

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-318-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, acirradas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal De Souza

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO LIBERDADE POLÍTICA INSTRUMENTAL

FREEDOM OF EXPRESSION AS INSTRUMENTAL POLITICAL FREEDOM

Daniela Nicolai de Oliveira Lima ¹
Denise S. S. Garcia ²

Resumo

O objetivo do artigo é estudar a liberdade de expressão, como direito fundamental, mas que sofre limitações, quando confrontado com os direitos à intimidade, à vida privada e à honra. Foram colacionados exemplos: de juízes e promotores, que são desaconselhados a exprimirem suas opiniões em redes sociais; das fakenews e da teoria do direito ao esquecimento. O direito à verdade corresponde ao direito de comunicar-se, de ser informado e no combate à negação de fatos históricos, instaurando-se comissões da verdade, sempre que houver graves violações de direitos humanos. O método é indutivo, por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos políticos, Liberdade de expressão, Fakenews, Direito ao esquecimento, Direito à verdade

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the article is to study freedom of expression, as a fundamental right, but one that suffers limitations, when confronted with the rights to privacy, privacy and honor. Examples were collected: of judges and prosecutors, who are discouraged from expressing their opinions on social networks; of the fakenews and the theory of the right to be forgotten. The right to the truth corresponds to the right to communicate, to be informed and to combat the denial of historical facts, establishing truth commissions whenever there are serious violations of human rights. The method is inductive, through bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Political rights, Freedom of speech, Fakenews, Right to be forgotten, Right to the truth

¹ Mestranda da Univali-SC. Promotora de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera-Uniderp/SP. E-mail: nicolai.mpro@gmail.com

² Doutora pela Universidade de Alicante/ES. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado da UNIVALI. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é direito fundamental da pessoa humana, assim reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e por diversas cartas constitucionais ao redor do mundo. O problema central suscitado, que é o objetivo geral do presente artigo, é saber quais as suas nuances e os limites a que esse direito se encontra sujeito, uma vez que confrontando com outros direitos constitucionais, como a intimidade, a honra e a vida privada.

Como objetivos específicos, colacionou-se o conceito de liberdade de expressão, como liberdade política instrumental, adentrou-se no caso de agentes políticos, que são desaconselhados a exprimirem publicamente suas opiniões, em redes sociais e das *fakenews*, que abusam e deturpam o direito à liberdade de opinião, resvalando para os crimes contra a honra, de calúnia, difamação e injúria.

Ainda como objetivos específicos, colacionou-se a teoria do direito ao esquecimento, que busca limitar o direito à liberdade de expressão, pela desindexação da notícia, nas ferramentas de busca da Internet. A teoria do direito à verdade, por sua vez, se consubstancia nas comissões da verdade, para apuração de graves violações de direitos humanos, por regimes totalitários. Por fim, afirmou-se que a negação de fatos históricos, também pode configurar abuso do direito à liberdade de expressão.

A relevância do presente trabalho se evidencia pela necessidade de discutir a liberdade de expressão, tão em voga atualmente, graças à difusão de opiniões, notícias e informações, pelas redes sociais, através da Internet, que é o principal instrumento da sociedade da comunicação, com duas facetas: ao mesmo tempo em que favorece o debate democrático, através do fácil acesso do cidadão às informações e do maior impulsionamento de suas opiniões pessoais, também dá visibilidade às *fakenews* e aos discursos de ódio.

A metodologia utilizada para este estudo foi de natureza indutiva, utilizando-se de fonte secundária, a partir de pesquisa bibliográfica qualitativa, pela via eletrônica, através da revisão de artigos científicos publicados sobre o tema abordado.

1. AS LIBERDADES POLÍTICAS INSTRUMENTAIS

Segundo Amartya Sen, as liberdades políticas são formas de uma liberdade instrumental global, mais ampla. Dizem respeito aos direitos civis e possibilitam o pleno desenvolvimento humano. São as oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluir a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, de ter liberdade de opinião política e uma imprensa sem censura. Englobam, ainda, a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos, os integrantes dos poderes Executivo e Legislativo, através de eleições livres e periódicas, mediante o sufrágio universal, que se traduz no voto popular. Incluem os direitos políticos associados às democracias, no sentido mais abrangente, englobando as possibilidades de diálogo político, dissensão e crítica, bem como, o direito de votar e contribuir para a seleção participativa de legisladores e executivos (SEN, 2010, p. 58-59).

A liberdade de expressão é uma dessas formas de liberdade política instrumental, assim como a capacidade eleitoral (ativa e passiva), que corresponde ao direito de votar e ser votado, sendo que essas liberdades são essenciais para a consecução de uma Democracia.

O reconhecimento da liberdade de expressão como direito individual teve seu início no Parlamento Inglês, através da Declaração de Direitos de 1689, conhecida como *Bill of Rights*. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consagrou-a como direito humano, em seu artigo 19: “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o principal documento que serve de referência mundial ao exercício da cidadania, constituindo-se em ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações (COSTA JÚNIOR, 2018, p. 334).

No Brasil, a liberdade de expressão foi consagrada como direito fundamental, ao ser incluída no rol dos direitos individuais, no art. 5º, IV¹, VI² e IX³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2008, p. 15-16).

Norberto Bobbio define Democracia como as “regras do jogo”, que devem ser respeitadas por todos, ou seja, o conjunto de regras de procedimento, para a formação de decisões coletivas, em que é facilitada a participação popular, através do livre debate, para a

1 IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

2 VI - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais e suas liturgias.

3 IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

formação de uma maioria. É preciso que aqueles que sejam chamados a eleger os que deverão governar, sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condições de poder escolher entre uma e uma alternativa. Para isso, devem ser garantidos os direitos de liberdade de opinião e de expressão, de reunião, de associação, que são direitos invioláveis do indivíduo, caracterizando-se como liberdades fundamentais (BOBBIO, 2.000, p. 79-80).

Um sistema democrático tem como base o princípio fundamental da liberdade de opinião e expressão, o qual deve ser interpretado como verdadeira pré-condição para o funcionamento das “regras do jogo democrático” (BOBBIO, p. 64).

Além do mais, a Democracia é também “o governo do poder público, em público”, que se rege pelo princípio da transparência, onde o sigilo é exceção. Portanto, a opinião pública deve poder discutir e criticar os atos do governo e exige para isto, a publicidade, não só dos debates, mas dos atos administrativos. A maior ou menor relevância da opinião pública, depende da maior ou menor oferta de visibilidade da coisa pública, ao público. A cognoscibilidade, acessibilidade e controlabilidade dos atos do governo (BOBBIO, p. 4).

O que distingue a Democracia dos demais modelos é que ela, por meio da livre crítica e da liceidade de expressão dos diversos pontos de vista, pode desenvolver em si mesma, os anticorpos e consentir formas de desocultamento, que consistem na denúncia de ações ilícitas, realizadas às escondidas, que uma vez tornadas públicas, se transmudam em escândalo (BOBBIO, p. 93).

Para Norberto Bobbio, o pluralismo de ideias nos permite apreender uma característica fundamental da democracia moderna: “a liberdade – melhor: a liceidade – do dissenso”. Esta característica fundamental baseia-se no princípio segundo o qual o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites, estabelecidos pelas denominadas “regras do jogo”, não é destruidor da sociedade, mas solicitador. Assim, citando Franco Alberoni (1977), afirma que “Democracia quer dizer dissenso”. E prossegue: “a democracia é um sistema político que pressupõe o dissenso. Ela requer o consenso apenas sobre um único ponto: sobre as regras da competição, [...] um sistema político no qual não existe consenso, mas dissenso, competição, concorrência” (BOBBIO, p. 52).

Assim, a liberdade de opinião e expressão é uma liberdade política instrumental, essencial para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, enquanto cidadão, bem como, é uma pré-condição para a consecução da Democracia.

1.1 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE JUÍZES E PROMOTORES

Para Norberto Bobbio, o Estado Liberal é aquele que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais, sobretudo, do direito à liberdade de opinião política. Assim, o Estado deve assegurar a livre circulação de ideias (BOBBIO, p. 106).

Partindo desse pressuposto, observou-se a primeira limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão, na medida em que juízes e promotores de justiça, a fim de se preservar a sua isenção e independência funcional, bem como, a imagem, honra e o prestígio das instituições a que pertencem, são orientados a expressarem suas opiniões em redes sociais (*Instagram, Twitter e Facebook*) com cautela e discrição, de forma suprapartidária e reservada, de modo a acautelar a ocorrência de conflitos de interesse, entre seus deveres funcionais e a sua vida social (COSTA JÚNIOR, 2018, p. 348-349).

Remontando a história, após a Revolução Francesa, passou-se a utilizar a expressão “juiz boca da lei” (*le bouche de la loi*) que pregava que os magistrados deveriam se ater a aplicar, de modo mecânico, as normas jurídicas, sem misturar suas opiniões pessoais, sua interpretação e valoração, ao dizer o Direito. Embora esse eufemismo se encontre superado, também não se admite no Estado Democrático de Direito, que se aplique “a lei segundo a boca do juiz”, quando o Magistrado se afasta da interpretação das normas legais e constitucionais e cede às paixões e convicções pessoais, ao dizer o Direito.

Talvez por essa razão, seja recomendada a cautela e a discrição, a juízes e promotores, ao expressar publicamente suas opiniões pessoais e políticas.

No entanto, o professor indiano Amartya Sen, em seu livro “Desenvolvimento como Liberdade”, já afirmava que:

À luz da visão fundamental do desenvolvimento como liberdade, essa questão pareceria mal formulada, pois não considera a compreensão crucial de que a participação e dissensão política são partes constitutivas do próprio desenvolvimento. Mesmo uma pessoa muito rica, que seja impedida de se expressar livremente ou de participar de debates e decisões públicas está sendo privada de algo que ela tem motivos para valorizar. O processo de desenvolvimento, quando julgado pela ampliação da liberdade humana, precisa incluir a eliminação da privação dessa pessoa. Mesmo se ela não tivesse interesse imediato em exercer a liberdade de expressão ou de participação, ainda assim, seria uma privação de suas liberdades, se ela não pudesse ter escolha nessas questões. O desenvolvimento como liberdade não pode deixar de levar em conta essas privações (SEN, 2010, p. 56)

Assim, embora essas carreiras jurídicas gozem de grande prestígio, essa limitação ao pleno exercício do direito à liberdade de expressão, em decorrência do cargo, configura-se como mitigação de um direito político instrumental.

O projeto de Lei Complementar nº 94/2019, por sua vez, busca limitar a capacidade eleitoral passiva de juízes e promotores, que corresponde ao direito de ser votado, sendo que essas liberdades são essenciais para o desenvolvimento das democracias modernas (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 94/2019).

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXI.1 prevê que os direitos políticos são direitos fundamentais, incluindo a capacidade eleitoral passiva, ao estabelecer que “todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país, diretamente, ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

2. AS DISTORÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: FAKENEWS E DELITOS DE OPINIÃO

Segundo Costa Júnior, a liberdade de expressão não é um direito absoluto ou irrestrito, estando sujeita a limitações/restrições, com base no “princípio da proibição de abuso de direito fundamental”, referido por George Marmelstein. Em linhas gerais, tal princípio é guiado pela premissa de que, a nenhum direito fundamental deve ser atribuída proteção constitucional, se ele for utilizado para atacar ou menosprezar outros direitos igualmente fundamentais. Nenhum direito fundamental é absoluto, mas deve ser relativizado, quando confrontado com outras garantias de mesma relevância, como os direitos à intimidade e à honra (COSTA JÚNIOR, 2018, p. 335).

Atualmente, a rede mundial de computadores é o principal veículo da liberdade de expressão. Sobre o assunto, Norberto Bobbio afirmava que a ideia de uma democracia direta, não é mais fruto de uma imaginação extravagante, mas se tornou possível pelo uso massivo da Internet. Entretanto, resta saber se o consenso daquela opinião, foi extraído livremente ou pela manipulação de ideologias persuasivas e da “mentira útil”, estejam elas evidentes ou ocultas, o que é comum nas sociedades de comunicação de massa. A Internet, como arena pública, ao mesmo tempo em que facilita o acesso dos cidadãos às informações, com a possibilidade de publicação de suas opiniões pessoais e políticas, democratizando o debate político, também dá visibilidade às *fakenews* (BOBBIO, p. 96).

As *fakenews* são conteúdos veiculados na Internet, com uma roupagem de notícia, informação ou opinião, mas que ultrapassam os limites da liberdade de expressão e passam a difundir o ódio, com o intuito de destruir a reputação de pessoas e instituições. São uma “não-notícia”, uma informação que não está 100% correta, que desinforma as pessoas e o faz tendenciosamente, para cooptá-las.

Na disseminação de boatos na Internet não há a checagem da veracidade da informação ou notícia repassada a terceiros que, por não ser desmentida, acaba gerando efeitos como se verdade fosse. Já foi constatado que notícias falsas e sensacionalistas têm um impulsionamento muito maior, nas redes sociais, do que as verdadeiras, devido ao seu apelo junto ao público. É preciso lembrar, ainda, a responsabilidade da imprensa: jornalistas e veículos de comunicação, que devem observar o Código de Ética do jornalismo, segundo o qual a notícia deve sempre buscar demonstrar, com imparcialidade, as duas versões dos fatos.

Além do mais, esses boatos podem caracterizar os crimes contra a honra, de calúnia, difamação e injúria, previstos nos artigos 138⁴, 139⁵ e 140⁶ do Código Penal Brasileiro (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Nos chamados delitos de opinião, é difícil estabelecer onde termina o comportamento lícito e onde começa o ilícito.

A Justiça Eleitoral do Brasil vem travando uma verdadeira batalha contra as *fakenews*, pois notícias falsas e tendenciosas podem influir negativamente no resultado das eleições, prejudicando a verdadeira Democracia.

Nesse sentido, já existem agências especializadas na checagem da veracidade de informações, notícias e opiniões que circulam na Internet, informando o público, quando se trata de conteúdo falso.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* O DIREITO À VERDADE

A Internet democratizou o acesso à informação e a liberdade de expressão, proporcionando aos cidadãos a possibilidade de se informarem e debaterem os seus pontos de vista. Vivemos, atualmente, em uma sociedade da informação, marcada por um meio de fácil disseminação de ideias, concepções, notícias e acontecimentos, onde não há limites à progressão de informações e à superexposição (NUNES, 2018. p. 17).

Daí surgiu uma discussão de vanguarda no Brasil, quanto ao limite desse acesso à informação e à liberdade de imprensa dos veículos de comunicação, que englobam o jornalismo, as telecomunicações e a Internet, através da teoria do direito subjetivo ao esquecimento, ou direito de ser esquecido. Busca-se estabelecer um limite entre o que é uma informação de domínio público e o que é assunto privado, que diz respeito à vida, à imagem e à dignidade das pessoas, que se traduz no direito à intimidade (ou no direito de alguém em “ser deixado em paz”).

4 Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

5 Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

6 Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

A tese original, reconhecida e defendida na União Europeia, consiste em reconhecer o direito do cidadão de exigir que os mecanismos de busca da Internet, como o Google, promovam a desindexação de informações (ou seja, apaguem, deletem), que violem a intimidade de pessoas, sobre fatos pretéritos, para que não sejam revividos, revisitados ou lembrados, contra sua vontade, em relação aos quais se quer dissociar o seu nome e imagem, ainda que sejam verídicos. Sua origem tem raízes no direito à ressocialização do condenado, evitando-se que seja perseguido por toda a vida, por um crime cuja pena já cumpriu (NUNES, p. 21).

Em 2013, a edição do Enunciado 531, na VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho de Justiça Federal (CJE/CJF), incorporou o direito ao esquecimento aos direitos da personalidade, previstos no artigo 11 do Código Civil brasileiro. O Enunciado afirma que “a tutela da dignidade da pessoa humana, na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Assim, embora não possua caráter vinculante, o Enunciado 531 foi invocado no caso Aida Curi, dando azo à discussão da matéria a nível nacional. O assassinato de Aida Curi ocorreu há 50 anos atrás e foi lembrado, em 2004, pelo programa Linha Direta, da TV Globo. A família ingressou na Justiça para requerer indenização e proibir a exploração do caso, por outros veículos de comunicação, sustentando a tese do direito ao esquecimento.

Em 2014, houve a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), diploma que regulamentou o uso da Internet no Brasil e buscou proteger a privacidade e os dados pessoais dos seus usuários. Houve previsão, no artigo 21, de responsabilização subsidiária do provedor de Internet, por dano decorrente em não proceder, quando notificado, a remoção de conteúdo divulgado, por terceiros, relativo a imagens de nudez ou atos sexuais, sem autorização da pessoa retratada (a chamada “pornografia da vingança”).

Além disso, a Lei previu, em seu artigo 7º, incisos X e XIV, o direito de exclusão de dados pessoais, ao término da relação jurídica entre as partes, desde que não haja interesse público atual, na divulgação da informação e que ela não se refira a fatos genuinamente históricos. Esse artigo aplica-se às relações de consumo e também encontra eco no Código de Defesa do Consumidor, quanto aos cadastros e bancos de dados.

O caso Aida Curi buscou sedimentar a jurisprudência, para reconhecer o direito do cidadão, que tem um episódio lamentável e doloroso do passado e sobre o qual gostaria de “virar a página”, que possa se fazer esquecido pela opinião pública, retirando-o da Internet e de seus mecanismos de busca por informações. Apaga-se qualquer referência sobre o caso, proibindo que seja novamente noticiado e explorado pela mídia.

Entretanto, ao julgar o recurso especial, o STJ afastou a aplicação da tese do direito ao esquecimento, por entender que não se deve proibir a veiculação de novas reportagens sobre casos notórios, de ampla repercussão nacional e relevante interesse público, como os crimes envolvendo Paula Thomaz e Suzane Richithofen, por entender que se tratava de censura, que é vedada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX⁷.

O caso subiu ao STF (RESP 1.335.153/RJ), o qual, apreciando o tema 786 de repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos morais, formulado contra a recorrida. O relator, Ministro Dias Toffoli, sustentou que

é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social, analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais, nos âmbitos penal e cível (STF: Resp n. 1010606, 10.02.2021)

Assim, a tese do direito ao esquecimento não foi sedimentada pelo STF, uma vez que o tribunal entendeu que o direito à intimidade deve ser confrontado, no caso concreto, com outros direitos constitucionais de igual relevância, como a liberdade de expressão e o direito de ser informado, já havendo previsão legal capaz de coibir eventuais excessos e abusos.

Nesse sentido, Zilda Mara Consalter afirma que o direito ao esquecimento não é um direito absoluto. Pode sucumbir frente a outros, como o direito à informação e à liberdade de expressão, desde que as reportagens não distorçam os fatos. Situando o conceito no contexto da sociedade informacional, a autora aduz que:

Quando falamos de 'direito ao esquecimento', estamos fazendo referência ao direito de eliminar, ocultar, cancelar, aquelas informações ou feitos passados, relativos à vida das pessoas físicas e que podem condicionar o seu futuro. Assim, não só se trata de analisar se se pode apagar os dados pessoais que contenham determinadas publicações – imprensa, resoluções judiciais, boletins e diários oficiais, páginas da web, etc – senão também consideraremos a possibilidade de opor-se ao tratamento que terceiros, essencialmente os motores de busca, podem fazer dessa informação na rede e que, igualmente, possam afetar o livre desenvolvimento da vida das pessoas (CONSALTER, 2016, p. 181-183)

A tese do direito à verdade, por sua vez, afirma que o cidadão tem o direito de acesso à informação, sobre fatos pretéritos e históricos de interesse público, com previsão no artigo 5º, inciso XIV⁸ da CF/88.

7 IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

8 XIV – é assegurado a todos o acesso à informação (...);

É possível que a manutenção da informação na Internet seja necessária, para a própria preservação da história. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo 19, afirma que “cada indivíduo tem direito de buscar, receber e difundir informações e ideias, por todos os meios e independentemente de fronteiras” (Rodotà, 2013, p. 15).

Portanto, não deve haver risco de que uma informação relevante, do ponto de vista do interesse público, fique invisível, cerceando o direito da sociedade, de ser plenamente informada.

Assim, entendemos que o caminho do meio é a melhor solução pois, segundo Nietzsche, devemos “esquecer no devido tempo [...], recordar no devido tempo”, ou seja, deve haver equilíbrio entre a prerrogativa de preservação da privacidade e a defesa da liberdade de expressão, de imprensa e da livre manifestação do pensamento, que se traduz no “direito de comunicar-se” (Rodotà, 2013, p. 6).

3.1 AS COMISSÕES DA VERDADE

Indaga-se se é possível restituir a dignidade através da verdade. O direito à verdade é aquele a que fazem jus as vítimas de graves violações de direitos humanos, de terem conhecimento sobre as circunstâncias dos crimes cometidos, inclusive com a identificação e punição dos responsáveis.

A teoria foi inicialmente defendida através da Resolução n. 2005/66, da Comissão de Direitos Humanos da ONU, a qual prevê que:

todos têm o inalienável direito de conhecer a verdade sobre fatos passados e sobre as circunstâncias e as razões que, mediante graves violações de direitos humanos, levaram ao cometimento de crimes bárbaros. O exercício pleno e efetivo do direito à verdade é essencial para evitar que tais fatos venham a repetir-se no futuro (Rodotà, p. 1)

Assim, as comissões da verdade, instituídas em diversos países, buscam reconstituir a verdade histórica, para a reparação de seus cidadãos, que foram vítimas da violência de governos totalitários e ditatoriais. A ênfase sobre a verdade não nasce, somente, da exigência de restituir dignidade às vítimas, mas é a humanidade inteira, que deve ser redirecionada a tempos iluminados e redimidos, pela força da verdade. Nos regimes totalitários, a obscuridade envolve a vida política, pois existem as verdades “oficiais”, que visam distorcer e ocultar as

representações reais do que aconteceu. Não há imprensa livre e se exerce um forte controle da Internet (Rodotà, p. 14-15).

O direito fundamental do indivíduo, de investigação da verdade, deve considerar os parâmetros de verdade nas sociedades democráticas, que se apresenta como o resultado de um processo aberto de conhecimento, diverso daquele de formação da “verdade oficial”, que exclui a discussão, o confronto, a expressão de opiniões divergentes, as posições minoritárias. Na Democracia, “a verdade é filha da transparência” e “a luz do sol é o melhor desinfetante”. Assim, a democracia deve ser um regime de “verdades múltiplas”, fruto do debate, da dissensão e da crítica e não de “verdades instituídas, reveladas e impostas”, na medida em que cada pessoa tem a sua própria verdade, cada minoria: mulheres, negros, homossexuais, conservadores. Portanto, a verdade deve ser acessível a todos, estabelecendo-se uma “verdade democrática” (Rodotà, p. 16-17).

Segundo Rodotà

uma vez que nos documentos internacionais e nas constituições nacionais se prevê a estreita relação entre democracia e verdade, deve-se prevenir ações que tornem os fatos obscuros, controversos, construídos, criando-se o risco da ditadura da verdade, ou seja, a criação de uma verdade de conveniência. Daí a importância da criação das comissões da verdade e da reconciliação, nos diversos países, a fim de promover a efetiva investigação e tutela jurisdicional por tribunais independentes.

Portanto, para se renovar a paz é preciso alcançar a verdade histórica, por meio da reconstrução da memória nacional, que permite um olhar que libera do ódio, graças ao máximo conhecimento possível sobre o passado histórico, por mais doloroso que seja. Isso possibilita às vítimas reconstruir os fatos e aos algozes, que não se entrincheiram dentro de suas cômodas versões, criando-se o “dever de recordar”, o “direito de saber”, como um direito coletivo, como direito à integridade psíquica, como prevenção, como memória, como compreensivo direito à justiça, à reparação e ao combate à impunidade e, enfim, como direito ao luto (Rodotà, p. 6-7).

Assim, as comissões da verdade devem buscar reconstituir a verdade histórica e a memória nacional, após graves violações de direitos humanos, visando sua reparação e o resgate da dignidade individual de seus cidadãos. Isso começa com a busca pela verdade dos fatos, o seu reconhecimento oficial e público, para a construção de uma memória coletiva, que poderá mitigar o ressentimento, o que é essencial para que as sociedades democráticas possam avançar em seu desenvolvimento (Rodotà, p. 9-10).

3.2 O NEGACIONISMO

A liberdade de expressão também pode sofrer limitações quando se busca a restituição da dignidade, por meio da verdade, mediante a proibição da negação de fatos históricos, oficialmente reconhecidos como verdade.

O negacionismo é um movimento que se traduz na escolha de negar a realidade baseada em fatos históricos, como forma de escapar de uma verdade desconfortável, como a ocorrência do Holocausto, por motivos como crença religiosa, proveito próprio ou como um mecanismo de defesa contra pensamentos perturbadores (MASLIN, 2009).

Trata-se da recusa em aceitar uma realidade empiricamente verificável, sendo, essencialmente, uma ação que não possui validação em fatos históricos, pois rejeita evidências incontestáveis e maciças sobre eles, em favor de ideias radicais e controversas (O' SHEA, 2008).

Na União Europeia, o negacionismo do Holocausto é considerado crime, relacionado ao antissemitismo. O Holocausto foi o maior genocídio, ou assassinato em massa, do século XX, de cerca de seis milhões de judeus, durante a Segunda Guerra Mundial, através da implementação de um programa sistemático de extermínio étnico, em todo o Terceiro Reich e nos territórios ocupados pelos alemães, durante a guerra. O antissemitismo, por sua vez, é o preconceito, hostilidade ou discriminação contra judeus, caracterizando-se como uma forma de racismo (DAWIDOWICZ, 1975, p. 20).

O Tribunal Constitucional alemão foi o primeiro da Europa a considerar o negacionismo como crime, com fundamento na inviolabilidade da dignidade humana, prevista no artigo 1º da Constituição Alemã, legitimando a sucessiva regulamentação da matéria, em outros países da Europa, ao afirmar que: “negar ou colocar em dúvida a perseguição dos judeus, que durante aquela ditadura foram perseguidos. A partir do momento em que a perseguição dos judeus não pode ser contestada, a circunstância que estes fatos sejam contestados, tornados objeto de dúvidas e minimizações ofende e humilha cada um dos atingidos” (Rodotà, p. 21).

Entretanto, alguns historiadores criticam a criminalização do negacionismo, pois afirmam que o estabelecimento de uma verdade oficial, incontestável, impede que se possa continuar a investigação histórica, tornando-se um limite intransponível para a reconstrução dos fatos históricos. Para eles, a proibição de se exprimir uma opinião diversa ou oposta à verdade oficial e indiscutível, assim declarada por meio de uma norma jurídica, cerceia o direito fundamental de livre manifestação do pensamento, um dos valores da Democracia, o

que pode ser um expediente perigoso, deflagrando tendências proibicionistas e censuras às opiniões tidas, socialmente, como não aceitáveis.

O professor Stefano de Rodotà filia-se a essa corrente, ao afirmar que a verdadeira luta contra o negacionismo passa pela renúncia ao “realismo político imposto”, às suas conveniências e à tentação de não considerar e mesmo reprimir certas manifestações de opinião, porque menores. Assim, ao invés de se proibir as manifestações de pensamento tidas como negacionistas, deveria haver um movimento permanente, um empenho cotidiano de refutação de cada um dos argumentos negacionistas, através da investigação dos fatos, do interminável trabalho de colheita de provas sobre a ocorrência dos fatos históricos e da crítica livre. Para ele, a manifestação de opiniões divergentes, ainda que sobre fatos históricos, não poderia nunca, ser considerada como entrave a ser removido mediante a sua criminalização, mas sim através do livre debate de ideias e da refutação das teorias negacionistas, com fatos e provas, sendo que esse exercício dialético faz parte da Democracia (Rodotà, 2013, p. 20-21).

Vale lembrar a célebre frase de *Joseph Goebbels*, que afirmou que “uma mentira repetida mil vezes, torna-se verdade” (BRAÇO DIREITO de Hitler, Goebbels era ministro da propaganda do nazismo. Revista Eletrônica G1. 17 de jan. 2020).

No Brasil, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424, o STF condenou por crime de racismo, um escritor e editor gaúcho, que publicou os livros com propaganda anti-semita, intitulados “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira” e “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos da guerra”, obras de sua autoria, que fazem defesa do regime nazista, pretendendo negar o holocausto e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela guerra. O STF rechaçou o direito de liberdade de expressão e sedimentou o entendimento que anti-semitismo é racismo, que tem um significado histórico-cultural e não só antropológico.

Portanto, divergimos do professor Rodotà, pois acreditamos que a negação de fatos históricos, relativos à graves violações de direitos humanos, já oficialmente sedimentados como verdade, é um expediente perigoso, que abre margem aos nacionalismos, aos discursos de ódio e ao racismo, dando voz a movimentos que ainda afloram nas diversas democracias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou evidenciar a liberdade de expressão, como direito político e liberdade instrumental no Estado Democrático de Direito.

Não se trata de um direito absoluto, podendo ser limitado quando confrontado com outros direitos fundamentais, como o direito à intimidade e à honra, que também são assegurados pela Constituição Federal.

Nesse sentido, foi abordado o caso de juízes e promotores, que são aconselhados a exprimirem, com cautela e discrição, suas opiniões nas redes sociais, a fim de preservar a imagem e o prestígio das instituições a que pertencem.

As *fakenews* também podem caracterizar o abuso do direito à liberdade de expressão, através de mensagens veiculadas nas redes sociais, com conteúdos ofensivos e mentirosos, resvalando para os crimes contra a honra.

Outra tentativa de limitar a liberdade de expressão é a defesa da teoria do direito ao esquecimento, que trata do reconhecimento do direito do cidadão, de ser deixado em paz, de não ser lembrado, contra sua vontade, pelos veículos de comunicação e pelos indexadores de busca por informações na Internet, sobre fatos pretéritos relativos à sua pessoa, ainda que verídicos, mas que não tenham interesse público ou histórico. Ocorre que essa teoria, invocada em um caso, que foi a julgamento no STF, não foi reconhecida, no RESP n. 1010606, 10.02.2021.

De outro norte, a teoria do direito à verdade reconhece o direito das vítimas de graves violações de direitos humanos, de buscarem conhecer a verdade sobre crimes contra si perpetrados, por estados totalitários, através de comissões instituídas com fins de reconciliação e de paz.

A liberdade de expressão também pode vir a ser limitada, nos casos de discursos negacionistas, que servem como ideologia, para a negação de fatos históricos, capaz de incitarem a repetição dos horrores de crimes contra a humanidade, como o Holocausto.

Assim, concluímos que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo sofrer limitações, quando se depara com outros interesses, como o prestígio de instituições públicas, o direito à intimidade e à honra, bem como, sempre que for empregada para difundir o ódio ou para negar fatos históricos, pois “lembrar para não repetir” tornou-se um imperativo político e cultural, um direito fundamental do cidadão, relacionado aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2.000.

BRAÇO DIREITO de Hitler, Goebbels era ministro da propaganda do nazismo. **G1**. 17 de jan. 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº 94/2019. **Câmara dos Deputados**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008, 464 p.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 103, de 12.11.2019. **Planalto**. Disponível em <www.planalto.gov.br/emendas/emc/emc103>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940. Código Penal. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 64 de 18.05.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em :14 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Projeto de Emenda Constitucional nº 06/2019. **Câmara dos Deputados**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento - proteção da intimidade em ambiente virtual**. São Paulo: Juruá, 2016.

COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. A Liberdade de Expressão e o Uso das Redes Sociais pelo Membros do Ministério Público: Reflexões sobre o Prisma Disciplinar. *In: Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*: atuação das corregedorias no estágio probatório dos

membros do Ministério Público brasileiro: o futuro do Ministério Público do futuro/
Conselho Nacional do Ministério Público – Vol. V. - Brasília: CNMP, 2018, p. 333-349.

DAWIDOWICZ, Lucy. *The War Against the Jews 1933-1945*. Holt, Rinehart and Winston, 1975. ISBN 003013661X.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Enunciado 531. **Conselho de Justiça Federal.** Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

MASLIN, Janet. Michael Specter Fires Bullets of Data at Cozy Antiscience in 'Denialism'. **The New York Times Journal**. Acesso em 04 de nov. 2009.

NUNES, Larissa Barp. **O Direito ao Esquecimento na Internet: desafios e aspectos controvertidos**. Monografia de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Liz Beatriz Sass. Florianópolis, 2018.

O' SHEA, Paul. **A Cross Too Heavy: Eugenio Pacelli, Politics and the Jews of Europe 1917-1943**. Rosenberg Publishing: 2008. ISBN 187705.

Rodotà, Stefano. O direito à verdade. **Civilistica.com**: 2013. Ano 2. Número 3.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.