso do sistema penal não é respeitado perante a sociedade em função do estigma que carrega. Tem-se que,

Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande - algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem - e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real (GOFFMAN, 2004, p. 6).

Tendo ciência disso, o fato é que a medida penalizante não pode tornar inviável o regresso do criminoso à vida em sociedade. Em razão disso, desde Beccaria (2001), criou-se um novo modo de refletir sobre o objetivo da pena e a forma como sua aplicação está inclusa no sistema penal. Nota-se que atualmente a

ideia não é penalizar, mas sim ressocializar o indivíduo. Denota-se que essa ideia está intrínseca ao Código Penal de 1940.

Nesse meio, verifica-se que essa ideia complementa-se com o direito ao esquecimento, visto que ele possibilita ao indivíduo a reconstrução de seu laço com a sociedade. Isso porque o Código Penal de 1940 já trouxe indícios de que seria possível ao condenado deixar para trás o seu passado, como se verá adiante.

Ressalta-se que o direito ao esquecimento objetiva consolidar situações jurídicas, a fim de que os direitos fundamentais do indivíduo não sejam violados por fatos já consolidados no tempo. Ele resguarda a memória individual da pessoa, a fim de que não haja confronto com o seu direito à honra, à imagem e à intimidade.

Em se tratando de pessoas que cometeram algum crime, a repercussão social do caso não deve servir como único motivo para rememorar tal fato, exceto se houver interesse público. Isso porque,

a existência de um crime não pode, por si só, permitir a utilização dessa informação de forma ilimitada. Nenhuma notícia, inclusive aquelas relativas a eventos criminosos, podem ser rememoradas sem qualquer limitação temporal, sob pena de violação aos direitos fundamentais decorrentes da dignidade humana (BORGES, 2015).

Por essa razão, deve-se atentar para as diversas facetas do Estado, o qual além de punir o autor da infração, posteriormente também fomenta a sua reabilitação, incentivando o sigilo de suas condenações criminais para que este possa reinserir-se na sociedade.

Como já mencionado, denota-se que o legislador inseriu alguns institutos que referem, ao menos implicitamente, o direito de ser deixado para trás no nosso sistema penal. Dentre esses podemos destacar a possibilidade de reabilitação criminal, disposto nos artigos 93 a 95 do Código Penal, bem como o artigo 202 da Lei de Execuções Penais, dentre outros princípios que serão abordados neste capítulo.

A reabilitação criminal é um instituto previsto no Código de Processo Penal que visa auxiliar o egresso do sistema penal a ressocializar-se quando estiver fora do cenário carcerário e facilitá-lo no seu processo de reinserção ao convívio social. Conforme Teles (2006, p. 533),

É o instituto por meio do qual o condenado tem assegurado o sigilo sobre os registros acerca do processo e de sua condenação, podendo, ainda, por meio dele, readquirir o exercício de direitos interditados pela sentença condenatória, com a suspensão condicional de alguns efeitos penais da condenação. A reabilitação, por isso, é a recuperação, pelo condenado, de seu status quo anterior à condenação. Por ela, terá ficha de antecedentes ou boletim de vida pregressa sem qualquer referência à condenação sofrida, sem nenhuma notícia do crime praticado.

A reabilitação objetiva amenizar as consequências sofridas pela condenação, as quais maculam a vida do ser humano e moldam a sua trajetória daquele momento em diante. Visto que

Toda e qualquer condenação penal, ainda que a uma pena restritiva de direito ou de multa, e mesmo depois de integralmente cumprida, constitui um estigma, um sinal, uma marca na vida do condenado, acompanhando-o por todos os seus dias. Muitas vezes, cumprida a pena, continua o indivíduo a sofrer as consequências da condenação anterior, não conseguindo emprego lícito, recebendo a pecha de criminoso, que o marginaliza e impede sua reinserção social: o mais importante dos fins da pena (TELES, 2006, p. 532).

Neste instituto, é possível detectar a aplicação do direito de ser esquecido visto que esse direito “tem como corolário a crença na regenerabilidade humana, na oportunidade do arrependimento e na readequação do indivíduo – um dia criminoso – ao convívio social” (PIMENTEL; SILVA, 2014, p. 19). Sobre a reabilitação criminal, os artigos 93 a 95 do Código Penal (BRASIL, 1940) prescrevem:

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

comprobatórios dos requisitos necessários. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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.

Desse modo, tem-se que a reabilitação criminal irá alcançar qualquer pena que houver sido aplicada em sentença definitiva, sendo possível que o condenado obtenha o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. A importância desse instituto, sem dúvida, é a oportunidade que ele oferece ao egresso do sistema penitenciário de reconstruir a sua história, deixando para trás o estigma que o persegue e que muitas vezes o impede de obter um trabalho digno e lícito, por conta das informações sobre a condenação que o rodeiam.

A só imagem de ex-presidiário já é um grande obstáculo a ser vencido. As pessoas que passam pela prisão enfrentam grandes dificuldades ao voltar para o seio social, pois são sempre vistas com desconfiança e preconceito. A sociedade não acredita na sua ressocialização e compreende a prisão como instituição social que não cumpre com sua finalidade da maneira adequada (PIMENTEL; SILVA, 2014, p. 18).

A reabilitação serve como uma esperança para o ex-detento conseguir se posicionar novamente perante a sociedade, possibilita o esquecimento de seu passado e a chance de voltar ao *status* anterior à condenação, sem estar sob o crivo de julgamento das pessoas. E é sob esse olhar que podemos detectar neste instituto da reabilitação criminal os resquícios da aplicação do novo direito porquanto

O direito ao esquecimento, por sua vez, (...) busca, essencialmente, possibilitar a reabilitação do preso, cumprindo com o que prepõe a lei penal. Visa garantir que após o cumprimento da pena o ex-detento possa voltar a viver em sociedade e tenha oportunidades de reconstruir sua vida com honestidade e de acordo com os princípios democráticos (PIMENTEL; SILVA, 2014, p. 19).

Registre-se, por fim, que a reabilitação é ampla e não definitiva, podendo ser revogada caso o reabilitado reincida, por decisão definitiva, ou caso seja condenado à pena que não seja de multa (COSTA, 2010, p. 266).

Já o artigo 202 da Lei de Execuções Penais apresenta uma situação distinta da reabilitação criminal, o sigilo da folha de antecedentes, que também apresenta resquícios do direito ao esquecimento. Dispõe citado artigo que

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 (BRASIL, 1940).

O chamado sigilo dos registros criminais evita que o egresso do sistema carcerário tenha sua privacidade violada, com o intuito de não trazer à tona qualquer mácula do seu passado que possa lhe trazer algum desconforto perante o meio social em que está inserido.

Trata-se de sigilo de informações, já que, caso seja praticada nova infração penal, os registros criminais serão utilizados para fins de instrução em processo. O que ocorre é a não divulgação desses dados, para que aquele que deseja reconstruir sua vida, deixando para trás o passado de crimes, possua o direito a ressocialização e a dignidade, visto que enquanto durarem as críticas, devido às informações sobre a condenação, este elemento não terá as mínimas chances de voltar ao convívio social normal (CRUZ; SANTANA, 2015).

Se, por um lado, a reabilitação tem como objetivo permitir o cancelamento do registro da condenação, fazendo com que se apague da folha corrida a inscrição da matrícula da condenação penal e que se possibilite a restauração dos direitos atingidos pelos efeitos da condenação, os quais estão previstos nos incisos I e II, do artigo 92, do Código Penal (COSTA, 2010, p. 265), por outro lado, o artigo 202 da Lei de Execuções Penais prevê a garantia do sigilo do registro automático e imediato, não contendo nenhum outro requisito além da extinção da pena (COSTA, 2010, p. 266).

É da mais alta importância o respeito a essa norma para que o condenado possa alcançar efetivamente a reinserção social. Enquanto for estigmatizado, marginalizado, impedido de obter trabalho lícito, por força de informações sobre a condenação, o egresso do sistema penitenciário não terá mínimas possibilidades de voltar ao convívio social normal em condições que possibilitem sua recuperação. (TELES, 2006, p. 533)

Resumindo, talvez a principal distinção entre o sigilo do instituto da reabilitação criminal e o sigilo previsto no artigo 202 da Lei de Execuções Penais,

consiste na amplitude protetiva verificada para os reabilitados em relação aos demais condenados, visto que para aqueles o sigilo é mais extenso sendo quebrado, tão somente, por requisição do juiz criminal. Os não reabilitados, por outro lado, podem ter suas condenações anteriores

acessadas por qualquer autoridade judiciária, membro do Ministério Público e Delegado de Polícia (COIMBRA, 2010).

Deve-se atentar para o fato de que esse registro criminal não pode servir para impedir a reinserção social do ex-condenado de modo a influenciá-lo negativamente em alguma seleção de trabalho. Isso porque é sabido que no âmbito das relações privadas alguns registros históricos são ressuscitados com o intuito de estabelecer uma seleção prévia dos concorrentes, a qual discrimina e segrega os candidatos que já tenham cumprido pena por algum ato ilegal praticado, servindo como uma espécie de condenação permanente para essas pessoas. Sem contar o Poder Público que impede a reabilitação de egressos do sistema carcerário ao resgatar suas condenações na fase de investigação da vida pregressa dos concursos públicos, eliminando-os. Assim,

O registro criminal deve ser concebido no Estado Democrático de Direito como mecanismo não-impeditivo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária sem revestir-se unicamente do indissociável caráter discriminatório. Para acompanhar o perfil democrático do Estado brasileiro, o registro criminal deveria ser estruturado a partir de orientação político-criminal fundada nos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal buscando, por exemplo, dotá-lo de mecanismos que estabeleçam "portas de entrada" e "vias de saída", ao evitar que anotação criminal antiga acompanhe a pessoa pela vida toda, cabendo fixar prazo a partir do qual o acesso seja restrito e a divulgação controlada (SOBRINHO, 2009, p.10).

Além disso, ainda há a previsão na nossa Constituição Federal, na alínea b, do inciso XLVII, do artigo 5º, que “não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo”. Através dessa previsão constitucional pode-se notar que nenhum indivíduo deve ser sancionado eternamente por alguma infração que cometeu. É da vontade da Carta Magna que os sujeitos oriundos dos sistemas prisionais superem os seus erros de terem cometido de um crime, em razão disso, há o direito de ser esquecido. Claro que o referido direito não é absoluto, devendo haver balizas para a sua aplicação, bem como critérios que “auxiliem o julgador na tarefa de determinar quando deverá prevalecer o interesse público na divulgação da informação e quando deverá ser preservado o direito à memória individual, protegendo-se o direito ao esquecimento” (Martinez, 2014, p. 125).

Mesmo assim, a vedação do caráter perpétuo das penas deve ser efetivada. Neto (2014) refere que essa vedação também pode “ser compreendida como uma proibição dirigida ao Estado de não atribuir-se um poder de remoer *ad*

infinitum feridas já cicatrizadas”. Como exemplo pode-se citar o seguinte caso, o qual será analisado no último capítulo deste estudo:

Inúmeras pessoas sofrem socialmente os efeitos secundários da condenação, sendo estes, muitas das vezes, bem piores do que os do próprio cumprimento da pena. Recentemente, um homem foi aprovado no concurso público para agente de polícia civil no Distrito Federal. Apesar de ele ter passado em todas as fases anteriores do certame, ele foi reprovado na fase da investigação social. A administração pública o considerou contra-indicado para o cargo porque, quando ainda inimputável, sofreu medida sócio-educativa em decorrência da prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio. Mais de dezessete anos separam a data do homicídio até o momento da análise da sua conduta social. Nesse período, esse sujeito cumpriu a medida imposta pelo Estado-juiz, não mais cometeu qualquer outra infração penal, concluiu o ensino superior, e logrou êxito na sua aprovação nesse concurso público disputadíssimo. Nesse caso em específico, fica muito claro que esse rapaz conseguiu se desvencilhar das amarras do crime e se reabilitar. [...] **Ser ex-condenado, para esse candidato eliminado, está sendo uma pena perpétua.** É também um caso explícito de preconceito, pois, de antemão e em virtude do seu passado, existe uma certeza de que ele não será um bom policial. Essa é, para o Estado uma característica intrínseca dele, tal como a cor da pele, a origem, a orientação sexual e as demais variáveis utilizadas para fundamentar uma discriminação. Existe dignidade humana e isonomia em face de discriminações? (NETO, 2014).

O Estado deve atentar-se para algumas de suas condutas que geram nos egressos do sistema penitenciário uma espécie de verdadeira pena perpétua, sendo até pior que a sanção que já lhes foi aplicada pelo crime cometido. A fase de investigação da vida pregressa é uma dessas condutas, a qual gera no ex-condenado uma sensação de punibilidade eterna, visto que sempre será impedido de assumir o seu cargo ao prestar um concurso público. Isso porque,

A exclusão da pena perpétua de prisão 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. De outro modo, se estaria consagrando a categoria de “cidadão de segunda”, ou uma *capitis diminutio* inaceitável no sistema democrático ou republicano. Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve “pagar a sua culpa”, isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo “marcado”, “assinalado”, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 573).

Por fim, apesar de não estar expressamente previsto na nossa Constituição Federal, o Direito Penal brasileiro ainda defende a aplicação do princípio do *non bis*

in idem, o qual possibilita a “garantia de que ninguém será punido novamente pelo mesmo fato” (LOPES JUNIOR, 2013). Conforme afirma Cristina da Silva (2014), “o Direito do Estado de punir somente pode ser exercido, em face do mesmo agente, uma vez em razão de cada fato delituoso”.

Ocorre que, analisando de uma forma mais atenta a fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos, tem-se que essa permissão legal de investigar a vida do indivíduo de modo a consultar a sua ficha criminal para verificar se não existe nenhum fato desabonador de sua conduta, é totalmente desproporcional. Visto que o sujeito pode ser eliminado do concurso público por ter uma anotação criminal negativa em seus registros em razão de alguma condenação relativa a algum fato ocorrido há muitos anos. Dessa forma, é possível o ex-condenado ser punido duas vezes pelo mesmo crime, constituindo um total *bis in idem*. Neste sentido, Neto (2014) afirma que

A pecha de ex-condenado viola direitos fundamentais e princípios de várias ordens, como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação da pena de caráter perpétuo, da proporcionalidade e razoabilidade, entre outros. Além disso, esse tipo de discriminação funciona como inibidor da reinserção e reabilitação social do condenado, o empurrando ainda mais para a marginalidade social. O fato é que o Estado deve propiciar a essas pessoas mecanismos jurídicos que o ajudem a ser lembrados como pessoas dignas de um tratamento isonômico e não como um criminoso em potencial.

Por fim, a Constituição Federal (Brasil, 1998) afirma, no inciso IV, do seu artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifo nosso).

Dessa maneira, a Carta Magna dispõe que não pode haver “quaisquer outras formas de discriminação”. Então, diante disso, independentemente de qualquer juízo de valor, o ex-condenado possui direito de ocupar um cargo, emprego ou função pública, não podendo ser discriminado pelos erros cometidos no seu passado. Além do mais, “uma vez cumprida a pena o cidadão quita com seu débito social e caso

venha a sofrer qualquer restrição por conta desta condenação anterior configuraria flagrante bis in idem” (BESSIL, 2010).

Como se pode notar, o direito de ser deixado em paz veio para efetivar todos os institutos citados acima, de modo a propiciar a integração dos sujeitos oriundos dos sistemas prisionais à vida em sociedade. Procura-se evitar ao máximo que o ex-condenado seja etiquetado pelos restos de seus dias, em virtude de uma condenação que já foi cumprida, principalmente em razão de que vivemos num país onde a punibilidade perpétua é vedada.

Salienta-se que há no nosso ordenamento, ao menos de modo implícito, o direito fundamental de poder ser esquecido. Esse direito decorre dos princípios adotados pela nossa Constituição Federal de 1988, a qual não exclui a possibilidade de existência de outros direitos fundamentais, fora do rol previsto.

Já vimos que há na nossa legislação vestígios em que o legislador quis registrar a necessidade de deixar algo para trás, mesmo antes do reconhecimento da existência do direito ao esquecimento. No capítulo seguinte analisaremos a possibilidade de aplicar (ou não) esse direito na fase de investigação da vida progressa nos concursos públicos visto que estamos diante de um assunto em que carece de lei regulamentadora. Este cenário possui uma urgência social na sua análise, porém até agora muito pouco se indagou a respeito.

1.3 A PROBLEMÁTICA DA FASE DE INVESTIGAÇÃO DA VIDA PREGRESSA EM CONCURSOS PÚBLICOS: A FALTA DE LEI REGULAMENTADORA E A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DA APLICAÇÃO DO NOVO DIREITO

A sociedade está sempre mudando, atribuindo novas facetas aos direitos. Há uma dinamicidade da conduta a qual procuramos normatizar, em virtude da celeridade dos processos de comunicações, os quais, conforme Sbrogio’Galia (2007, p. 18), permitem aos membros de diversas sociedades um gigante intercâmbio cultural. A autora cita também que essas mudanças sociais provocam ajustes no sistema com o objetivo de dar soluções às tensões e aos problemas que impulsionam a transformação da sociedade.

É fato que a sociedade muda porque os indivíduos que a compõem estão em um constante processo de transformação. O mesmo acontece com o sistema normativo dessa sociedade, o qual deve estar sempre se adequando aos novos

direitos emergentes da evolução social. Nesse panorama, temos o surgimento do direito ao esquecimento. Esse direito não deixa de ser um *longa manus* do direito à dignidade da pessoa humana, pois conforme dispõe o Enunciado n. 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2016).

Isso porque, mesmo com um cenário de mudança paradoxal da sociedade, jamais se deve abrir mão dos direitos inerentes ao ser humano, tal como a dignidade da pessoa humana. Essa pode ser entendida como uma qualidade intrínseca do ser humano, a qual deve ser respeitada e protegida, não devendo, em hipótese alguma, ser violada (SARLET, 2015a, p. 52).

Nesta esteira, sendo um direito relativo, mesmo aquelas pessoas que cometem ações reprováveis perante a sociedade possuem o direito a exercê-lo, não podendo haver a exclusão destes. Ressalta-se que a defesa e a prestação desse direito competem ao Estado, como Sarlet (2015b, p. 58) mostra:

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

Nesta seara, torna-se emergente estudar sobre a fase da investigação da vida pregressa nos concursos públicos, e a possibilidade de aplicação do novo direito nesta fase do certame. Trata-se do denominado direito ao esquecimento, o qual pode ser entendido como a possibilidade de a pessoa não ser incomodada por

[...] atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade (DOTTI, 1998, apud, MARTINEZ, 2014a, p. 79). O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana (MARTINEZ, 2014b, p. 80).

Desse modo, deve-se primar pela proteção da memória individual, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana tão exaltada pela Constituição Federal de 1988. Por ser recente, visto que o rol de direitos de personalidade não é taxativo, esse direito ainda torna-se complexo em se tratando do seu âmbito de aplicação. Principalmente, em relação à possibilidade de um egresso do direito penal exercê-lo a fim de tomar posse em um cargo da Administração Pública, onde se pressupõe o requisito da moralidade administrativa.

Torna-se importante esse debate, em razão da existência da investigação da vida pregressa nos concursos públicos, a qual sua existência depende de um ato administrativo do poder público. Essa é uma fase, dentre as eliminatórias, que se encontra presente nos concursos do Poder Judiciário, da Polícia Civil, do Ministério Público, dentro outros órgãos. Inicialmente, destaca-se que a fase de investigação da vida pregressa, presente em concursos seletivos, deve possuir fundamento legal que possibilite a investigação de condutas dos candidatos, bem como uma motivação para a sua aplicação, visto que se trata de um instituto de natureza discricionária. Nesse norte, prescreve a Lei Federal 9.784 (BRASIL, 1999),

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Além disso, possui como fundamento o princípio da moralidade da Administração pública, o qual se encontra previsto no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Pode-se notar que esses valores devem ser observados por todos no exercício da atividade estatal.

A análise feita na referida fase refere-se à maneira como o candidato se mantém perante a sociedade, juntamente com os seus bons antecedentes e a sua boa conduta social. Com esses itens, a comissão de investigação avalia se o candidato “merece a confiança da Administração Pública e da sociedade” (BESSIL,

2010). Isso porque a moralidade administrativa tornou-se um requisito fundamental para que o agente público exerça a atividade do Estado.

Ressalta-se que a sindicância da vida pregressa é uma fase unilateral e inquisitorial realizada por uma comissão pré-estabelecida a data do edital do certame, sem que haja qualquer participação do candidato na sua realização, caracterizando-se como um critério subjetivo de avaliação. Talvez, a única participação que o candidato possui é o preenchimento de fichas sobre a sua vida pregressa, bem como as suas certidões criminais (negativas ou positivas) que devem ser entregues para avaliação. Ou seja, “todo o histórico do acusado fica registrado para fornecer ao julgador elementos que possam auxiliá-lo quando da análise da personalidade daquele, à míngua de regras técnicas para o desempenho de tal função” (BESSIL, 2010).

O objetivo desta fase é verificar se o candidato possui idoneidade moral compatível com o cargo que almeja obter. A idoneidade moral é caracterizada “pelo conjunto de qualidades que recomendam o indivíduo à consideração pública e social (honra, respeitabilidade, seriedade, dignidade e bons costumes)” (BESSIL, 2010). Ou seja, o candidato deve estar apto a demonstrar que “respeita, em sua vida privada, uma moralidade semelhante à que dele será exigida, na esfera pública, se vier a ser empossado no cargo público para o qual está a concorrer” (BESSIL, 2010). Assim, se a vida pregressa do candidato for de encontro com o princípio da moralidade administrativa, este terá a sua posse para o cargo público barrada.

A aplicabilidade desta fase está prevista em inúmeros editais. Como exemplo de fundamentação legal para existência desta fase, temos a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35), a qual dispõe que:

Art. 78 - O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

[...]

§ 2º - Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1979, grifo nosso).

Bem como o artigo 4º da Lei Distrital n. 3.669, a qual dispõe sobre o provimento para o cargo de Agente Penitenciário do Distrito Federal:

Art. 4º O ingresso em cargo da Carreira de Atividades Penitenciárias do Distrito Federal dar-se-á no Padrão I da Terceira Classe da Tabela de Escalonamento constante do anexo desta Lei, mediante apresentação de certificado de conclusão de ensino médio ou habilitação legal equivalente, emitido por instituição autorizada por órgão oficial, e aprovação em concurso público.

Parágrafo único. O concurso público de que trata o caput será realizado em cinco etapas:

I – prova objetiva, de conhecimentos gerais e específicos, de caráter eliminatório e classificatório;

II – teste de aptidão física, de caráter eliminatório;

III – prova de aptidão psicológica, de caráter eliminatório;

IV – comprovação de idoneidade e conduta ilibada na vida pública e na vida privada, de caráter eliminatório;

V – curso de formação profissional, de caráter eliminatório. (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Nesses casos, caso o candidato tenha antecedentes penais em seus registros, então a sua posse no cargo público já se torna restringida, visto que a vida pregressa do candidato encontra-se turvada e isso já é suficiente para contraindicar o indivíduo ao cargo público. Nota-se que a análise da capacitação moral do candidato para acesso aos cargos públicos é totalmente discricionária.

Em virtude disso, a análise desta fase é objeto de inúmeras ações judiciais devido a não existir nenhuma lei que a regule, para que ela saia do plano da subjetividade. Como a sua análise carece de requisitos pré-estabelecidos, inúmeros candidatos reprovados buscam o Poder Judiciário a fim de obter respostas. Isso tudo em razão de não haver lei regulamentadora que descreva os limites objetivos da referida fase. O inciso II, do art. 37, da Constituição Federal dispõe que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (BRASIL, 1988).

Denota-se que este artigo da nossa Carta Magna foi o ponto mais próximo que o nosso legislador chegou com o objetivo de regulamentar os concursos públicos. O que se nota é que o legislador preferiu deixar as especificações da fase de investigação da vida pregressa a cargo do edital do concurso público.

Neste tocante, os precedentes judiciais entendem que por não haver outra lei que regulamente o concurso público, o edital acaba se tornando a regra imutável do concurso, tal como se pode ver. Nesse sentido foi o Recurso em Mandado de Segurança n. 33.183-RO (2010/0208024-3), julgado no Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa retro colacionada:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PENAL. **ATOS INCOMPATÍVEIS COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA. REGRA PREVISTA NO EDITAL. LEGALIDADE. MORALIDADE. RAZOABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1 - Em que pese a ampla devolutividade que marca o recurso ordinário, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da sua interposição. Precedentes. 2 - Cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu. Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido. 3 - Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado. Todavia, não é esta a hipótese dos autos - e nem mesmo o recorrente a invoca - porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim, os parâmetros que se mostram adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado. 4 - **A legalidade da exclusão do impetrante do rol dos aprovados é incontestável pois, como ele próprio admite, "é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida progressiva do candidato".** 5 - **Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé", tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais.** 6 - Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é "a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público" (Lei n. 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta pro societatis, e não em função dos interesses particulares. 7 - Os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor de sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que impedem o seu ingresso nos quadros da Força Policial. 8 - Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ - RMS: 33183 RO 2010/0208024-3, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 12/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2013, grifo nosso).

Observando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vê-se que os concursos observam o princípio da vinculação ao edital. Tal princípio dispõe que

todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital (que não só é o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o regerão) (MOTTA, 2005, p. 5).

Nesse sentido, tem-se que o edital presente nos concursos públicos torna-se a norma que irá reger e vincular a Administração e o candidato do certame. Com base no princípio supracitado, todos os procedimentos nele alinhados deverão ser fielmente observados e cumpridos, de modo a não violar os princípios da legalidade e publicidade. Desse modo, se o edital previamente dispuser que os candidatos serão submetidos à fase de sindicância da vida pregressa e investigação social. Logo, vislumbra-se ser legal a ocorrência da referida fase por se tratar de exigência editalícia.

É através do edital que se busca preservar a moralidade e a legalidade da Administração Pública ao realizar o certame. Ocorre que o ponto crucial é que as exigências que o edital trouxe devem estar consagradas na lei, sob pena de ser tido como ilegal. Desse modo, “o poder público exhibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas, estando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações” (MOTTA, 2005, p.7).

Ocorre que, a par do edital, não há nenhuma lei que disponha previamente sobre a delimitação dos parâmetros em que essa fase deve ocorrer. Compulsando sobre o tema, vê-se que existe um projeto de lei para votação.

Trata-se do Projeto de Lei do Senado n. 74, de 2010, chamada de Lei Geral dos Concursos, de autoria do Senador Marconi Perillo. Tal projeto buscava mais transparência dos concursos públicos para os candidatos. O referido projeto tinha como ementa “Cria regras para a aplicação de concursos para a investidura em cargos e empregos públicos no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (BRASIL, 2010). Ainda, a explicação para tal projeto constava da seguinte forma:

Explicação **da** **Ementa:**
Disciplina o procedimento de inscrição, das vagas e dos prazos para

realização de concurso público; discrimina rol das informações que devem constar no edital de abertura de inscrições; veda a realização de concurso público que se destina exclusivamente à formação de cadastro de reserva; disciplina a composição da banca examinadora e forma de divulgação do nome de seus integrantes; descreve os tipos de provas, a forma de divulgação do resultado e a disciplina dos recursos; disciplina as penalidades (anulação das provas e fraudes em concurso público) e os procedimentos que devem ser tomados pela entidade demandante e realizadora do concurso nos casos de irregularidades sanáveis.

Ocorre que, em se tratando de dispor sobre a fase de investigação da vida pregressa, o referido projeto de lei somente referia sobre o assunto no inciso XVIII do seu art. 7º:

Art. 7º Deverão constar do edital de abertura de inscrições as seguintes informações, sem prejuízo de outras:
XVIII - exigência, quando cabível, de exames médicos específicos para a carreira ou de exame psicotécnico ou sindicância da vida pregressa (BRASIL, 2010).

Ou seja, nada referia especificamente sobre a regulamentação da fase em si, o que facilita ainda mais a arbitrariedade e a subjetividade da sua aplicação, vindo a causar insegurança frente aos candidatos participantes do certame. Apesar de o projeto de lei tentar regulamentar a situação, o vácuo jurídico continuou existindo. Também se atentava para o fato de que o Projeto de Lei nº 74/2010 somente estendia os seus efeitos para os concursos federais, não abarcando os concursos estaduais e municipais, abrindo uma grande lacuna legislativa.

Atualmente o referido projeto está na Câmara dos Deputados, tramitando sob o n. 6004, de 2013, e aguarda votação no plenário a fim de “Regulamentar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais para a realização de concursos públicos na Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União” (BRASIL, 2013). Após a revisão do projeto de lei pelo Senado, alguns artigos foram alterados, passando a dispor de modo mais específico sobre a fase de sindicância de vida pregressa, como se pode notar dos artigos colacionados do projeto de lei 6004/2013, originário do Projeto de Lei do Senado n. 74, de 2010:

Art. 13. O conteúdo mínimo do edital de abertura do concurso será composto de:
[...]
XVII – quando for o caso, informação quanto à exigência de exames médicos específicos para a carreira ou de exame psicotécnico ou **sindicância de vida** pregressa, com apresentação dos critérios objetivos de sua avaliação;

[...]

Art. 25. A primeira etapa do concurso público poderá ser composta por 1 (uma) ou mais das seguintes fases:

I – prova escrita objetiva;

II – prova escrita discursiva;

III – prova oral;

IV – prova física;

V – prova prática;

VI – exame médico;

VII – exame psicotécnico;

VIII – exame psicológico;

IX – sindicância de vida pregressa; e

X – avaliação de títulos.

[...]

Art. 31. A sindicância de vida pregressa considerará **apenas elementos e critérios de natureza objetiva**, sendo vedada a exclusão do concurso de candidato que responda a mero inquérito policial ou a processo criminal sem sentença condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

[...]

Art. 43. O edital do concurso deverá trazer expresso o caráter eliminatório, classificatório, eliminatório e classificatório ou indicativo de cada fase do concurso, nos termos deste artigo e do art. 24 desta Lei.

§ 1º As provas objetiva e discursiva terão caráter eliminatório e classificatório; a prova oral terá caráter meramente classificatório.

§ 2º As provas física e prática, os exames médico e psicotécnico e a **sindicância de vida pregressa terão caráter eliminatório.**

Tomando ciência do conteúdo do projeto, percebe-se que a legislação tem avançado, mas não o suficiente. Precisamos de uma lei mais objetiva, de modo a não permitir a arbitrariedade do Poder Judiciário quando fosse analisar caso a caso, visto que se trata da moralidade da Administração Pública e da confiança que o ente estatal delega ao servidor público quando da sua posse na função pública.

Frente a isso, busca-se averiguar se é possível a aplicação do recente direito de personalidade, denominado direito ao esquecimento, à referida fase com o objetivo de que egressos do sistema penal possam exercer cargos públicos. Para isso, é preciso haver uma reinterpretação do direito dogmático através da justiça social, a fim de evitar que os princípios consagrados nas Constituições virem apenas letra morta (SANTOS, B., 2011, p. 113). Torna-se necessário executar os princípios constitucionalmente consagrados, tais como o Princípio da Ressocialização do Condenado, oriundo da dignidade da pessoa humana.

É sabido que um ex-condenado carrega consigo um rótulo/uma mácula onde, após cumprir sua pena, encontra dificuldades em encontrar uma atividade profissional frente aos preconceitos da sociedade em que está inserido. Becker (2008, p. 180/181), explica a situação enfrentada por esses indivíduos quando menciona a “teoria da rotulação” em seu livro denominado *Outsiders*, dispondo que

[...] o ato de rotular, tal como praticado por empreendedores morais, embora importante, não pode ser concebido como a única explicação para o que pretensos desviantes realmente fazem. Seria tolice propor que assaltantes atacam simplesmente porque alguém os rotulou de assaltantes, ou que tudo que um homossexual faz resulta do fato de alguém tê-lo chamado de homossexual. No entanto, uma das contribuições mais importantes dessa abordagem foi centrar a atenção no modo como a rotulação põe o ator em circunstâncias que tornam mais difícil para ele levar adiante as rotinas normais da vida cotidiana, incitando-o a ações anormais (como quando um registro de passagem pela prisão torna mais difícil ganhar a vida numa ocupação convencional, predispondo assim o sujeito a ingressar numa atividade ilegal).

Sendo assim, questiona-se como o Estado, o qual possui o dever de promover a dignidade da pessoa humana, pode permitir a existência da fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos. Sabe-se que esta fase é capaz de gerar angústia nos candidatos, visto que desencadeia episódios do passado, os quais o participante não gostaria de lembrar. Além disso, a ocorrência dessa fase nos concursos públicos e a conseqüente eliminação oriunda dela geram nos candidatos, que já tiveram alguma penalidade imposta pelo Estado, uma ideia de uma nova punição, em razão de um fato praticado há longo tempo e a respeito do qual o Estado já lhe aplicou a sanção.

Nesse paradigma, surgem no ramo jurídico os novos direitos, os quais abarcam novas situações oriundas do convívio social. O direito ao esquecimento é embasado “na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões”. (SARLET, 2015a).

Ocorre que, conforme preleciona Sarlet (2015b), há “uma tendência natural de que ao longo do tempo, muitas vezes um tempo nem tão longo, os fatos veiculados pelos diversos meios de informação, sejam esquecidos”. Trata-se do chamado esquecimento social, em que as informações, mesmo que tenham sido divulgadas, não chamam mais a atenção da sociedade. Para o citado autor, há uma diferença entre esse esquecimento social e o esquecimento individual, pois este reclama que a vítima de certos fatos não lembre mais do ocorrido, já aquele importa nos fatos não possuírem mais repercussão social.

Assim, a existência desse direito traz a tona a possibilidade de auxiliar a reintegração do condenado à sociedade, tendo o mesmo já cumprido a sua pena imposta, não havendo assim motivo para a situação continuar refletindo na vida do

condenado, sob pena de alimentar o seu etiquetamento social permanentemente. Diante dessa realidade, não se pode fechar os olhos para a iminente possibilidade de violação dos direitos fundamentais que a fase de investigação da vida pregressa impõe nos candidatos concurreseiros, visto que os fatos desabonadores são procurados sem qualquer delimitação temporal. É preciso que se criem soluções para a proteção desses indivíduos, com intuito de que seus direitos não sejam mais violados.

O próprio Código Penal, conforme já citado anteriormente, já trouxe em seus artigos um viés de aplicação do direito ao esquecimento, como exemplo verifica-se o *caput* do artigo 93, quando dispõe que “A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, **assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.**” (BRASIL, 1941, grifo nosso). Não se pode negar a aplicação do direito ao esquecimento visando à reinserção do condenado, que já cumpriu a sua pena, à sociedade.

Assim, quem já tenha cumprido a sua pena criminal e necessita reajustar-se à sociedade, possui o direito a não ver os fatos que o levaram à penitenciária serem repassados ao público em geral (BRANCO; MENDES, 2014, p. 359). Nesse caminho, o mesmo possui o direito de ser deixado de lado, de ser esquecido, como desejar. Como bem ressaltado,

É o interesse do resguardo pessoal que sofre com a renovação do episódio infeliz na memória das pessoas, com a renovação do sofrimento experimentado pela revelação e com a postergação do esquecimento que seria tão salutar. Nesse sentido, o interesse do resguardo pessoal pode ser desdobrado em um direito ao esquecimento, a consistir no poder jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos. (FERREIRA DA SILVA, 1998, p. 59, apud, COIMBRA, 2016, p. 102).

O novo direito possibilita ao ex-detento a faculdade de defender o uso e a finalidade com que o seu passado será lembrado. Além disso, esses fatos passados podem trazer prejuízos aos familiares do condenado e a sua vida profissional, caso o estigma permaneça indefinidamente na memória coletiva. O Ministro Luis Felipe Salomão aborda o direito ao esquecimento como um direito à esperança, visto que sustenta a presunção constitucional de regenerabilidade da pessoa humana (BRASIL, 2012). Assim, um acontecimento do passado, constantemente repetido ou

comentado, pode ser capaz de resgatar a angústia sofrida pelo autor do fato, vindo a dificultar seu processo de ressocialização.

Ressalta-se que a Constituição Federal (BRASIL, 1998) também traz em sua alínea b, do inciso XLVII, de seu artigo 5º, o Princípio da Vedação às Penas de Caráter Eterno, dispondo que “não haverá penas de caráter perpétuo”. Ou seja, após o indivíduo cumprir a sua pena, ele tem direito a seguir em frente, não podendo ficar maculado por um fato do passado. A existência do direito ao esquecimento é diretamente ligada à vedação da adoção de penas de caráter perpétuo.

Denota-se que a pena não pode adquirir um caráter perpétuo, a fim de punir o condenado eternamente. Nesse caminho, questiona-se se a fase da investigação da vida pregressa nos concursos públicos não infringiria o citado princípio de vedação às penas de caráter infindável, visto que exclui e segrega os candidatos que possuem condenações criminais em seus registros, impedindo-os de exercer uma função pública. Não se pode admitir que o condenado, o qual já tinha cumprido a sua pena, permaneça à margem da sociedade por toda a sua vida, visto que as penas possuem natureza temporária e que a nossa constituição garante a vedação às penas perpétuas.

Nesse caminho, importante colacionar um trecho do voto do Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2014), onde fora aplicado o direito ao esquecimento:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.

Dito isso, visualiza-se necessário debate sobre tais questões, visto que, se, por um lado o direito ao esquecimento engloba a dignidade da pessoa humana, a privacidade e a honra, por outro lado o mesmo direito abriga a liberdade de expressão e o direito à informação, principalmente em se tratando de cargos públicos, em razão de estes possuírem o requisito da moralidade administrativa. Para tais casos, é necessária ponderação do Princípio da Proporcionalidade, conforme se verá adiante.

1.4 A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FRENTE AO EMBATE ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Antes da sociedade informacional, o direito ao esquecimento não precisava ser amplamente debatido visto que as informações circulavam pela sociedade de um modo mais lento, que não prejudicava a imagem do homem perante o seu meio social. Ocorre que,

na medida em que o avanço tecnológico permite uma inacreditável rapidez na sua circulação, ao mesmo tempo em que massifica a sua divulgação, a informação passa a ter uma relevância jurídica antes não conhecida (SVALOV, 2012, p. 57).

Quando, mais tarde, a tecnologia digital permitiu o empacotamento de todos os tipos de mensagens, inclusive de som, imagens e dados, criou-se uma rede que era capaz de comunicar seus nós sem usar centros de controles. A universalidade da linguagem digital e a pura lógica das redes do sistema de comunicação geraram as condições tecnológicas para a comunicação global horizontal (CASTELLS, 2000, p. 82).

Logo, tornou-se necessário que houvesse meios hábeis para proteger essa informação do acesso de terceiros, a fim de evitar constrangimentos indesejáveis ao ser objeto da informação. Nesse cerne,

O tão badalado “direito ao esquecimento” surgiu na discussão sobre a possibilidade de impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e causem a pessoa transtornos das mais diversas ordens. É o direito de não ser lembrado eternamente pelo equívoco pretérito ou por situações constrangedoras ou vexatórias, ao ponto de a pessoa desejar que o evento seja esquecido ou que, ao menos, o assunto não seja reavivado por qualquer membro da sociedade (ROSENVALD, 2016).

Isso em virtude de que o direito de ser deixado em paz estar incluso no rol de direitos da personalidade, os quais são considerados direitos fundamentais e que assumem um papel essencial na sociedade da informação.

Sabendo desta importância que possui a defesa dos direitos fundamentais frente à sociedade de informação, tem-se que estes não podem ser violados de forma arbitrária. Pelo contrário, quando houver colisão entre o direito ao esquecimento e qualquer outro direito, devem ser usados os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade de modo a não ferir o nosso ordenamento jurídico. Sabe-se que a Constituição Federal, mesmo que implicitamente, suscita o direito ao esquecimento quando dispõe em seu inciso X, do artigo 5º, que

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:

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;

Isso em razão de que o direito ao esquecimento é um desmembramento desse direito à privacidade e à intimidade, previsto no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1998).

Tendo ciência disso, destaca-se o embate entre os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade frente à análise da investigação da vida pregressa, visto que a vida do candidato não pode ser investigada desarrazoadamente pela Comissão de Investigação. Isso porque a referida fase pode vir a causar desconforto e angústia no candidato, por essa razão tem-se a necessidade dessa análise ser feita dentro de uma delimitação temporal.

Nesse ponto, é necessária a ponderação do Princípio da Proporcionalidade¹ quando da aplicação prática da fase de investigação da vida pregressa aos casos concretos, principalmente quando há a intervenção do Poder Judiciário, através de ações judiciais ingressadas pelos candidatos.

Como estudado anteriormente, devido a não ter nenhuma lei que regulamente o tema e que o retire do campo da subjetividade, outra saída não nos resta senão o de aplicar o Princípio da Proporcionalidade nesses casos, visto que mesmo com a possível regulamentação da lei, ainda assim não haverá nenhuma disposição expressa que menciona a aplicação específica da fase de investigação da vida pregressa, sem que haja violação aos direitos fundamentais do candidato.

O que a sociedade globalizada não pode perder de vista são valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da sociedade democrática. (SVALOV, 2012, p. 59) Os direitos da personalidade são os que constituem o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo e se traduzem em direitos sem os quais outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo que, por sua vez, não existiria como pessoa humana (SVALOV, 2012, p. 63).

¹Conforme Barroso (2010, p. 298), o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como “instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos”. Já o princípio da razoabilidade opera de modo a “permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto” (BARROSO, 2010, p. 347).

Diante da colisão, certamente haverá limitação dos direitos fundamentais, ocasião em que o juiz deverá equilibrá-los. A referida análise deverá ser feita caso a caso, de modo concreto, colisão por colisão. Nessas situações, o que irá prevalecer dependerá do interesse público da informação (SVALOV, 2012, p. 71). Nesse cerne, destaca-se o direito de ser informado, o qual

Consiste na possibilidade de qualquer cidadão receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (...). Embora seja um direito fundamental, o direito à informação não é ilimitado, vez que seus limites são o direito à vida, à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, considerados como os direitos da personalidade (SVALOV, 2012, p. 63).

Podemos notar que no caso da fase de sindicância da vida progressiva nos concursos públicos há uma flagrante colisão de direitos fundamentais. De um lado encontra-se a liberdade de informação que o Estado possui, visto que este investiga a vida dos candidatos a fim de segregar os que sejam aptos para receber parcela da responsabilidade estatal e assim atuar como servidor público, e, por outro lado, encontra-se o direito de ser esquecido, que é um desdobramento dos direitos da personalidade e que reconhece que o candidato do certame possui a escolha de não querer lembrar fatos do seu passado que lhes causam desconforto.

A colisão dos direitos à vida, à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem em face do direito à informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não pode, ser divulgados ao público indiscriminadamente (SVALOV, 2012, p. 72).

Nesta ponderação, tem-se que o direito à informação deve visar “ao bem-estar de todos, não sendo permitidas publicações de informações sigilosas ou que comprometam a vida de alguém, com o intuito de prejudicá-la” (SVALOV, 2012). Mesmo com tamanha proteção aos direitos de personalidade conferidos pela nossa Constituição, as violações sempre ocorrem, cabendo aos cidadãos buscar a reparação mediante o Poder Judiciário.

Se uma pessoa é prejudicada por uma notícia que se restringe à sua vida privada, haverá grande chance de ela obter indenização por ofensa à honra ou à intimidade. Prevalece, neste caso, o entendimento de que, embora

seja relevante, o direito à informação não é uma garantia absoluta (SVALOV, 2012, p. 71).

Ocorre que, neste caso, o conflito possui uma difícil resolução: o embate entre o direito de o Estado ser informado sobre a vida pregressa do candidato e o direito de o concorrente ter sua intimidade e honra protegida. A solução desta colisão de direitos é delegada ao legislador, o qual deverá ponderar os bens jurídicos envolvidos, de modo a sacrificar o mínimo de direitos possíveis. Dessa maneira, o juiz deverá aplicar o Princípio da Proporcionalidade ao caso concreto, o qual

Consiste na verificação pelo juiz, diante de dois interesses legitimamente tuteláveis e em conflito, se são juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, deverão os interesses ser ponderados e pesados dentro do critério da proporcionalidade que estabelecerá os limites e a atuação das normas na verificação do interesse predominante. Assim, cumpre ao juiz, por meio de minuciosa valoração de interesses, decidir em que medida deve-se fazer prevalecer, a despeito de eventuais inconvenientes, um ou outro interesse legitimamente tutelável pelo direito, impondo restrições necessárias ao resguardo de outros bens jurídicos. (SZANIAWSKI, 2005 apud SVALOV, 2012).

Nesse caminho, Branco e Mendes (2012, p. 208) propõem a utilização do Princípio da Proporcionalidade como uma “regra de ponderação entre os direitos em conflito”. Tal princípio possui critérios que fundamentam a sua aplicação, tais como “a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito” (BRANCO; MENDES, 2012, p. 244). Desse modo, para os referidos autores, a adequação refere-se ao meio necessário para a obtenção do fim, ou seja, o meio utilizado deve ser adequado para a consecução do fim almejado, de modo que seja menos lesivo aos direitos fundamentais. Quanto a necessidade, observa-se que deve ser utilizada a medida que venha a gerar o menor custo para o indivíduo. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa dizer que a intervenção deve ser legítima, ou seja, precisa haver alguma justificativa plausível para que a intervenção ocorra na esfera de proteção do direito fundamental (BRANCO; MENDES, 2012, p. 441).

Sobre o tema, Ávila (2005, p. 109-110) explica que

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentro todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos

fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Tendo ciência disso, quanto ao direito de informação, ressaltam-se as suas três vertentes:

Se o direito à informação, em suas três vertentes, isto é, o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado, for de relevante interesse social, os direitos da personalidade podem ser afastados em detrimento do interesse público-social dessa mesma liberdade de informação plenamente definida e delimitada (SVALOV, 2012, p. 72).

Nestes casos, também se encaixa o direito ao esquecimento visto que se trata de um reflexo do direito à personalidade, o qual entra em conflito com a liberdade de informação quando há a necessidade de divulgar os fatos passados de sua vida à comissão de investigação da vida pregressa. Deve-se atentar se realmente há o interesse público na divulgação deste passado ou se irá apenas servir para causar angústia ao candidato.

Precisa-se verificar, pois, no caso concreto, se o sacrifício dos direitos da personalidade se impõe diante de determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo (SVALOV, 2012, p. 71).

Denota-se que o edital, mesmo que seja a lei do concurso, não pode ter o condão de ferir a dignidade da pessoa humana. O conteúdo do edital deve ser específico a fim de dispor sobre o certame público, a fim de evitar discriminações aos participantes.

O grande desafio, conforme Rosenwald (2016), seria encontrar parâmetros objetivos para adequar a tutela da intimidade e a tutela de informação. Nesse caminho, observa-se que os países da Europa saíram na frente da legislação brasileira quando nos referimos ao direito ao esquecimento. Isso porque, na data de 04 de abril de 2016, ocorreu a publicação da “Legislação europeia de proteção de dados pessoais”. Basicamente, o compilado é composto por:

a)Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho (relativo à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais); b) Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho

(relativa à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais); c) Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho, (relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave) (ROSENWALD, 2016).

A nova regulamentação trata da proteção de dados, além de definir o direito ao esquecimento. Conforme Rosenwald (2016), a recente legislação irá modernizar as regras que dispõe sobre a proteção de informações, pois criará um mercado de dados na União Europeia, o que irá estreitar a cooperação entre os Estados Membros que a compõem.

O direito de personalidade do indivíduo de poder ser esquecido entra em conflito com os interesses estatais de defender a moralidade administrativa da instituição. É importante destacar um importante direito previsto na legislação europeia, a qual vem na seção 3 do Regulamento n. 2016 de 1979. Trata-se do direito ao apagamento dos dados (*right to erasure*), também denominado de direito a ser esquecido (*right to be forgotten*), importante inovação que ainda não existe na legislação brasileira. Quanto à esse direito, Rosenwald (2016) dispõe que

Ele será exercido, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos (destaco os principais): a) os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou o seu tratamento; b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados satisfeitos determinados pressupostos; c) O titular opõe-se ao tratamento e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento; d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente.

Ocorre que o legislador europeu foi muito além do que o legislador brasileiro quando falamos no direito ao esquecimento. Além do direito ao apagamento de dados, fora criado na Europa o instituto do “direito à limitação de tratamento”. Essa figura deverá incidir quando:

a) o titular contestar a exatidão dos dados pessoais, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a sua exatidão; b) o tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao apagamento dos dados pessoais e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização; c) o responsável pelo tratamento já não precisar dos dados pessoais para fins de tratamento, mas esses dados sejam requeridos pelo titular para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (ROSENWALD, 2016).

O citado escritor ressaltou que o Regulamento n. 2016, de 1979, inova em virtude de reconhecer o direito fundamental ao tratamento dos dados pessoais como um desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas suas duas facetas: negativa e positiva. Desse modo,

A dimensão negativa é tutelada com a materialização do direito à proteção em face da sociedade e órgãos estatais quanto à publicidade de dados que desconsiderem o ser humano, desrespeitando a sua honra, imagem ou vida privada. Por outro lado, a eficácia positiva da dignidade é vivificada no direito à promoção da autonomia existencial da pessoa, no sentido de que ela possa realizar o seu pleno desenvolvimento sem os entraves de dados que estejam descontextualizados ou representem situações que não mais correspondam à realidade (ROSENWALD, 2016).

Ambas as hipóteses reconhecidas no regulamento servem para verificar em cada caso concreto o modo que o direito de ser esquecido será aplicado, baseados nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. A diretiva ainda trouxe a possibilidade de aplicação do direito de ser esquecido ao meio digital, hipótese esta que não será analisada, devido a não ser objeto do presente trabalho. Nesse meio, o direito de ser esquecido, como qualquer outro direito, não é absoluto devendo ser balizado e equilibrado com outros direitos fundamentais, quando da sua aplicação à sociedade. Nesse cerne,

Assim, aduz o Regulamento 2016/79 que o “direito a ser esquecido”, não merecerá acolhimento quando o tratamento de dados se revele necessário nos seguintes aspectos (destaco os principais): a) exercício da liberdade de expressão e de informação; b) motivos de interesse público no domínio da saúde pública, c) Para fins de arquivo de interesse público, investigação científica ou histórica ou fins estatísticos, na medida em que o direito ao apagamento seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento (ROSENWALD, 2016).

Observa-se que o legislador europeu abarcou “dois aspectos da contemporaneidade que antagonizam: o direito individual de ser esquecido e o direito da sociedade de sempre lembrar quem nós somos ou fizemos” (ROSENWALD, 2016). O embate travado impera sobre se “a informação em questão era sensível à privacidade do indivíduo ou preponderaria o interesse social de acesso aos dados” (ROSENWALD, 2016), o que dependerá de uma análise caso a caso.

Quanto ao Brasil, ainda há um longo caminho para o legislador percorrer. Nessa direção, todas essas diretrizes do Parlamento Europeu servem como

embasamento para uma futura legislação que proteja o direito de ressocialização que os egressos do sistema penal possuem. No campo das condenações criminais, principalmente em casos de grande repercussão e comoção pública, o direito de ser esquecido possui uma ampla aplicação.

Diante dessa realidade, tem-se a importância de confrontar a fase de investigação da vida pregressa frente aos princípios constitucionais consagrados, especialmente a ressocialização do condenado, em consonância com o direito ao esquecimento. Para isso, no próximo capítulo, analisaremos a possibilidade de aplicação desse novo direito à fase de investigação da vida pregressa a fim de facilitar a reinserção do egresso do sistema penal à sociedade.

2 SISTEMA PENAL E A SOCIEDADE: REINSERÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL

2.1 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO PASSADO FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

No tocante às pessoas em conflito com a lei, o direito ao esquecimento surge como uma válvula de escape para que um ex-condenado possa reinserir-se no convívio social. Através desse direito, é possível ao ex-detento recomeçar a sua vida, visto que aquilo que causa mágoa pode ser deixado para trás.

Nessa seara, torna-se “primordial para a felicidade humana o renovar da esperança e o esquecimento das mágoas: sem isso, viver equivaleria a padecer. Nesse sentido, é fundamental e vital o esquecimento.” (NETO, 2015). Isso porque deve haver respeito à Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos fundamentais da pessoa que fora afetada. Desse modo, para o ex-condenado,

Não basta mais sofrer uma única vez os efeitos execradores da notícia atual, é necessário passar pela mesma mazela por diversas e todas as vezes possíveis, pois a qualquer momento aquela história desabonadora pinçada em algum momento da sua vida voltará à tona e a ferida será reaberta. Isso não se diferencia muito de uma pena perpétua.

Nesse sentido, o Direito é obrigado a reagir para garantir com que a dignidade da pessoa humana não seja maculada a despeito de um pretenso apelo ao direito à informação. É preciso o desenvolvimento de institutos que possam diferenciar, em cada caso concreto, as pretensões abusivas travestidas de direitos fundamentais do seu uso legítimo. Por isso, o reconhecimento do direito ao esquecimento é uma necessidade premente que se impõe (NETO, 2015).

Conforme exposto, nota-se que o direito ao esquecimento é uma necessidade da sociedade atual superinformada, a qual possui acesso à informação pelo diversos meios de comunicação. Além disso, tem-se uma sociedade que vem sofrendo muitas alterações sociais, não podendo conviver com um ordenamento fechado. O ordenamento jurídico precisa estar aberto para as situações futuras, mas, ao mesmo tempo, englobar o passado, visto que o direito se insere dentro de uma sociedade. Neste tocante, em se tratando de direitos da personalidade, não pode haver limitações taxativas legais, pois eles podem ser ampliados conforme a evolução da sociedade.

Há atualmente a necessidade de o ser humano possuir privacidade a fim de ter controle sobre quais aspectos da sua vida podem ou não ser compartilhados em sociedade. Há informações que essa pessoa pode desejar não compartilhar, pois pode causar dor ao reviver o seu passado. Assim,

o controle das informações pessoais encontra sua razão na inserção da pessoa no tecido social, com dados já assimilados externamente, assegurando-lhe, através da privacidade, o livre desenvolvimento de suas habilidades, como produto de uma vontade própria, afastadas dos ditames da normalidade, estigmatização e dominação externa. Somente com a proteção fornecida pela privacidade é possível conceber uma pessoa livre para desenvolver, em seu grau máximo, sua criatividade, alcançar seus desejos, como o afastamento de um controle comportamentalizador (BUCAR, 2013).

Isso porque, conforme NETO (2014), “o direito a recomeçar é vital para qualquer ser humano, dada à sua falibilidade característica”, ou seja, o erro é inerente ao ser humano e, mesmo assim, ele não pode ser castigado com uma mácula eterna.

Com efeito, a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofram voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal. Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções (BUCCAR, 2012).

O direito ao esquecimento é uma urgência social, visto que os direitos fundamentais necessitam de uma resignificação constante perante a sociedade e suas novas práticas. Os atos cometidos pelo ser humano não podem ecoar na sua história para sempre, como se fossem punições eternas. Pelo contrário, tem esse o direito de superar o seu passado.

Nesta seara,

A dignidade da pessoa humana, como princípio jurídico e valor constitucional internalizado, não pode ser transacionada ou aplicada de forma gradual, tal como uma política pública. Ela deve sempre ser observada. Por isso há a necessidade de uma releitura constitucional em que haja ganho em liberdade e também em igualdade, pois essas são as bases do nosso paradigma, o do Estado Democrático de Direito. (NETO, 2015).

Ocorre que, com o avanço das tecnologias de comunicação, há uma quantidade ilimitada de informações ao acesso de qualquer pessoa. Atualmente, qualquer informação está facilmente disponível, através da agilidade da rede de informática. Nesse meio, é possível que

[...] dados privados de pessoas que não desejam que suas informações estejam ao alcance de todos, sendo universalmente e globalmente divulgadas, durante um prazo indeterminado e ilimitado, possam afetar os direitos da personalidade e, em suma, a sua dignidade. [...]. Nesse ambiente, surge o direito ao esquecimento, que, em linhas gerais, pode ser caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e data da ocorrência em que a informação objeto de proteção foi realizada. A ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento da superação do passado, de redenção, possibilitando que um sujeito não tenha o seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingido por fatos já então consolidados pelo tempo (MARTINEZ, 2014, p. 57-58).

Hoje, a busca por informações é facilitada através da sociedade em rede, pois não há controle na transmissão de informações e qualquer pessoa pode ter acesso, podendo rediscutir situações já esquecidas. Neste sentido,

Com o advento da Internet e a possibilidade de nada ser esquecido, todas as informações jogadas na rede não se apagam, impossibilitando segundas chances. Por isso, é preciso reintroduzir no ser humano sua capacidade de esquecer (MARTINEZ, 2014, p. 67).

O direito ao esquecimento envolve várias esferas da vida humana, tanto econômicas, como sociais, visto que reflete diretamente na imagem do ser humano.

Para que se justifique a rememoração de uma situação pretérita, principalmente levando-se em consideração a possibilidade de afronta aos direitos fundamentais do indivíduo pertencente do grupo, deve existir efetivo interesse social e atualidade na informação; caso contrário, a rememoração se caracterizaria como abuso do direito da liberdade de informação, violando direitos da personalidade (MARTINEZ, 2014, p. 69).

Na realidade, o egresso do sistema penal trava uma batalha diária de reconhecimento de si mesmo como um cidadão comum, sem que seja lembrado pelos seus registros criminais, que possui direitos e deveres como qualquer outro indivíduo, após ter cumprido a pena que lhe fora cominada.

A falta de efetivação do direito ao esquecimento acaba por gerar aos indivíduos uma sensação de punibilidade eterna, sendo forçado a viver sob o estigma de um ex-presidiário ou ex-criminoso, por conta do delito cometido anteriormente, sem haver a possibilidade de a mesma voltar a ter uma vida em sociedade.

É sob essa perspectiva e a partir do modo como são noticiados os fatos criminosos que o direito ao esquecimento ganha força, pois, não se pode permitir que uma pessoa permaneça impedida de se integrar à sociedade em função dos erros que cometeu. A lei em vários dispositivos deixa claro sua intenção de estabilizar o passado, como nos institutos da prescrição, decadência, irretroatividade da lei, coisa julgada, direito adquirido, no direito ao sigilo da folha de antecedentes depois de cumprida a pena, na reabilitação penal, entre outros. Recordar esses fatos que a própria lei buscar preterir gera a aquele que sofre a exposição uma nova punição, agora não mais legal, mas social, pois este terá que enfrentar o estigma de um ato pretérito, a discriminação e exclusão social (PIMENTEL; SILVA, 2014, p 17).

O caminho após a condenação é árduo, o indivíduo precisa pagar pelos seus erros e cumprir a sua pena perante a sociedade e, em se tratando de crimes de grande repercussão, muitas vezes, a mídia acaba por acompanhar todos os seus passos. Em razão disso, o direito ao esquecimento precisa ser efetivado, a fim de amenizar os impedimentos que o apenado enfrenta quando da sua ressocialização, após já terem cumprido suas penas com o Poder Judiciário.

O estigma ao redor da pessoa que já cometeu um crime, ou que já frequentou um estabelecimento prisional, é grande vindo a criar nas pessoas ao seu redor a ideia de que o indivíduo estará sempre propenso à prática de delitos criminais, sendo impossível a sua recuperação. Isso porque há uma grande descrença da população no sistema prisional brasileiro, o que dificulta a reabilitação de um ex-detento, bem como aumenta a descrença das pessoas na sua reinserção na sociedade. Nesse norte,

A constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, b, vem assegurar que, “não haverá penas de caráter perpétuo”, mas apesar de não existirem penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, com essa característica, o que se facilmente é percebido é que a estigmatização daquele que já cumpriu sua pena, é sim uma forma de perpetuação da sanção, quando não lhe é oferecida uma estrutura para que, ao retornar ao convívio social tenha a chance de demonstrar sua recuperação e seja extinto o estigma de ex-presidiário. E é justamente no direito que aquele que já cumpriu a pena que lhe foi imposta tem, de não ter que carregar esse estigma de criminoso para o resto de sua vida, que se funda o direito ao esquecimento (SANTOS, R., 2010).

A efetividade do direito ao esquecimento possibilita uma alavanca de oportunidades a fim de que definitivamente ocorra a reinserção do indivíduo à sociedade. Isso porque, caso seja efetivo o sigilo dos registros criminais e a possibilidade de o ser humano deixar isso pra trás, isso irá proporcionar o reestabelecimento de laços perdidos ao invés de um olhar de estigmatização.

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução 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. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um **direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana (BRASIL, 2012).

Assim, como a pena que é imposta pelo Estado a quem cometeu algum crime, o mesmo deveria garantir a efetividade do direito ao esquecimento na vida do egresso do sistema penal, de modo a não permitir que este continue sofrendo discriminações na sociedade, como ocorre na fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos.

Importante destacar que a evocação do direito ao esquecimento não privilegia o criminoso e nem busca suprimir a liberdade de informação a fim de gerar a impunidade. O sujeito que se pretende proteger é o **indivíduo reabilitado ou inocentado** nos termos da lei, acredita-se no arrependimento, na vontade de construir uma nova vida depois de ficar aprisionado, quer-se possibilitar meios que contribuam para a reinserção social do egresso, de modo a evitar a reincidência (PIMENTEL; SILVA, 2014).

Nota-se que o Estado prestigia a moralidade administrativa em detrimento da perpetuidade da condenação do indivíduo. Porém, ao fazer este pré-julgamento de que um ex-condenado poderá macular a moral das instituições públicas, a instituição estatal comete uma total violação dos direitos fundamentais destes cidadãos.

2.2 A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE UM EX-CONDENADO TOMAR EM POSSE EM CARGOS PÚBLICOS

O egresso do sistema penal, após já ter cumprido a sua pena, possui o direito de se reinserir na sociedade, sem ser lembrado pelo rótulo de ex-detento. Ele tem o direito de esquecer o seu passado, bem como de ter o seu pretérito esquecido pela sociedade, sem que este venha remexer e remoer os fatos passados que lhe acarretem mal-estar perante os outros. Há um direito de recomeçar. O ex-presidiário não pode ser lembrado por esse rótulo, pois ele tem o direito de seguir em frente, bem como a sociedade tem o dever de deixá-lo em paz. O ex-condenado já pagou a sua dívida tida com a sociedade e por este fator já não pode mais ser segregado, nem marginalizado.

Ocorre que o Estado tem como praxe remoer esse passado cada vez que solicita aos aprovados em concursos públicos a investigação de sua vida pregressa. Como é sabido, na referida fase, também chamada de investigação social, é

realizada pela Administração Pública com o objetivo de aferir a existência, ou não, de bons antecedentes por candidato em concurso público para provimento de cargos ou empregos público tem amparo no princípio constitucional da moralidade administrativa. A investigação social busca concluir se o candidato merece a confiança da sociedade e da Administração Pública, como possível futuro ocupante de cargo público (BESSIL, 2010, p. 74).

O candidato é obrigado a contar todos os fatos passados que enfrentou, principalmente se se envolveu em algum litígio penal e por este foi condenado, pois caso não observe esse item do edital, poderá vir a ser eliminado futuramente do certame. Ao impedir o ingresso do candidato aprovado no cargo, o próprio Estado está influenciando o ex-criminoso para que continue à margem da sociedade, visto que o governo impede que o indivíduo vivencie condições mais dignas de sobrevivência.

Daí surge a discussão da efetividade da aplicação da pena. Ela é imposta ao cidadão que cometeu algum crime, como forma de puni-lo e, então, possibilitar a sua reinserção na sociedade. Mas, não é o que vem acontecendo. Todos sabem do enorme abismo que existe entre um ex-condenado e a sociedade. Há um julgamento prévio por parte da moral e dos bons costumes que estão impregnados na vida em sociedade, as quais acabam por deixar à margem aqueles que não se adaptam as condutas consideradas permitidas para a vida em grupo. Aliás,

Cumpra destacar que a pena na sua previsão legal não deve exercer apenas uma função punitiva e repressiva, mas também restaurativa e ressocializadora, de modo que a garantia do direito ao esquecimento de fatos criminosos praticados por indivíduos que já cumpriram sua pena é também uma contribuição para a efetivação da função ressocializadora da pena (PIMENTEL; SILVA, 2014).

O ser humano erra e, por isso, torna-se fora do padrão. Não há mais espaço para ele seguir em frente. O processo de ressocialização é duro e árduo e, muitas vezes, acaba sendo ineficiente, fazendo com que muitos egressos do sistema penal voltem ao mundo do crime. Seria por falta de oportunidades? Pode ser um dos motivos. O grande embate é que os cidadãos que pertencem à sociedade não estão preparados para receber os emanados do sistema penal de volta, e os engessam em um rótulo eterno em virtude do crime cometido.

Deve-se levar em conta que, não raras vezes, o egresso do sistema carcerário não encontra atividade laboral em empresas privadas, devido ao rótulo que este carrega, e, por isso, recorre aos concursos públicos, já que este é um dos únicos caminhos de contratação por parte do Poder Público.

Ocorre que o Estado incentiva essa falta de reinserção, visto que continua segregando os candidatos em concursos públicos. Assim, a chance para um ex-condenado tomar posse em concurso público é ínfima. Na fase de investigação da vida pregressa esse é já excluído, pois não se encaixa no quesito de ter uma vida ilibada e de boa conduta. O modo desigual que os egressos do sistema penitenciário são tratados perante os certames públicos desrespeita totalmente o Princípio da Isonomia previsto em nossa Constituição Federal.

A imposição constitucional de acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público tem importante razão de ser: o princípio democrático exige participação popular no exercício das atividades estatais; o princípio da isonomia garante que todos devem ter igualdade de oportunidades e condições para ascender às posições públicas estáveis; e o princípio da eficiência impõe a escolha dos mais aptos para ocupar tais posições. (MOTTA, 2005, p. 8)

Conforme Bessil (2010), “deve-se dar uma chance aos ex-presidiários que querem se ressocializar buscando um emprego digno através de concursos públicos, porque a maioria dos detentos volta para o crime assim que ganha o alvará de soltura”. Ressalta-se que não se tratam de pessoas sem caráter e ímprobas, mas sim de ex-condenados que decidiram mudar o rumo da sua vida e optaram pelo

caminho do estudo e da futura obtenção de um cargo público, para então obterem a ressocialização perante a sociedade.

O que aqui se defende é que no mais das vezes, condutas socialmente reprováveis pretéritas não são suficientes para comprovar a inidoneidade moral do indivíduo. É claro que é inadmissível que o Estado venha adotar a prática de contratação de pessoas inescrupulosas, ímprobas e imorais. No entanto, uma conduta desviada não pode, por si só, impedir o ingresso na carreira pública, ou mesmo no setor privado. Deve ser reprimida tal situação, pois o Direito deve ser meio de pacificação social, garantindo o bem estar social e cada vez mais uma vida digna. E não servir como meio de segregação, sendo causa geradora da própria ação discriminatória (BESSIL, 2010, p. 74).

Ocorre que os tempos mudaram. Estamos vivenciando a sociedade da superinformação, a modernidade líquida de Bauman (2001) nos mostra isso, pois tudo é fluído, passageiro, leve e muito mais dinâmico na nossa sociedade. Então porque permitir que essa mácula impeça um egresso de sistema penal de seguir em frente, através dos cargos públicos em nossa sociedade? Já que a sociedade impregna um engessamento tão grande no ex-apanado, por que então o Estado não os incentiva a dar um passo à frente, através dos cargos públicos?

Nesse cenário, o direito não pode permanecer inerte. Se o egresso do sistema prisional cumpriu a sua pena, teve oportunidade de estudar e enfrentar um concurso público, obtendo a sua aprovação, não há razão para sua posse ser impedida. Este tem o direito de deixar pra trás o seu passado. Diante dessa realidade, quando chegar alguma demanda judicial nesse viés, o juiz precisa agir com equidade diante de cada caso concreto, a fim de não violar os princípios constitucionais já consagrados.

Neste tocante, o Estado precisa entender que não basta apenas proporcionar a punição ao condenado, mas sim incentivar a sua ressocialização. Isso porque se observa que essas pessoas já foram censuradas pelo Estado em razão do ato ilícito praticado. Assim, caso elas não tenham registrado mais nenhum ato ilícito que seja contrário ao exercício do cargo em que pretendiam assumir, não há mais nenhum motivo plausível para a sua exclusão do concurso público. Desse modo,

Se a pena foi cumprida e o candidato está quite com a sociedade, não deve nada a ela, e de cabeça erguida deve lutar pelos seus direitos, pois ele existem, mas às vezes têm que ser buscados no judiciário através de um mandado de segurança, que é o remédio constitucional para buscar um direito líquido e certo. [...]. Mesmo aqueles que já foram condenados

criminalmente por crimes de menos potencial ofensivo, mas estão reabilitados legalmente, têm o direito de se tornarem funcionários públicos, pois se o indivíduo conseguiu se regenerar ao ponto de conseguir ser aprovado nos tão concorridos concursos públicos, deve-se permitir sua posse no cargo almejado. O estágio probatório que é de três anos contados a partir da sua posse, é tempo suficiente para que o agente público prove se realmente tem idoneidade moral e aptidão para o cargo desempenhado (BESSIL, 2010, p. 76).

O governo deve incentivar uma reeducação eficiente para o ex-condenado, pois, muitas vezes, estes nem se arriscam a prestar um concurso público, porque sabem que mais pra frente poderão vir a serem eliminados na fase de investigação social, o que só irá causar dor e lembrar as feridas de seu passado.

A fase de investigação da vida pregressa nos concursos públicos e a consequente exclusão do candidato do certame em razão da reprovação na referida fase acabam por gerar ao ser humano uma condenação *ad infinitum*, vindo de encontro ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Visto que o indivíduo eternamente será lembrado pela mácula do seu registro criminal, vindo a ser desmotivado de investir seu tempo estudando para a carreira pública, pois não irá alcançar o fim almejado, ou seja, a aprovação e posterior nomeação no concurso público.

O direito ao esquecimento tenta solucionar este embate, pois ele silencia perante a sociedade os fatos passados cometidos pelo ser humano, só podendo rememora-los se este o permitir. Assim, durante o preenchimento da ficha de investigação da vida pregressa, o candidato poderá decidir não revelar aquele fato que lhe cause angústia, pois não deve existir nenhum pré-conceito na escolha do candidato. Isso porque,

O direito à socialização do preso e o direito ao esquecimento não são absolutos, portanto não configuram um óbice à liberdade de informação, mas são instrumentos limitadores dessa liberdade, de modo a garantir que a ordem jurídica possa ser um conjunto harmônico de direitos e valores coexistentes (PIMENTEL; SILVA, 2014, p. 18).

Com isso, ele deverá ser escolhido caso seja aprovado em todas as fases do certame, sem que algum crime anterior, cuja pena já tenha sido cumprida, importe na exclusão do candidato.

2.3 APLICAÇÃO PRÁTICA: CASO G.N.A.J

A aplicação prática do direito ao esquecimento surge como algo inovador visto que, caso fosse efetivamente aplicado, permitiria ao egresso do sistema penal tomar posse em um cargo público, se fosse aprovado no certame, tornando inviável a sua exclusão na fase de investigação da vida pregressa.

Recentemente fora noticiado no Distrito Federal um caso onde seria possível a aplicação do direito ao esquecimento, em relação aos concursos públicos, a fim de ressocializar e reintegrar à sociedade um egresso do sistema penal.

Ao que tudo indica, na madrugada de sábado de 19 de abril de 1997, cinco jovens estavam voltando de uma festa e percorriam de carro as ruas de Brasília, quando avistaram um homem deitado em um banco do ponto de ônibus da Asa Sul, e decidiram realizar uma “brincadeira” com ele. Assim, compraram álcool para dar um susto no suposto mendigo, sem saber que se tratava do índio pataxó Gaudino Jesus dos Santos, o qual estava na cidade para palestras de comemorações sobre o dia do índio.

Um dos jovens jogou álcool no índio e os outros foram responsáveis por atear o fogo. Em instantes a proporção do fogo tomou conta, tendo a vítima se acordado desesperado e em chamas. Os cinco jovens assustados com o ocorrido fugiram imediatamente do local, sem perceber que uma pessoa havia anotado a placa de seu carro. Gaudino teve 95% (noventa e cinco por cento) do corpo queimado e não resistiu aos ferimentos.

Explorado o caso, chama-se a atenção para um dos responsáveis pelo crime. G.N.A.J., que na época possuía 17 anos, fora condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, em virtude da prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio. Ressalta-se que a execução da medida socioeducativa foi concluída em 28 de setembro de 1998. Assim, o menor cumpriu a sua sanção e pagou a sua dívida com o Poder Judiciário, não tendo cometido nenhum outro delito posteriormente.

Ocorre que, tendo se passado 12 anos do cumprimento de sua medida socioeducativa, G.N.A.J decidiu prestar concursos públicos. Assim, em agosto de 2013, ele realizou a prova para se tornar agente da Polícia Civil do Distrito Federal, tendo disputado uma das 300 vagas disponíveis contra 28 mil candidatos inscritos.

Através da sua dedicação, G.N.A.J. obteve êxito em todas as fases do concurso, tendo inclusive realizado exames médicos e psicológicos, obtendo sua aprovação.

Porém, em 2014, G.N.A.J. fora reprovado na fase de investigação da vida pregressa, ocasião em que se analisa a vida passada e a investigação social do candidato. O jovem relatou que

segundo a Comissão de Sindicância de Vida Pgressa e Investigação Social da Polícia Civil do Distrito Federal, não apresenta conduta compatível com o cargo de agente de Polícia Civil, porque foi condenado, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, por causa da prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio, cometido em 20/4/1997, cuja execução foi concluída em 28/9/1998 (BRASIL, 2015).

Posteriormente à referida decisão, G.N.A.J. interpôs recurso administrativo a fim de impugnar a sua exclusão, mas não obteve êxito. Com isso, o seu nome não constou no resultado final da sindicância de vida pregressa e social, que fora publicada no Edital n. 15 – PCDF (Polícia Civil do Distrito Federal) – Agente, publicado em 24 de abril de 2014.

A referida exclusão impedia que G.N.A.J. participasse das etapas seguintes do concurso, tais como a prova de títulos e o curso de formação.

Inconformado com a referida decisão, G.N.A.J. decidiu então impetrar um mandado de segurança contra o Distrito Federal. Em 05 de maio de 2014, G.N.A.J. teve uma decisão liminar deferida em seu favor para que continuasse participando das próximas etapas do concurso público para o cargo de Agente da Polícia Civil.

O candidato ao concurso afirmou que a sua exclusão era nula, em razão de que, na época do assassinato do índio Galdino, era menor de idade, tendo cumprido a medida socioeducativa. Por esta razão, sua ficha criminal era limpa, pois o ato infracional não implica em registros criminais.

Desse modo, o Juiz da 5ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal proferiu a sua decisão em sede de liminar, ocasião em que registrou que

atos infracionais, nomenclatura dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente às condutas análogas a crime praticadas pelo inimputável adolescente, não são crimes e com eles não se confundem. Dada a inimputabilidade daquele que, ao tempo do ato, não atingira a maioridade penal (18 anos), o Estatuto menorista, em atenção ao princípio da proteção integral, buscou formas para ressocializar o adolescente infrator. Para isso, foram previstas medidas socioeducativas aplicáveis, isolada ou cumulativamente, a considerar suas necessidades pedagógicas [...] sendo

certo que seu cumprimento não tem o condão de gerar maus antecedentes (IMPrensa TJDF, 2014).

Em razão disso, o Magistrado ainda reafirmou que o candidato não havia cometido nenhuma outra prática infracional após o incidente, bem como registrou que o subitem 13.12 do Edital n. 15 – Polícia Civil do Distrito Federal, o qual dispunha sobre os “atos que maculam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável que o candidato deve ostentar”, motivo pelo qual G.N.A.J. havia sido reprovado, não inclui a prática de ato infracional.

Desse modo, a liminar foi concedida pelo juiz a fim de que G.N.A.J. continuasse participando das fases seguintes do concurso. Tal decisão não garantia o direito à nomeação para a função, o que só seria decidido com o julgamento definitivo do mérito.

Ocorre que, com o andamento processual, sobreveio o julgamento definitivo do mérito, derrubando a decisão liminar e tornando definitiva a exclusão do candidato do referido concurso devido à

sua não-recomendação na fase da Sindicância de Vida Progressa e Investigação Social "em razão de restar demonstrado que já fora indiciado em Procedimento de Apuração de Ato Infracional pela prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio" (BRASIL, 2015).

Desse modo, o Juiz da 5ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal denegou a segurança, julgando improcedente o pedido formulado por G.N.A.J. contra o ato praticado pelo Presidente da Comissão de Sindicância de Vida Progressa e Investigação Social da Polícia Civil do Distrito Federal.

A referida exclusão fora decidida pela Comissão de Sindicância da Vida Progressa e Investigação Social, com base no edital que rege o concurso, o qual dispõe que

**ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL
CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS E FORMAÇÃO
DE CADASTRO DE RESERVA NO CARGO DE AGENTE DE POLÍCIA
EDITAL Nº 1 - PCDF/AGENTE, DE 1º DE AGOSTO DE 2013**

[...].

13 DA SINDICÂNCIA DE VIDA PROGRESSA E INVESTIGAÇÃO SOCIAL
13.1 A Sindicância de Vida Progressa e Investigação Social, de caráter eliminatório, é para fins de avaliação de sua conduta progressa e idoneidade moral, requisito indispensável para aprovação, na qual o candidato será considerado recomendado ou não recomendado.

[...].

13.3 O procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável serão apurados por meio de investigação no âmbito social, administrativo, civil e criminal do candidato inscrito para o cargo de Agente de Polícia da carreira Policial Civil do Distrito Federal.

13.4 A investigação terá início por ocasião da inscrição do candidato e terminará com o ato de sua eliminação ou nomeação para o cargo de Agente de Polícia da Carreira Policial Civil do Distrito Federal.

[...].

13.13 Sem prejuízo das sanções penais cabíveis, será eliminado do concurso o candidato que:

[...].

g) tiver dado causa ou participado de fato desabonador de sua conduta, incompatibilizando-o com o cargo de Agente de Polícia da carreira de Polícia Civil do Distrito Federal.

[...].

13.16 Será eliminado do concurso, em qualquer uma das fases, o candidato que na sindicância de vida pregressa e investigação social, for considerado não recomendado (grifo nosso) – (BRASIL, 2013).

Apesar disso, G.N.A.J. prosseguiu na via recursal, ocasião em que decidiu apelar da referida decisão, sustentando

a nulidade da exclusão do concurso, porquanto a não recomendação para o cargo de agente de polícia foi baseada, exclusivamente, no ato infracional por ele cometido quando adolescente. Argumenta que, da medida de liberdade assistida, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, não decorre qualquer pena acessória. Defende, ainda, que, depois de decorridos mais de dezessete (17) anos da prática do ato infracional e de quinze (15) anos do cumprimento da medida de liberdade assistida, a sua exclusão do concurso é inconstitucional e ilegal, por ofensa ao art. 5º, incisos XLVI e XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal; art. 202, da Lei n.º 7.210/1984; art. 748, do CPC e art. 93, do CP. Pede, ao final, o provimento do recurso para anular o ato de exclusão do concurso público por não ter sido recomendado em sindicância prevista no item 13 do Edital (BRASIL, 2015).

Assim, o impetrante do mandado de segurança, G.N.A.J., ainda asseverou que “já pagou pelo fato que praticou, não sendo lícito continuar a ser punido *ad eternum*, o que resultaria, na prática, na imposição de uma pena perpétua, vedada no ordenamento constitucional brasileiro” (BRASIL, 2015).

Porém, o relator da decisão, Arnaldo Camanho, defendeu o prestígio da moralidade administrativa sustentando que o ato da não recomendação é fundamentado pela Constituição Federal. O desembargador rememorou o inciso V, do artigo 9º, da Lei n. 4.878, de 1965, o qual dispõe que seria um requisito para a matrícula na Academia Nacional de Polícia ter um procedimento irrepreensível e uma idoneidade moral inatacável, as quais poderiam ser avaliadas conforme as

normas pela Direção Geral do Departamento de Polícia Federal (BRASIL, 1965). Desse modo, o desembargador Camanho (BRASIL, 2015) destacou que

a carreira policial tem natureza "peculiar", adjetivo, aliás, utilizado na própria ementa da lei, que "dispõe sobre o regime jurídico *peculiar* dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal". A própria adjetivação legal, bem como os requisitos específicos para ingresso na Polícia Civil, autorizam a conclusão no sentido de que, aqui, a análise da vida pregressa do candidato é requisito editalício que se reveste de especial significado, na medida em que existe uma moral da instituição, pública e apreensível a partir das regras internas da administração peculiar da carreira policial, que deve ser preservada.

Somado a isso, o edital do referido concurso previa a possibilidade de exclusão do certame através da fase de investigação da vida pregressa, sendo que o candidato conhecia tal possibilidade, e submeteu-se a ela.

Desse modo, a 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios decidiu por negar provimento ao recurso, por maioria dos votos.

No caso em tela, é possível notar claramente a interferência do Estado na tentativa de ressocialização de G.N.A.J., o qual estava tentando se reinserir na sociedade, através da estabilidade de um cargo público, mas que teve os seus direitos fundamentais lesionados pela interferência estatal.

O candidato se submeteu a uma rotina intensa de estudos, onde culminou na sua aprovação de um concurso de nível elevado, qual seja de agente da Polícia Civil do Distrito Federal, vindo a comprovar a sua reabilitação perante a sociedade. Porém, o mesmo Estado que lhe puniu e incentivou a sua ressocialização agora lhe discrimina e o impede de recomeçar a sua vida, ao permitir a sua eliminação na fase de investigação da vida pregressa.

Esse dilema é vivido por diversos egressos do sistema penal, que após cumprirem a sua pena se deparam com a falta de oportunidades para recomeçar. Dentro do sistema privado há um enorme estigma sobre a contratação de um ex-condenado, ainda mais quando este possuiu em seus registros criminais a passagem pelo presídio. Há empresas que solicitam, além do *curriculum vitae*, uma certidão negativa de antecedentes criminais para poderem contratar seus empregados. Porém, se no meio privado as portas se fecham para os egressos do sistema penal, então caberia ao Poder Público providenciar a oportunidade a essas pessoas. Mas não é o que acontece no dia-a-dia visto que a maioria é reprovada na fase de investigação da vida pregressa.

Nesse caminho, merece destaque o voto do desembargador Oliveira, o qual embora vencido levantou importantes questões para debate. O referido desembargador salienta que a existência da fase de investigação da vida pregressa e investigação social no edital do concurso para a Polícia Civil do Distrito Federal é determinada pelo art. 9º da Lei n. 4878, de 1965, o qual exige do candidato a conduta irrepreensível e a idoneidade moral.

Porém, Oliveira destaca que o requisito editalício previsto no item 13.2, alínea “g” do edital (MELO, 2013), o qual incompatibiliza a posse do candidato ao cargo de Agente de Polícia Civil do Distrito Federal, é altamente genérico. A prescrição editalícia aduz que

13.12 Os fatos listados a seguir maculam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável que o candidato deve ostentar:
[...]
g) tiver dado causa ou participado de fato desabonador de sua conduta, incompatibilizando-o com o cargo de Agente de Polícia da carreira de Polícia Civil do Distrito Federal.

Ocorre que a generalidade do edital gera uma incerteza geral, visto que não detém clareza em seu enunciado. Isso porque prescreve um padrão de legalidade que não é objetivo, vindo de encontro com a impessoalidade que o certame deve ostentar. O desembargador Oliveira vai mais além, ao afirmar que

Aliás, a se aplicar de forma indiscriminada norma editalícia com esse patamar de abstração, nenhuma outra regra de exclusão seria necessária para a avaliação de vida pregressa e investigação social. Bastaria simplesmente constar do edital que qualquer *fato desabonador* basta à eliminação do candidato.

Exatamente por isso, é indispensável que o preceito do edital em que se apoiou a Comissão para excluir o Apelante seja interpretado sistematicamente de modo a não se apartar dos princípios da legalidade e da proporcionalidade (BRASIL, 2015).

O citado desembargador não se opõe à fase de investigação da vida pregressa, mas desde que haja uma delimitação temporal para que a mesma ocorra. Ou seja, a vida do candidato não precisa ser investigada sem nenhum parâmetro indefinidamente, mas sim em um período determinado, tais como nos últimos cinco anos, um lapso temporal pequeno, a fim de possibilitar ao egresso do sistema penal que ele reorganize a sua vida, sem ser punido eternamente pelos seus erros que já

foram pagos perante a sociedade através do cumprimento da sua pena. Nas palavras do excelentíssimo desembargador,

Esse balizamento temporal, ao mesmo tempo que guarda coerência com o pressuposto lógico de que a vida do candidato não pode ser esquadrihada ilimitadamente, de maneira a desvendar fatos e acontecimentos remotos, sinaliza que a investigação social não pode ser feita ao arrepio de qualquer fronteira cronológica, sob pena de se transformar numa espécie de tribunal da vida do candidato. Não se trata de restringir a relevante etapa de *Sindicância de Vida Progressa* à pesquisa de condenações criminais nos últimos cinco anos, mesmo porque a investigação social tem um alcance social e histórico muito mais amplo, mas de reconhecer que a contemporaneidade é elemento indissociável dessa espécie de avaliação subjetiva (BRASIL, 2015).

Como se pode notar, Oliveira defende o reconhecimento da importância da contemporaneidade da informação para a investigação da vida progressa. Merece respaldo esse reconhecimento em virtude da sociedade líquida em que vivemos, onde a efemeridade tomou espaço. Em razão disso, deve-se atentar para as necessidades dos indivíduos a fim de lhes oferecer uma melhor qualidade de vida e não os impedir de recomeçar novamente, como o Estado tem feito ao discriminar os egressos do sistema penal, não lhes permitindo a posse em concursos públicos.

Por fim, o desembargador Oliveira ainda assevera que

[...] é preciso que a investigação social atenda a algum tipo de contingenciamento temporal, pois do contrário não atenderia à sua finalidade verificar a idoneidade moral necessária para a investidura no cargo público -, se divorciaria do princípio da razoabilidade e se desvirtuaria em palco de dissecação histórica de toda a vida do candidato. Em verdade, se todo e qualquer fato desabonador, tomando-se como tal aquele capaz de suscitar desconfiança, repúdio ou descrédito quanto ao comportamento social, fosse levado em conta no exame de vida progressa sem a lente da contemporaneidade, dificilmente algum candidato seriam declarado apto ao cargo de agente de polícia (BRASIL, 2015).

Destaca-se o embate entre os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade frente à análise da investigação da vida progressa, visto que a vida do candidato não pode ser investigada desarrazoadamente pela Comissão de Investigação. Isso porque a referida fase pode vir a causar desconforto e angústia no candidato, por essa razão tem-se a necessidade dessa análise ser feita dentro de uma delimitação temporal.

Quanto à proporcionalidade nesses casos, o Poder Judiciário ao se deparar com o exercício do direito de informação e o alcance possível do exercício desse

direito na vida do candidato do certame, ele deve observar a forma pela qual é realizada essa consulta de informações, para que não ocorra a violação do direito de ser esquecido do candidato, bem como de sua dignidade.

Isso porque, para avaliar se os meios usados pelos concursos públicos nesta fase do certame são proporcionais e adequados, é preciso verificar o lapso temporal em que essa consulta ocorre, visto que um dos requisitos para que o direito ao esquecimento seja aplicável é a ausência de contemporaneidade da informação.

O grande problema é verificar se a fase de investigação da vida pregressa, do modo que está sendo executada, sem nenhuma lei que a regule, é proporcional e adequada, bem como compatível com os valores constitucionais, eis o embate.

Desse modo, há de se considerar que a fase de investigação de vida pregressa, se realizada dentro de uma determinada delimitação temporal, torna-se um meio proporcional e adequado. Isso porque é através dela que o Poder Público exerce a análise quanto à idoneidade moral do candidato para conceder-lhe parcela da confiança estatal durante o exercício do cargo público. Tendo ciência disso, cabe ao Poder Judiciário assegurar que essa delimitação temporal seja efetivada quando da execução da investigação, não sendo permitido que o Poder Público explore um período excedente ao lapso temporal determinado, para que não sejam causados constrangimentos injustificados ao egresso do sistema penal.

Neste objetivo, Ávila (2005) propõe a aplicação do postulado da proporcionalidade ao caso em tela de modo a estruturar a concretização das normas constitucionais. Tal postulado “exige que as medidas adotadas pelo Poder Público sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.” (ÁVILA, 2005, p. 91). Tratam-se dos três exames inerentes à proporcionalidade, tal postulado

se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2005, p. 112-113).

A seguir, uma forma de aplicar a proporcionalidade ao caso concreto. O Poder Público poderia estabelecer uma delimitação temporal para que a fase de investigação da vida pregressa fosse realizada, a fim de proteger os egressos do

sistema penal de sofrerem alguma discriminação perante a sociedade. Conforme Ávila (2005, p. 99), a medida precisa servir de meio adequado para promover o fim visado. No caso em tela, o fim visado é a aprovação do indivíduo que possui condenações criminais em seus registros na fase de investigação da vida pregressa, o que diante da comissão do certame seria inviável.

Desse modo, o meio adequado seria a aplicação do direito ao esquecimento, de modo a impedir que fatos passados sejam lembrados sem que haja nenhuma delimitação temporal para tal investigação. Ao adotar essa medida, conseqüentemente ocorre a limitação ao direito de informação do Estado, o qual terá restringido o seu direito de ser informado sobre o passado do candidato que disputa o cargo público.

Ávila dispõe que em razão de a situação envolver uma relação de causalidade entre um meio e um fim concreto, seria possível aplicar o postulado da proporcionalidade, pois “procedendo-se ao exame da adequação, pode-se concluir que os efeitos da medida adotada contribuem para a gradual realização do fim” (2005, p. 99). Ou seja, aplicar o direito ao esquecimento à referida fase evita que os ex-condenados venham a sofrer alguma discriminação no processo seletivo.

Quanto à necessidade, nota-se que não outro meio disponível que viabilize a concretização do direito de ser esquecido, bem como do Princípio da Ressocialização do Apenado. Ainda, o inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal dispõe que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]. IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Denota-se que não há outro meio alternativo que inviabilize a ocorrência de discriminações aos egressos do sistema penitenciário na fase de sindicância da vida pregressa prevista nos certames públicos. A aplicação do direito ao esquecimento seria o meio mais adequado, de modo a evitar a violação de direitos fundamentais, tornando-a mínima, caso ocorra.

Por fim, ao contrapor e mensurar as vantagens e desvantagens da adoção da presente medida, verifica-se que as vantagens são bem maiores que as possíveis desvantagens. Isso porque o emprego público proporcionará ao egresso do sistema penal a possibilidade de concretizar sua ressocialização perante a sociedade. No caso em análise, auferir-se que a única desvantagem em questão seria uma possível mácula pairar sobre a imagem da Administração Pública, o que

não irá ocorrer, a menos que o ex-condenado cometa novamente alguma conduta ilícita. Desse modo, chega-se à conclusão de que o grau de restrição ao direito de ser informado do Estado é mínimo, pois ele terá acesso às informações do candidato, porém esse acesso será permitido dentro de uma delimitação temporal.

Com isso, a medida é considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Desse modo, a ponderação de valores demonstra que a defesa da moral da instituição pública não pode impedir que seja possibilitado ao egresso do sistema penal tomar posse em um cargo público. Isso porque as instituições públicas não irão à ruína por permitir que um ex-condenado, selecionado e aprovado no certame, assuma uma função pública. A instituição não será menos eficiente por conter no corpo de seus funcionários uma pessoa que possui uma mácula penal, mas que foi ressocializada e deixou de cometer crimes.

Dito isso, denota-se que o meio utilizado (aplicação do direito ao esquecimento à fase de investigação da vida pregressa), o fim buscado (Princípio da Ressocialização do Apenado através dos concursos públicos) e o princípio colateralmente restringido (Princípio da Moralidade Administrativa) permitem que o postulado da proporcionalidade seja aplicado ao caso.

Além do mais, o certame público é meritório. O candidato se dedica aos estudos, abre mão de parcela de seu tempo, a fim de se preparar para todas as fases do concurso público. Logo, não há espaço para que se faça uma análise de valor em relação ao passado do candidato. Caso isso ocorra, estaremos diante de uma violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse cerne, nota-se a possível aplicabilidade do direito ao esquecimento como um direito subjetivo do candidato. É sabido que o candidato quando se submete ao concurso, ele sabe que terá de passar pela fase de investigação da vida pregressa, porém, existem fatos que o candidato não deseja rememorar e o seu direito precisa ser preservado e respeitado. Não é razoável que o direito ao esquecimento, o qual é um dos desdobramentos dos direitos da personalidade, venha a ser violado sem nenhum fundamento.

Há momentos da vida que o ser humano precisa deixar para trás o que fez de errado para poder seguir em frente. É o que ocorre com os egressos do sistema penal que após cumprirem as suas penas precisam recomeçar. O ser humano não é imutável e essa oportunidade precisa ser dada a ele, sem qualquer discriminação por algum ato cometido no passado.

É praticamente inviável impor ao candidato que não haja nenhuma conduta desabonadora em toda a sua existência. O caso em tela é um exemplo. G.N.A.J. incorreu em um erro na sua juventude, ocasião em que o mesmo nem imaginava que iria prestar concursos públicos no futuro. Ele não deve ser penalizado eternamente, nem ter seu direito de esquecer violado.

CONCLUSÃO

A sociedade está sempre mudando, com isso o direito deve se adaptar a essas mudanças a fim de tutelar e proteger os bens jurídicos das possíveis violações que este venha a sofrer. Nesse meio, foi reconhecido o direito ao esquecimento, o qual objetiva tutelar o direito que o cidadão possui de deixar para trás situações de sua vida que lhe cause constrangimentos. Dessa maneira, caso não haja interesse público na informação, o cidadão não pode ser obrigado a rememorar aquele fato, pois esse objeto jurídico está tutelado pelo direito de ser esquecido.

Esse direito tão incipiente e pouco debatido no cenário brasileiro refere-se a um desdobramento do direito da personalidade, tais como o direito à honra, à vida privada e à intimidade. O direito de ser esquecido tornou-se uma urgência social em razão da sociedade hiperinformada que vivemos, onde as pessoas obtêm informações sobre um terceiro facilmente, podendo divulgá-las sem qualquer restrição.

Nessa temática, problemática se torna a fase de investigação da vida pregressa previstas nos certames públicos, visto que ela dá embasamento para que ocorra uma busca desenfreada pelo passado do candidato, de modo a procurar fatos desabonatórios que o contraindiquem ao cargo público.

O grande debate ocorre na execução desta fase, a qual é alvo de inúmeras ações judiciais. Isso porque não há nenhuma lei que regulamente os procedimentos de sua execução. Ou seja, não há requisitos objetivos para que a investigação aconteça. Desse modo, a análise de sindicância da vida pregressa é executada de forma discricionária e inquisitorial, sem que o candidato possa intervir no seu processo.

Nesta fase, o candidato recebe uma ficha onde deve informar se possui algum antecedente criminal, bem como outras informações relevantes sobre a sua vida. Porém, a investigação não se limita à análise dos antecedentes criminais, vai muito além, pois inclui a conduta moral e social do candidato perante a sociedade. Ou seja, o cidadão deve comprovar a sua idoneidade moral perante a Comissão de Sindicância da Vida Pgressa a fim de estar habilitado para tomar posse no cargo público.

Ocorre que essa análise subjetiva da vida pregressa do concorrente gera um engessamento do perfil ideal que um candidato deve possuir para ser aprovado no concurso público, o que acaba por gerar uma estigmatização nos demais candidatos que não se encaixam no referido perfil. Um exemplo disso são os egressos do sistema penal, os quais possuem máculas em suas fichas criminais que os impedem de avançar no certame diante da fase de investigação da vida pregressa.

Tal questão vai de encontro com o Princípio da Ressocialização do Apenado visto que o Estado ao mesmo tempo em que procura reinseri-lo na sociedade, permite a existência da fase da investigação da vida pregressa nos concursos de uma forma totalmente discricionária, sem nenhuma lei que a regulamente.

A problemática não se encontra na existência da referida etapa, mas sim no modo como ela é executada. Para não ir de encontro com o Princípio da Ressocialização do Apenado, deveria haver um lapso temporal para que a análise fosse realizada, de modo a verificar se efetivamente o ex-condenado alcançou a ressocialização. Não se trata de excluí-la dos certames públicos, mas sim de regulamentá-la para que haja requisitos objetivos para sua execução de modo que não ocorra violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Reconhece-se a responsabilidade que o cargo público exige, visto que se trata de um cidadão que receberá parcela da confiança estatal, e assim agirá em nome do Estado.

Tendo ciência desses limites para a concretização da referida fase, seria possível a aplicação do direito ao esquecimento visto que o egresso do sistema penal poderia deixar pra trás parcela de seu passado, sem precisar rememorar-lo. Desse modo, caso houvesse a delimitação temporal, o cidadão precisaria rememorar um pequeno lapso temporal, apenas para comprovar que efetivamente ocorreu a sua ressocialização.

Desse modo, por exemplo, caso o indivíduo não tenha nenhuma sentença penal condenatória nos últimos cinco anos, ele estará apto a tomar posse em um cargo público, visto que com a aplicabilidade do direito ao esquecimento, apenas um pequeno lapso temporal será investigado. Através da efetividade desse direito, os fatos ocorridos antes da delimitação prevista já não são mais passíveis de serem rememorados, exceto se haja interesse público na informação.

Dessa maneira, torna-se viável a concretização do Princípio da Ressocialização do Apenado, sem que haja violações ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois o Poder Público não irá mais segregar e estigmatizar os

egressos do sistema penitenciário *ad eternum*. Verifica-se que a aplicação do Direito ao Esquecimento à fase de investigação da vida pregressa é um dos caminhos mais efetivos para evitar a violação dos direitos fundamentais do cidadão, o qual não pode ser penalizado por toda a sua vida por um erro que cometeu no seu passado, e que após ter cumprido a sua pena perante a sociedade, possui o direito de seguir em frente.

REFERÊNCIAS

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

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 138 p.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. 454 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 192 p. Tradução: Plínio Dentzien.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. 85 p.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BESSIL, Frederico Haupt. **O requisito da idoneidade moral analisado na investigação da vida pregressa de candidatos que concorrem a cargos públicos**. 2010. 95 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

BORGES, Bruna H.. **O direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram suas penas**. 2014. Disponível em: <<http://brunahernandezborges.jusbrasil.com.br/artigos/191263823/o-direito-ao-esquecimento-dos-condenados-que-cumpriram-suas-penas>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil**. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Publicado por Conselho da Justiça Federal, extraído do site Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.878**, de 03 de dezembro de 1965. Brasília: Senado Federal. Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4878.htm>. Acesso em : 27 nov. 2016

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em : 27 nov. 2016

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado Nº 74**, DE 2010. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=74640&tp=1>>. Acesso em: 27 nov. 2016

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6004**, de 2013. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A1AC13DDD3813E8EEB85389E88162E76.proposicoesWebExterno1?codteor=1111173&filename=PL+6004/2013>. Acesso em: 27 nov. 2016

BRASIL. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em 27 nov. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Relator: Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** Nº 119.200 - PR. Relator: Min. Rel. Dias Tóffoli. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984069/habeas-corpus-hc-119200-pr-stf/inteiro-teor-114072787>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança** Nº 33.183- RO (2010/0208024-3). Relator: Min. Rel. Sérgio Kukina. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24678766/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-33183-ro-2010-0208024-3-stj/inteiro-teor-24678767>>. Acesso em: 27 nov. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** Nº 1.335.153- RJ (2011/0057428-0). Relator: Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Inteiro teor do acórdão

disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação em Mandado de Segurança nº 882980 – DF**. Relator: Min. Rel. Arnaldo Camanho.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: < <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012. Tradução de: Roneide Venâncio Majer.

COIMBRA, Janaina de Almeida. **Limitação temporal dos maus antecedentes e o direito ao esquecimento**. 2016. 176 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2016.

COMERLATO, Marília Bachi. A efetividade do direito ao esquecimento. In: Congresso brasileiro da sociedade da informação regulação da mídia na sociedade da informação, 2014, São Paulo. **Anal**. São Paulo: Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação, 2014. v. 7, p. 111 - 120.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Notas sobre a Execução Penal. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p.230-266, jan. 2010.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 3.669**, de 13 de setembro de 2005. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/ice4/legislacao/lei_ord_3669_05.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. 124 p. Tradução de Mathias Lambert.

IMPrensa TJDF. **Liminar permite que candidato que cometeu ato infracional siga participando de concurso público**. 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/maio/liminar-permite-que-candidato-que-cometeu-ato-infracional-siga-participando-de-concurso-para-a-pcdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1095 p.

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

MELO, Sandra Gomes. **Edital nº 1 – PCDF/agente**. 2013. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/PC_DF_13_AGENTE/arquivos/ED_1_2013_PC_DF_AGENTE_13_ABT.PDF>. Acesso em: 27 nov. 2016

MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital**. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8035/concursos-publicos-e-o-principio-da-vinculacao-ao-edital>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

PIMENTEL, Lídia Valeska; SILVA, Romana Alves da. O direito ao esquecimento e a função ressocializadora da pena. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 14, n. 8, p.11-20, out. 2014. Semestral.

ROSENVALD, Nelson. **Do direito ao esquecimento ao direito a ser esquecido**. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/11/16/Do-direito-ao-esquecimento-ao-direito-a-ser-esquecido>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

SANTANA, Everaldo Ferreira; CRUZ, Aline Ribeiro da. O direito ao esquecimento: Os reflexos da mídia no processo de ressocialização. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, n. 24, p.295-314, jan. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Raphael Alves. **O direito ao esquecimento dos condenados, após o cumprimento de suas penas**. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4135>. Acesso em: 27 nov. 2016.

SANTOS NETO, Antonio Tavares dos. **Direito ao esquecimento dos maus antecedentes penais**. 2014. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13731>. Acesso em: 27 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012ab.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais: tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. 2015ab. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais: Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. 2015ab. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e tradução: Leonardo Martins e outros. Uruguai: Ed. Konrad-Adenauer-STIPTUNG E.V., 2005.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. **Registro criminal**: Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantismo. 2009. 41 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Processual, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo, 2009.

SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 16, n. 16, p.51-68, maio 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Penais.

SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora. **Informação e Direitos Fundamentais**: A eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57-74.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal I, Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 615 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 — Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 381 p.