

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - UNINOVE
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: JUSTIÇA, EMPRESA E SUSTENTABILIDADE
LINHA DE PESQUISA 1: JUSTIÇA E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA

MAURICIO FIORITO

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA PROPAGANDA ELEITORAL

São Paulo
2020

MAURICIO FIORITO

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA PROPAGANDA ELEITORAL

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge

**São Paulo
2020**

Fiorito, Mauricio.

Direito ao esquecimento no âmbito da propaganda eleitoral. / Mauricio Fiorito. 2020.

238 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge

Direito ao esquecimento. 2. Direitos de personalidade. 3. Privacidade e intimidade. 4. Ponderação de princípios. 5. Propaganda eleitoral.

Jorge, André Guilherme Lemos. II. Título.

CDU 34

MAURICIO FIORITO

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA PROPAGANDA ELEITORAL

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

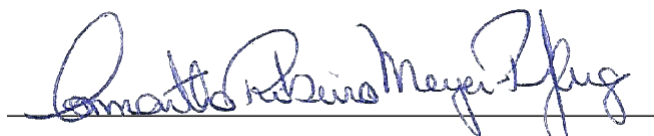
São Paulo, 25 de maio de 2020.

BANCA EXAMINADORA

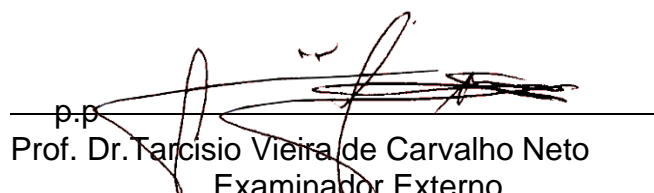


Prof. Dr. André Guilherme Lemos
Jorge Presidente

UNINOVE



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Examinadora Interna
UNINOVE



p.p

Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Examinador Externo
IDP

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que possibilitaram a confecção desta dissertação, especialmente:

À minha esposa Luciane e meus filhos Lara e Enrico, que além de me incentivarem são minha inspiração para me tornar uma pessoa cada vez melhor;

Aos meus pais Felisberto e Sonia, que sempre foram fonte motivadora de como enfrentar com correção e atitude a vida;

Ao meu orientador, Professor Doutor André Guilherme Lemos Jorge, pelo inicial convite, apoio, críticas e orientação para o desenvolvimento e aperfeiçoamento deste trabalho. Suas sugestões e aulas no Mestrado foram a gênese do enfrentamento deste desafio;

Aos Professores Gabriel Chalita, Luciana Temer, José Fernando Vidal de Souza e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, cujos ensinamentos transformaram meu modo de ver o direito;

Aos meus colegas de profissão, amigos e funcionários (Alex, Paula, Fabio, Marcus, Daniel e Tura) que muito ajudaram na pesquisa, colocação de sugestões e me apoiaram para que eu fosse até o fim.

RESUMO

A utilização do direito ao esquecimento na propaganda eleitoral é assunto praticamente inexistente. Veremos a gênese e a evolução da representação popular e como o pensamento de alguns filósofos acabou por influenciar, dentre outras, a Revolução Francesa, sendo ponto de partida para a inclusão no bojo das constituições que se seguiram à preocupação de se assegurar direitos fundamentais a todo cidadão, tais como a liberdade de expressão e pensamento, à informação, bem como em contraposição, à intimidade e privacidade. Deste confronto de garantias, sob a égide do princípio da dignidade humana, surge o direito ao esquecimento. Seu nascimento, referências históricas, utilizando como marco inicial o “caso Lebach” (Alemanha 1973), bem como Aida Cury, Chacina da Candelária, Doca Street, Costeja Gonzáles (espanhol), Yésica Toscanini (argentina) e recentes decisões a respeito da desindexação de conteúdo junto aos chamados provedores de internet serão analisados. Teria o candidato total impedimento de se utilizar o referido instituto? E se já existir decisão judicial referente a algum fato passado? E quando uma determinada divulgação na mídia alcançar terceiros? Seria possível a aplicabilidade deste instituto diante do mundo digital? Ao final, tentar-se-á levar o leitor a uma reflexão de qual seria a melhor opção, mediante a ponderação de princípios utilizando-se o critério da proporcionalidade preconizado por Alexy. A dissertação utilizará o método dedutivo, e por intermédio do estudo dos institutos garantidores da dignidade humana, se verá sua aplicação ou não junto a propaganda eleitoral, contrapondo-se direito à informação ao da personalidade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos de personalidade. Privacidade e Intimidade. Ponderação de princípios. Propaganda eleitoral.

ABSTRACT

The use of the right to be forgotten in political advertising is practically non-existent. We will see the genesis and evolution of popular representation and how the thinking of some philosophers ended up influencing among others, the French Revolution, being the starting point for the inclusion in the core of the constitutions that followed the concern to guarantee fundamental rights to every citizen, such as freedom of expression and thought, the right to information, as well as in opposition, the right to intimacy and privacy. From this conflict of guarantees, under the aegis of the principle of human dignity, comes the right to be forgotten. Its birth, historical references, using the “Lebach case” (Germany 1973) as a milestone, as well as other cases such as Aida Cury, Chacina da Candelaria, Doca Street, Costeja Gonzáles (spanish), Yésica Toscanini (argentinean) and recent decisions regarding the deindexation of content with the internet providers will be analyzed. Would the candidate be totally prevented from using this institute? What if the candidate already has a court decision regarding a past fact? And when a particular media release reaches third parties? Would the applicability of this institute to the digital world be possible? At the end, this work will lead the reader to a reflection in what would be the best option, through the weighting of principles using the proportionality criterion recommended by Alexy. Thus, the present work will use the deductive method and through the study of institutes that guarantee human dignity, will it be seen whether or not it will be applied to political advertising, opposing the right to information to the right of personality.

Keywords: Right to be forgotten. Rights of personality. Privacy and Intimacy. Weighting of principles. Political advertising.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DEMOCRACIA	13
1.1 CONCEITO	13
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	17
1.3 TIPOS DE DEMOCRACIA	35
1.3.1 Democracia direta	35
1.3.2 Democracia participativa ou semidireta	37
1.3.3 Democracia representativa ou indireta	38
1.4 DEMOCRACIA E O PROCESSO ELEITORAL	40
2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO AO ESQUECIMENTO	44
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	44
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
2.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO	58
2.3.1 Conceito	59
2.3.2 Origem	62
2.3.3 Direito ao esquecimento na legislação brasileira	67
2.3.4 Aplicações do direito ao esquecimento no século XXI	74
2.3.5 Direito ao esquecimento e o interesse público	80
3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO, DIREITOS DA PERSONALIDADE, CONFRONTO DE PRINCÍPIOS, COLISÃO E PONDERAÇÃO	86
3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO	86
3.1.1 Conceito de liberdade de expressão: as dimensões substantiva e instrumental da liberdade de expressão	88
3.1.2 A liberdade de expressão nas constituições brasileiras	92
3.1.3 O sistema constitucional da liberdade de expressão	94
3.1.3.1 Liberdade de expressão em sentido estrito	96
3.1.3.2 Liberdade de informação	97

3.1.3.3 Liberdade de imprensa	101
3.1.4 Direito à informação	104
3.1.4.1 Verdade	109
3.1.4.2 Interesse público.....	112
3.1.4.3 Lesão a direitos da personalidade	114
3.1.5 Posição preferencial da liberdade de expressão?	115
3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE	123
3.2.1 Conceito de direitos da personalidade.....	123
3.2.1.1 Características dos direitos da personalidade	124
3.2.1.2 Proteção	125
3.2.1.3 Classificação dos direitos da personalidade	127
3.2.2 Direito à privacidade.....	128
3.2.2.1 Histórico.....	130
3.2.2.2 Teoria das esferas	132
3.2.2.3 Direito à intimidade	133
3.2.2.4 Direito à vida privada	134
3.2.3 Direito à honra.....	135
3.2.4 Proteção à honra no direito eleitoral.....	136
3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DIREITO À PRIVACIDADE/INTIMIDADE, CONFRONTO E PONDERAÇÃO X COLISÃO.....	141
4 PROPAGANDA ELEITORAL E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO- HIPÓTESES	154
4.1 PROPAGANDA ELEITORAL	154
4.1.1 Propaganda negativa.....	171
4.1.2 Propaganda eleitoral - restrições previstas na lei.....	176
4.1.3 Fake News/desinformação	177
4.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA PROPAGANDA ELEITORAL	182
4.2.1 Provedor de serviço de internet/remoção de conteúdo	182

4.2.2 Existência de decisão judicial a respeito de determinados fatos passados	184
4.2.3 Existência de decisão liminar em processo civil deferindo ou não acesso a determinadas informações, sob o fundamento do direito ao esquecimento	186
4.2.4 Prazo em que terá eficácia a remoção de conteúdo da internet	188
4.2.5 Princípios da liberdade de expressão e informação que devem nortear como regra geral a propaganda eleitoral	189
4.2.6 Eventual possibilidade de utilização da teoria do esquecimento durante a propaganda eleitoral	192
4.2.6.1. Candidato Que Possua Familiar Envolvido em Notícia Passada	196
4.2.6.2 <i>Posts</i> ou qualquer divulgação durante o período da propaganda de fatos passados de candidato em que terceiro é afetado	201
4.2.6.3 Fatos íntimos, Teoria das esferas, Dignidade da pessoa, Questões de ordem sexual ou de gênero	205
4.2.6.4 Questão religiosa, Testemunhas de Jeová, Transfusão de sangue, Transplante de medula	212
4.2.6.5. Desindexação, Competência para determinação de empresas que possuam ao menos filial no país, Efeito “Barbara Streisand”	215
CONCLUSÃO	222
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	229

INTRODUÇÃO

Para uma análise da possibilidade prática e teórica da eventual aplicação do direito ao esquecimento na propaganda eleitoral, há necessidade de uma volta ao passado. Na antiga Atenas, por volta de 500 a.C., houve uma verdadeira revolução na forma de pensar a política, bem como de representação popular. Como veremos, vários fatores influenciaram na confecção deste novo sistema, ou seja, de reunião em praça pública para eleger representantes, ou de pautar algum fato tido como importante. O relativo pequeno território facilitou a reunião de homens gregos, com mais de 18 anos (mulheres, escravos, estrangeiros e a maior parte dos comerciantes estavam excluídos), a decidirem os rumos da *polis*.

Mesmo havendo a participação de pequena parte da população (no máximo 10%), esta nova forma de atuação na tomada de decisões e escolha de representantes, retirando parte do poder soberano de monarcas, imperadores ou reis, se deu o nome de democracia, situação que perdurou por aproximadamente 200 anos, caindo a partir de 322 a.C. novamente no ostracismo, ressurgindo somente a partir de 1215, com a chamada Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), ocasião em que se limitou a poder de João Sem Terra a não mais reinar isoladamente sem que houvesse um acordo com o então conselho de nobres.

Com a Revolução Gloriosa (1688), a Revolução Francesa (1789) e a Independência das 13 Colônias Americanas (1786), abriu-se caminho para o Estado de Direito e ao Estado Democrático e de Direito, que por sua vez começaram a garantir os chamados direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade de expressão, pensamento, informação, intimidade e privacidade.

Dentro deste contexto, somente em sociedades democráticas onde se verifica a ocorrência de eleições com sufrágio universal, com alternância de poder, a participação na tomada de decisões e de escolha de representantes tomou corpo, havendo com o passar do tempo demandas sociais cada vez mais complexas, onde se exigiu uma participação cada vez maior do Poder Judiciário em causas não previstas expressamente na lei (*Hard Cases*), iniciando-se uma nova fase dentro do direito, onde os confrontos entre princípios se mostraram cada vez mais presentes, clamando-se por uma decisão mais adequada a um determinado caso concreto.

O direito à dignidade humana nasce como um superpoder, amparando e sendo norte para todos os outros direitos fundamentais do homem, servindo como base de argumentação para o direito ao esquecimento, tido como necessário para impedir divulgação de fatos passados, remoção de conteúdo, ou desindexação de *links* apresentados como primeiras opções nos chamados provedores de busca da internet, que teoricamente a mais ninguém interessa ou àqueles que já quitaram sua dívida para com o Estado, possuindo, em tese, direito a tentarem uma nova vida (ressocialização).

No Brasil, o direito ao esquecimento tem tímida jurisprudência e esparsa doutrina, nenhuma lei específica, sendo matéria totalmente nova dentro do âmbito da propaganda eleitoral, que por suas características prima pela total informação de tudo que se sabe sobre o candidato aos eleitores.

A dissertação procurará desenvolver o histórico do direito ao esquecimento, desde o conhecido "Caso Lebach", suas características, evolução, casos em que a jurisprudência se pronunciou, tais como Aida Curi, Chacina da Candelária, Doca Street, Xuxa, Costeja Gongáles, Yésica Toscanini, dentre outros, bem como tentativa de regulação por parte da União Europeia.

Procurar-se-á conceituar cada um dos princípios fundamentais imprescindíveis para o direito ao esquecimento e a ponderação/sopesamento entre eles, trazendo pontos de vista de autores como Dworkin, Alexy e Virgílio Afonso da Silva de como isto seria possível diante do uso de técnicas relativas à proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), partindo-se posteriormente para análise de eventual critério por parte do Supremo Tribunal Federal em solucionar os casos até o momento ali julgados.

Após uma análise sobre a propaganda eleitoral, aventaremos algumas hipóteses em que referida teoria poderia ser tentada durante o referido período, bem como discutiremos a possibilidade da retirada dos buscadores, de informações que estão disponíveis em vários sítios digitais.

Neste último capítulo, ressaltar-se-á que, no período da propaganda eleitoral, como regra, a liberdade de informação ao eleitor e a liberdade de expressão devem

prevalecer, sendo certo já possuir a Justiça Eleitoral mecanismos próprios para barrar tanto propaganda quanto conteúdos de fatos sabidamente falsos, ou quando verifica haver injúria, calúnia ou difamação, ou ainda quando verificar a ocorrência de divulgação de situações que possam criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

Contudo, mesmo diante dos princípios que devem nortear a propaganda eleitoral, serão pontuadas algumas hipóteses em que o leitor talvez concorde que, neste específico ponto, e somente durante o período das eleições, o direito ao esquecimento sustentado pelos princípios do direito de personalidade (intimidade/privacidade), abraçados pela dignidade humana, possa prevalecer.

Questões como possíveis efeitos do trânsito em julgado e ações que ainda tramitam na Justiça Comum, relativos ao direito ao esquecimento, poderão influenciar a propaganda eleitoral, bem como se procurará definir os conceitos básicos a respeito da remoção de conteúdo e da desindexação de *links* nos principais provedores de busca da internet. Também se tentará definir período no qual teria eficácia a possível decisão favorável baseada no direito ao esquecimento.

Finalmente, se apresentarão hipóteses de fatos passados de parentes próximos do candidato, que nada lhe dizem respeito, usados indevidamente por adversários políticos ou que apareçam como principal *link* nas opções de busca da internet. Igualmente o leitor será levado a uma reflexão sobre até que ponto terceiros alheios à campanha eleitoral podem ser atingidos em sua intimidade durante a propaganda, bem como casos de preferência sexual, mudança de sexo e eventual acidente sofrido no passado, sendo explorados de forma abusiva ou terem seus nomes indevidamente ligados a tais fatos na primeira página dos principais buscadores da internet. Colocar-se-á a questão da problemática da doação de sangue pelas Testemunhas de Jeová, numa hipótese de drama familiar exposto na internet.

Ao término, o leitor será questionado sobre os riscos de uma demanda na justiça especializada eleitoral, ante a possibilidade do chamado efeito “Barbara Streisand” e eventual possibilidade de decretação de segredo de justiça, ante a doutrina e jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

1 DEMOCRACIA

1.1 CONCEITO

Inicialmente, é interessante trazer a origem etimológica da palavra "democracia", que segundo o Dicionário Houaiss¹ vem do grego "démokratía, de dêmos 'povo' + *kratía 'força, poder'", ou seja, interpreta-se como poder do povo.

Contudo, na visão de Aristóteles a democracia tinha um conceito um pouco diferente daquilo que poderíamos supor, visto entendê-la como uma deturpação da república.

José Afonso da Silva destaca:

Aristóteles concebeu três formas básicas de governo: a monarquia, governo de um só; a aristocracia, governo de mais de um, mas de poucos, e a república, governo em que o povo governa no interesse do povo.²

Neste sentido, a monarquia era entendida como poder de um só, a aristocracia como poder de vários ou alguns, e a república como poder de todos ou ao menos da maioria. Na sua visão, necessariamente nenhuma seria melhor ou pior, desde que quem detivesse o poder o exercesse no interesse do bem comum.³

Se os regimes de poder se deturpassem ou degenerassem, a monarquia (ou realza) transformar-se-ia em tirania, a aristocracia em oligarquia, e a república em democracia.⁴

Entrar no mérito do pensamento aristotélico não é fácil e fugiria por demais ao que esta dissertação se propõe, mas podemos considerar que ao assim entender, Aristóteles considerava que a democracia seria uma degradação da república devido a forma como a distribuição de poder em uma determinada comunidade seria praticada equivocadamente caso o povo a assumisse, visto a forma como se compartilharia a riqueza.

¹ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa – Consultado em 08.04.2019.

² SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro 1988, pp. 104/105.

³ ARISTÓTELES. A Política. Livro III, seções V, § 1, 1279a27.

⁴ ARISTÓTELES. A Política. Livro IV, seções II, § 1, 1289a26.

Como a justiça seria distribuída? À maioria, aos ricos ou àqueles que denominava virtuosos? Neste ponto, a questão fica mais intrincada, pois o referido filósofo dividia a justiça em universal ou particular. Àquela nada mais é do que o cidadão cumpridor da lei. Há que se obedecer ao ordenamento, costumes e princípios da sociedade em que se vive. A injustiça ou o injusto seria aplicado às pessoas que infringissem a lei.

Bittar esclarece:

Se a lei (*nómos*) é uma prescrição de caráter genérico e que a todos vincula, então seu fim é a realização do Bem da comunidade, e, como tal, do Bem Comum. A ação que se vincula à legalidade obedece a uma norma que a todos e para o bem de todos é dirigida; como tal, essa ação deve corresponder a um justo legal e a forma de justiça que lhe é por consequência é a aqui chamada justiça legal. Aquele que observa os conteúdos legais pode ser chamado de justo, nesse sentido. O mesmo, a “*contrariu sensu*”, a respeito do injusto que lhe corresponde.⁵

Dessa forma, como já tivemos oportunidade de ressaltar em trabalho anterior, a justiça poderia ser encarada em sentido amplo, e em sentido particular, que abrangeria apenas parte daquele, e se dividiria, por sua vez, em justiça distributiva e corretiva.”

Para Aristóteles, todo indivíduo traz dentro de si uma potencialidade inata, que deve ser desenvolvida e incentivada. No entanto, nem todos conseguem desenvolver sua potencialidade em plenitude. Assim, no momento de o Estado conferir a cada um o que é seu na medida de seus méritos, deve levar em conta alguns conceitos.

A respeito, Bittar nos ensina:

O justo particular distributivo (*díkaiōn dianemeikón*) realiza-se quando se faz mister uma atribuição a membro da comunidade de bens pecuniários, de honras, cargos, assim como de deveres, responsabilidades, impostos[...] pressupõe-se uma relação de subordinação do tipo público-privado, sendo que a justiça e a injustiça do ato se radicam na própria ação do governante dirigida aos governados.⁶

Com isso, a justiça distributiva tem um caráter proporcional e meritocrático, haja vista ser praticada de acordo com um critério analítico em razão dos indivíduos então

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de Filosofia do Direito, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 130.

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de Filosofia do Direito, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 148.

escolhidos. O mérito é o que distingue e diferencia os indivíduos, sendo estes, de acordo com o critério, mais ou menos merecedores de benefícios ou ônus.

Não podemos perder de vista a sociedade de estrutura escravocrata em que Aristóteles viveu, a justificar, sob esta ótica, que o Estado, em primeiro lugar, deva dirigir seus esforços para aqueles que melhor desempenham sua função no cosmos. Nesse contexto, por exemplo, ao distribuir flautas novas, dever-se-ia destiná-las a quem as toca melhor e não a quem tem menos condições econômicas de adquiri-las.

O critério, contudo, poderia variar dependendo de o Estado ser democrático ou oligárquico.

O conceito da justiça distributiva possuía uma visão geométrica, própria do pensamento pitagórico aprendido na Academia de Platão.⁷

Dito isso, compreende-se os motivos pelos quais Aristóteles entendia que a Democracia seria uma deturpação da república, pois o poder exercido pelo povo tenderia a distribuir a riqueza de “forma injusta”, ou seja, seria dirigida àqueles que menos cumprem sua função no “cosmos” e não àqueles que verdadeiramente a merecessem. Ao se relegar a riqueza aos ricos, de forma indireta estaria fazendo uma “injustiça”.

Por outro lado, a democracia, como vista por Aristóteles, era baseada no critério da liberdade de quase todos e, quando isso acontece, receberiam direitos políticos iguais, o que os levaria a exercê-la em detrimento de outros setores da *polis*. Na democracia, a tendência seria pelo aparecimento de demagogos, e estes tenderiam a assumir o poder de forma isolada.

Não podemos tentar julgar o conceito aristotélico com o que hoje se entende de um Estado Democrático e de Direito. A república seria a melhor solução caso todos (ou quase todos) assumissem o poder, pois distribuiriam melhor a riqueza para

⁷ FIORITO, Mauricio. Justiça Distributiva e a Equidade. Visão de Aristóteles. Aplicação na Justiça Eleitoral. In: XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, 28, 2019. Anais (on-line). Goiânia, GO: CONPEDI, 2019. pp 181-201. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/4vwz838t/uz1QF9pAXz5s75gV.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

aqueles que realmente a merecessem, sendo a democracia uma degeneração do instituto, porque a destinariam para aqueles não virtuosos.

Esta visão foi com o passar dos anos realçada, pois a distribuição de renda para os mais necessitados, ao invés da concentração de riquezas para poucos, é um conceito amplamente aceito como o correto.

Ademais, a forma como eram escolhidos em praça pública os futuros governantes e magistrados trouxe uma nova visão de compartilhamento de poder como até então nunca visto.

O que ficou para a maioria é que a palavra “democracia” significa um poder de muitos, um poder exercido não por uma só pessoa ou alguns; governo este que busca o bem-estar de seus cidadãos.

Como se observa, o conceito de democracia não é estático, muito pelo contrário “é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançado.”⁸

Segundo Paulo Bonavides:

Variam pois de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se há de entender por democracia. Afigura-se-nos porém que substancial parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo.⁹

Reforçando tal posicionamento, nas lições de José Jairo Gomes:

[...] angariou fama a fórmula apresentada pelo célebre presidente norte-americano Abraham Lincoln (considerado um dos idealizadores do regime democrático contemporâneo), para que a democracia é the government of the people, by the people, for the people. Cumpre destacar o by the people, já que o povo é o artífice permanente da democracia. Esta não resiste à indiferença do povo, pois é a participação popular que a mantém viva.¹⁰

Mais recentemente, podemos citar a tentativa de Norberto Bobbio em definir democracia:

[...] mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 225.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019. p. 288.

¹⁰ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 64.

participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.¹¹

Diante da dificuldade em se chegar a uma aceção definitiva do significado de democracia, tenta-se encontrar elementos conceituais comuns às experiências democráticas. Neste sentido:

Uma definição rigorosamente jurídica de democracia seria considerá-la apenas como o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados. Mas o conceito completo de democracia é mais amplo. Para que os governados realmente elejam, isto é, escolham os governantes, é preciso absolutamente que haja liberdade de eleger e igualdade entre os eleitores.

Se o povo não tem, de direito e de fato, o poder de indicar livremente a pessoa ou as pessoas que vão governar, não seria verdade dizer que os governados elegeram os governantes. Se apenas uma classe privilegiada, e não todos os indivíduos igualmente, é que elegeisse, também seria falso falar em eleições pelos governados. A democracia, pois, supõe a liberdade e a igualdade.¹²

Quanto ao tema, leciona Ricardo Lewandowski que, “embora do ponto de vista etimológico signifique simplesmente governo do povo, ela expressa uma ideia muito mais densa, plasmada que foi por lutas multisseculares contra a tirania e a opressão.”¹³

Percebe-se que foram várias as tentativas para se definir democracia, contudo, a sua conceituação pode ser mais bem compreendida quando analisada conjuntamente com a sua transformação no decorrer dos anos, o que será objeto do próximo tópico deste trabalho.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para os fins que essa dissertação se propõe, o marco inicial da chamada democracia e sua evolução está centrada em Atenas, por volta de 500 a.C. Embora haja algumas formas de governo do qual aparentemente alguma forma “democrática”

¹¹ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 20.

¹² AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 4ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2008. p. 266.

¹³ LEWANDOWSKI, Ricardo. Democracia na atualidade. Folha de São Paulo, 04 dez. 2018..

existia para o escolha de governantes, o fato é que do ponto de vista histórico, nada anterior teve repercussão no mundo ocidental que se comparasse aos gregos.

Nas palavras do historiador Moses Finley:

Foram os gregos que descobriram não apenas a democracia, mas também a política – a arte de decidir através da discussão pública – e, então, de obedecer às decisões como condição necessária da existência social civilizada. Não pretendo negar a possibilidade de que houvesse exemplos anteriores de democracias, as chamadas democracias tribais, por exemplo, ou as democracias na antiga Mesopotâmia, que alguns assiriologistas acreditam poder reconstituir através de investigação. Quaisquer que possam ser os fatos sobre estas últimas, eles não tiveram impacto histórico algum nas sociedades mais recentes. Os gregos, e apenas os gregos, descobriram a democracia nesse sentido; exatamente como Cristóvão Colombo, e não algum navegador viking, descobriu a América.¹⁴

Sendo assim, historicamente, a origem da democracia está atrelada à Atenas, na Grécia Antiga. “Com efeito, a democracia ateniense durou cerca de dois séculos, das reformas de Clístenes (509 a.C.) à paz de 322 a.C., quando Antíparo impôs a transformação das instituições políticas.”¹⁵

Alguns fatores histórico-sociais favoreceram o desenvolvimento da democracia grega, em especial o fato de ser exercida tão somente no território da *pólis*, geralmente uma pequena área, a participação de pequena parcela da população e a consciência do cidadão ateniense na necessidade de participar da política local.

Naquele tempo, a democracia era praticada diretamente pelos cidadãos que influenciavam nas decisões da sociedade e no destino da *pólis*. Dessa forma, as decisões gozavam de maior aceitação, pois eram tomadas com base na vontade popular. Resumidamente:

O governo de Atenas era complexo - por demais complexo para ser devidamente descrito aqui. Em seu âmago havia uma *assembleia* a que todos os cidadãos estavam autorizados a participar. A assembleia elegia alguns funcionários essenciais - gerais, por exemplo, por mais estranho que pareça. O principal método para selecionar os cidadãos para os outros deveres públicos era uma espécie de loteria em que os cidadãos que poderiam ser eleitos detinham a mesma chance de ser escolhidos. Segundo algumas estimativas, um cidadão comum tinha uma boa chance de ser

¹⁴ FINLEY, Moses I. Democracia antiga e moderna. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. p. 26-27.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.70.

escolhido por essa loteria pelo menos uma vez na vida para servir como o funcionário mais importante a presidir o governo.¹⁶

Referido modelo não seria aplicável hodiernamente. Tal participação direta dos cidadãos somente foi possível naquele momento porque estava restrita à pequena parcela da população:

Em sua pureza, essa forma de democracia é, nos dias correntes, impraticável. Não é possível reunir o povo para deliberar sobre as inúmeras e complexas questões que diuturnamente exigem do governo respostas imediatas. Aliás, se Atenas tivesse adotado o sufrágio universal, também lá a democracia direta certamente teria sido inviável. Como se sabe, a sociedade ateniense dividia-se em três classes: a dos cidadãos livres, a dos comerciantes e artesãos, a dos escravos e mulheres; a essas há que acrescentar os estrangeiros. Somente a primeira classe – a dos cidadãos livres – detinha direitos políticos, podendo, pois, participar da vida pública, do debate nas assembleias e, portanto, das decisões. Assim, quando se fala do povo de Atenas, está-se falando de menos de 10% da população.¹⁷

Paulo Bonavides, após citar inúmeros pesquisadores e historiadores, adverte que a despeito da participação de parte da população em tomada de decisões ou escolha de alguns representantes, a liberdade individual, como a entendemos em nossos dias, deu lugar ao sentimento coletivo em detrimento do particular. O bem estar da *polis* estava sempre em primeiro plano.¹⁸

Referido constitucionalista, contudo, faz ao final um contraponto, ao mencionar o pensamento de Miguel Reale, quando descreve parte da obra “Horizontes do Direito e da História”, em que este afirma que o homem grego possuía um “tipo especial de liberdade, que só brilhava em sua plenitude quando o cidadão afirmava a sua vontade dentro dos limites da polis”. Ali, ao menos por breves instantes, o individual se sobrepunha, ainda que limitado a valores e ideologias reinantes.¹⁹

Após o fracasso da experiência dos antigos, o que, aliás, foi bem tímida para os padrões atuais, a democracia vista como possibilidade de participação popular na escolha de representantes e de um Estado que garanta as liberdades individuais

¹⁶ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 22.

¹⁷ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 66.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. O antiindividualismo do Estado-Cidade ou a índole coletivista das comunidades gregas. 2013 São Paulo. Malheiros, 11 ed. Pag.146/153

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 2013. O pensamento de Miguel Reale. São Paulo. Malheiros, 11 ed. Pag. 160/161.

pouco se destacou ou evoluiu, prevalecendo no mundo ocidental outras formas de governos, em especial as monarquias absolutistas.

Historicamente, o primeiro movimento no sentido de restringir o poder do soberano, considerado o cerne do pensamento democrático, está na Magna Carta assinada por João Sem Terra, rei da Inglaterra, em 1215. Segundo Celso Ribeiro Bastos:

Do ponto de vista prático, contudo, ainda demorou para que se efetuassem conquistas contra a cidadela do poder monárquico. Esta começa a receber as primeiras fissuras quando os reis da Idade Média pactuavam com seus súditos acordos, mediante os quais estes últimos confirmavam a supremacia monárquica, enquanto o rei, por sua vez, fazia algumas concessões a certos estamentos sociais. A mais célebre destas Cartas, denominada em latim *Magna Carta Libertatum*, foi extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra em 1215, quando este se apresentava enfraquecido pelas derrotas militares que sofrera.²⁰

Como se sabe, passava-se pelo período da chamada “Baixa Idade Média”, época em que o sistema feudal de produção começa a dar os primeiros sinais de enfraquecimento. João Sem Terra sucedeu o rei “Ricardo Coração de Leão”. O rei João ficou assim conhecido pelo fato de durante seu reinado não ter agregado nenhuma propriedade a seu reino, sendo certo que tentou, sem sucesso, por inúmeras vezes, por intermédio de guerras e disputas, conquistar territórios entre os anos de 1199 a 1216.

Tal sede de novas áreas acabou por levar o reino à quase ruína, visto ter imposto tanto a população local (súditos do rei), como aos barões, altos impostos, circunstância que nada lhe adiantou. Para piorar sua situação, João Sem Terra se desentendeu com o Papa Inocêncio III (chegou a ser excomungado), culminando com a revolta dos barões ingleses, forçando-o em 10 de junho de 1215 a assinar a Magna Carta, limitando, pela primeira vez, os poderes do então monarca.²¹

O documento, também conhecido como *Magna Charta Lebertatum*, dentre outros itens, destacava que o aumento de impostos e a criação de novas leis deveriam passar obrigatoriamente pelo conselho de nobres. Inicialmente a Carta Magna continha 63 itens, dentre eles o respeito à obediência, à legalidade, liberdade de

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 267.

²¹ ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. Direitos Humanos. LTr : São Paulo 2016. pp. 12/13.

locomoção, acesso à justiça e liberdade à igreja, mas logo após a morte de João Sem Terra, seu filho, nos anos seguintes, tentou reduzi-la.

Após a democracia Grega ter ficado adormecida durante mais de mil anos, a Carta Magna foi uma espécie de renascença, sendo uma tentativa válida de início de retirada do poder absoluto de um rei, vinculando suas decisões à apreciação de outras pessoas.

Em 1628 foi redigido um documento conhecido como “Petição de Direitos” (*Petition of Rights*), em que foi solicitado ao rei reconhecimento de diversos direitos e liberdades aos súditos, circunstâncias estas já há muito previstas na Carta Magna, em especial em seu artigo 39, alias escrita em latim, onde se afirmou que nenhum homem livre seria preso ou punido sem antes a questão ser previamente analisada pelo judiciário.²²

Tal artigo é considerado como o início do surgimento do devido processo legal (due process of law).

Cronologicamente, a Revolução Gloriosa (1688), também conhecida como a segunda Revolução Inglesa, foi o primeiro grande marco para o ressurgimento dos valores democráticos. O processo revolucionário culminou com a *Bill of Rights*, que restringiu os poderes do monarca. Houve a troca do absolutismo monárquico pela monarquia parlamentar.

Referida “carta de direitos”, transferiu em definitivo o poder do monarca para o Parlamento Inglês, estabelecendo a liberdade de imprensa, definindo o sistema monárquico parlamentar existente até hoje, tendo conferido direitos individuais no tocante à propriedade privada, bem como a criação de um exército. O monarca não mais poderia obter recursos para uso pessoal sem aprovação do Parlamento. A

²² BRITISH LIBRARY. English translation of Magna Carta. 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 09 abr. 2019: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, **except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.**”

mesma é considerada como um dos pilares do sistema constitucional do Reino Unido.²³

A revolução Gloriosa abriu caminho para a Revolução Industrial ocorrida no século seguinte, pois a burguesia finalmente logrou acumular capital e realizar investimentos, transformando a Inglaterra em potência mundial.

Durante o período da confecção da *Bill of Rights* Inglesa, destaca-se o pensamento liberal de John Locke (1632 a 1704) que defende a maior participação popular nos processos decisórios, afirmando que:

Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento.

[...]

Quando um ou mais indivíduos assumem a tarefa de legislar, sem que o povo os tenha autorizado a fazê-lo, eles fazem leis sem autoridade, e por isso o povo não é obrigado a obedecê-las.

[...]

A razão por que os homens entram em sociedade é a preservação de sua propriedade; e o fim a que se propõem quando escolhem e autorizam um legislativo é que haja leis e regulamentos estabelecidos, que sirvam de proteção e defesa para as propriedades de todos os membros da sociedade, para limitar o poder e moderar a dominação de cada parte e de cada membro da sociedade.

[...]

cada vez que os legisladores tentam tomar ou destruir a propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, estão se colocando em um estado de guerra contra o povo, que fica, portanto, dispensado de qualquer obediência

[...]

Quem vai julgar se o príncipe ou o legislativo agiram contra a missão que lhes foi confiada? Isso, talvez, homens maldispostos e facciosos possam espalhar entre o povo quando o príncipe só faz uso de sua devida prerrogativa. Eu respondo: O povo será o juiz;²⁴

Locke também defendia em seus estudos a existência de três poderes que deveriam exercer as funções do governo: poder legislativo, poder executivo e poder federativo. Neste sentido:

O poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente

[...]

²³ LIMA, Carolina Alves de Souza. Revoluções Burguesas: Contribuições para a Conquista da Cidadania e dos Diretos Fundamentais. 2016. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, pp. 99/101.

²⁴ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. pp. 139/214/218/233.

Entretanto, como basta pouco tempo para fazer aquelas leis que serão executadas de maneira contínua e que permanecerão indefinidamente em vigor, não é necessário que o legislativo esteja sempre em funcionamento se não há trabalho a fazer; e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.

[...]

Por isso, frequentemente o poder legislativo e o executivo ficam separados.²⁵

Por fim, o poder federativo definido por Locke:

[...] tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chamá-lo de federativo. Uma vez que se compreenda do que se trata, pouco me importa o nome que receba.

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos.²⁶

A transcrição de parte dos textos de Locke demonstra que para o referido autor, a soberania do monarca não mais tinha razão de ser, devendo o poder ser fragmentado, advindo do estado de natureza, sendo que o poder judiciário conceitualmente mais aparece como fazendo parte do executivo, ocupando-se da administração das normas. Não haveria razão para o poder político advir do medo (Hobbes), nem da tradição, existindo unicamente pelo consentimento expresso de todos os homens que nascem originariamente livres e iguais, dos quais emprestam parte de sua liberdade para a consecução da paz e da propriedade.

Esta “passagem” do estado de natureza para a sociedade civil pressupõe um consentimento para a consecução de um verdadeiro contrato social, qualificando-se, entretanto, por inexistir submissão de cada indivíduo a um governante com poderes ilimitados, sendo sua razão de ser a de preservar os direitos naturais inerentes a todos os homens. A sociedade civil idealizada por Locke, o poder legislativo (elaborador das leis), prevalece ao executivo (cumpridor das leis) e ao poder federativo (poder de

²⁵ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. pp. 163/170/171.

²⁶ Ibid., p. 171.

guerra e paz e de realizar alianças). Inexiste, portanto, para Locke, uma separação de poderes harmoniosos como mais tarde foi preconizada por Montesquieu.

Nota-se que a sociedade democrática, ao menos em teoria, avançava lentamente. Fato importante para a presente dissertação foi o pensamento de John Locke. A transferência do poder absolutista para diversos poderes e, dentre eles, o mais importante, o Legislativo, exatamente porque o mesmo deveria ser escolhido pelo povo para idealizar leis em seu nome, ressaltando que a proteção da propriedade individual deve ter tratamento privilegiado.

Paralelamente ao que estava acontecendo na Europa, na América do Norte também eclodia a ideia de independência de um poder central, ou seja, a vontade das colônias de se autodeclararem independentes do jugo da Grã-Bretanha. O movimento era claro ao pretender o fim da colonização começada em 1607.

As 13 colônias estavam cansadas de serem exploradas. A Inglaterra havia perdido a guerra para a França (Guerra dos Sete Anos) e, sem alternativa, passou a exigir cada vez mais impostos, criando, por exemplo, a Lei do Açúcar (Sugar ACT) em 1764 e a Lei do Selo (Stamp Act) em 1765, além de exigir tributos sobre o chá, o chumbo, papel e vidro.

As rebeliões começaram a eclodir, tendo o rei Jorge III determinado que as tropas britânicas fossem reforçadas, gerando uma luta armada, lideradas no lado dos colonos americanos por George Washington. Em 04 de julho de 1776, foi aprovada a Declaração de Independência dos Estados Unidos, também conhecida como Declaração de Direitos da Virgínia, redigida por Thomas Jefferson, John Adams e Benjamin Franklin, trouxe em seu texto vários valores democráticos, tais como: o poder emana do povo (*Section 2*); e, governo deve ser instituído para o bem do povo e deve ser substituído caso seja incapaz de preencher esta finalidade (*Section 5*); eleições livres(*Section 6*).²⁷

As 13 colônias adotaram um regime confederado, sendo que em 1787 foi promulgada a Constituição Americana, sendo a primeira a receber a palavra “povo”

²⁷ Disponível em <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>> Acesso em: 20 dez. 2018.

em seu preâmbulo, sendo certo, todavia, ter sido recusada a inclusão da *bill of rights* ou de uma *declaration of rights* no texto da primeira Constituição Americana.

Adhemar Ferreira Maciel, em estudo sobre os reflexos no direito constitucional Brasileiro da *bill of rights* americana, apresenta no Capítulo V de seu livro conjecturas sobre o porquê de tal recusa. Aparentemente

muitos federalistas temiam que um rol de garantias e direitos fosse enfraquecer o governo central em prol dos Estados-Membros. Outros acreditavam que os trabalhos dos convencionais já estavam atrasados, e a inclusão de garantias e direitos iria retardar, ainda mais, a ultimação da Constituição. Constituintes, como James Wilson, defendiam a tese de que os poderes não enumerados expressamente em favor do governo central pertenciam ao povo. Desse modo, era simplesmente *superfluous and absurd* cogitar-se de um *bill of rights*.²⁸

Contudo, os integrantes que compuseram a formulação da Primeira Constituição se comprometeram, após a ratificação desta, realizar uma emenda garantindo a inclusão dos chamados direitos fundamentais, o que de fato ocorreu em 1789. Importante ressaltar que embora não se tenha no ano de 1787 incluído expressamente uma *bill of rights*, já houve previsão de eleições “pelo povo” à Câmara dos Representantes. O artigo I, seções 2 e 3 praticamente só cuidavam de como seriam as eleições, inclusive para o Senado (esta de forma indireta).²⁹

A *Bill of Rights*, aprovada em 1789, incorporou-se a Constituição, possuindo em sua primeira versão 10 emendas, podendo-se destacar a Emenda 1³⁰, que lida com a liberdade de expressão; Emenda 4³¹, que dá proteção a propriedade privada; Emenda 6³², que cuida do julgamento penal (público, imparcial e juiz natural); Emenda

²⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte 2016, ed. DelRey, pps.101/102.

²⁹ **Seção 2**

A Câmara dos Representantes será composta de membros eleitos bianualmente pelo povo dos diversos Estados, devendo os eleitores em cada Estado possuir as mesmas qualificações exigidas dos eleitores da Assembléia Legislativa mais numerosa do respectivo Estado.

Seção 3

O Senado dos Estados Unidos será composto de dois Senadores de cada Estado, eleitos por seis anos pela respectiva Assembléia estadual, tendo cada Senador direito a um voto.

Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>.

³⁰ _____ . A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em:

<<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

³¹ Ibid., p. 7.

³² Ibid., p. 8.

8³³, que prevê não ser possível fianças ou multas exageradas ou excessivas; e, finalmente, a Emenda 10³⁴, que limita, a *contrario sensu*, os Estados aos princípios Constitucionais, deixando-os, por outro lado independentes para se auto governarem.

Já a Revolução Francesa (1789) teve como ideários os pensamentos de Montesquieu (1689 a 1755) e Rousseau (1712 a 1778). Ambos elaboraram conceitos que são citados e usados até hoje quando se pensa em democracia.

Montesquieu foi o responsável pela sistematização e aprimoramento da teoria da separação dos poderes, teorizada anteriormente por Locke, que reflete os anseios da sociedade da época em limitar os poderes absolutos do rei:

Montesquieu iniciara o famoso capítulo do *Esprit des lois* (1748) sobre a Constituição inglesa, separando os poderes legislativo, executivo e judiciário. Afirmara ainda: "Tudo estaria perdido se uma só pessoa, ou um só corpo de notáveis. de nobres ou de povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as decisões públicas e o de punir os delitos ou contendas entre os particulares."³⁵

Embora Montesquieu não tenha utilizado a expressão “separação de poderes”, a projeção de tal ideia ganhou o mundo, estando prevista em quase todas as Constituições ditas democráticas. Na verdade, há defesa da existência de um Estado onde se verifica uma harmonização de relações entre os poderes.

O referido escritor é considerado um dos maiores filósofos iluministas de sua época. Embora nascido em família aristocrática francesa, já tinha em mente que o então regime (monarquia absolutista) não iria se sustentar por muito tempo. Previu que era decadente, visto ter em seu bojo leis estruturadas em uma união política/religiosa, e por isso, imutável e perfeita aos olhos dos governantes.

Na nova concepção, a lei seria a expressão das relações necessárias que derivam da natureza das coisas (separação da religião da política). Haveria uma uniformidade do comportamento e na forma de organizar aos homens. Em “O Espírito das Leis”, há uma análise das leis positivas com relação ao clima, território, comércio

³³ Ibid., p. 8.

³⁴ Ibid., p. 8.

³⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998. p. 248.

e costumes locais. Estas relações sociais específicas de cada sociedade ditariam a efetividade ou não das normas.

Previu três formas de governo: a república, a monarquia e o governo despótico. A república democrática (indireta), ou seja, com escolha de representantes. A democracia seria realizada por membros da aristocracia voltados pelo princípio das virtudes. A monarquia seria o governo de apenas uma pessoa, que deve respeitar as leis (honra do governante e seus descendentes). Por último, o despotismo seria uma forma de governo em que o governante se coloca acima das leis, governando de forma absolutista, impondo o princípio do medo.

Tanto a república quanto a monarquia poderiam fracassar caso houvesse corrupção, ultrapassando, assim, os limites do ordenamento jurídico então vigente.

Na forma ideal da república, o governante (executivo) cuidaria da administração do território e de sua população. O parlamento teria a função de legislar, e os magistrados fiscalizariam o cumprimento da lei, de forma harmônica. A liberdade não seria uma ausência de leis, mas o cumprimento e respeito por leis adequadas a uma realidade territorial local.

Para o presente trabalho, mais do que discutir a “separação de poderes”, relevante se mostra a forma implacável como Montesquieu se manifestou contra a corrupção. A forma “não virtuosa” de governar traria efeitos devastadores. A liberdade seria um exercício de ação política responsável na qual não pode interferir nos interesses maiores do coletivo.

O perigo da democracia seria o momento em que todos se sentissem totalmente livres sem qualquer compromisso com o próximo. A única forma de solucionar o problema estaria na obediência de leis compatíveis com os anseios maiores do povo.

Em uma análise dos dois textos mais famosos de Locke (Tratado sobre o Governo Civil) e de Montesquieu (Espírito das Leis), Paulo Bonavides afirma que aquele “ficou longe de alcançar os efeitos do deste último, em matéria de contenção do poder. Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela

virtude dos governantes, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.”³⁶

Com relação a Rousseau, interessante mencionar um livro de sua autoria intitulado: *Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens*, publicado em 1755. Até este período, era comum se distinguir o homem do animal pela sua racionalidade e afetividade. Neste estudo, foi-se um pouco além.

Para o referido autor, os animais possuem algum grau de sensibilidade e até de inteligência, contudo são dotados de instrumentos genéticos que embora sejam extraordinários, não permitem que se aperfeiçoem. Já nascem programados por assim dizer e, assim sendo, são privados da liberdade, aqui entendido como possibilidade de se reinventar, se seguir outro caminho que a natureza lhe impôs.

Já o homem nasce com uma “perfectibilidade”, ou seja, pode se aperfeiçoar além das fronteiras à sua volta e, em virtude desta circunstância, é livre para fazer o que entenda o melhor para si.

Com base nestas premissas, Rousseau entende que o homem pode até criar uma cultura que de alguma forma se opõe a sua natureza originária (a de lutar por sua sobrevivência), para criar uma sociedade democrática, onde cada indivíduo entrega parte de sua liberdade para, em prol dos mais fracos, viverem em uma forma de governo onde se concorda que alguns digam a todos o que fazer ou o que não fazer.

Sua liberdade de evoluir como sua consciência lhe determina faz com que seu direito natural seja extinto, dando lugar a uma igualdade moral consubstanciada em um novo corpo político (do qual denominou como República). Nos estudos de Rousseau, destaca-se o conceito de vontade geral, que se pode considerar a essência da soberania popular e da democracia:

Se o Estado ou a Cidade não constituem senão uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, torna-se-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente ao todo. Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre

³⁶ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11ª ed. São Paulo: Malheiros 2013. p. 47.

todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania.³⁷

O que se pode concluir é que “o contrato” servirá como verdadeira garantia da liberdade, embora cada membro da sociedade individualmente dê um pouco da individual, numa união de forças e vontades, fato impossível ao homem em seu estado natural. Enquanto a vontade individual teria apenas sentido para se atingir vontades pessoais, a geral teria como principal objetivo a concretização da igualdade. Nas palavras de Bittar: “Sua proposta, por um só ato, mantém a ordem do Estado, renuncia ao caos e à desordem implantados, institui o culto do estado de natureza, privilegia a liberdade e enaltece os fins sociais.”³⁸

Novamente, quanto ao que se destina este texto é o fato de que para Rousseau, o poder da vontade geral em criação de pacto social dá legitimidade para seus representantes emanarem leis em seu nome, visto nada mais significar a vontade geral. A Assembleia Nacional enquanto órgão produtor de leis seria o “coração” do Estado, enquanto o Legislativo seu cérebro. Uma vez aquele paralisado não haveria vida. Surge a ideia do sufrágio universal como figura indispensável de participação do cidadão.

Esse novo corpo prioriza o social, o bem de todos, mas de alguma forma pode hoje ser mal interpretado no sentido de se entender que há de certa forma uma contraposição às liberdades individuais. Contudo, ao que consta, a intenção foi no sentido de priorizar o todo sobre o individual, de forma a trazer segurança, harmonia e justiça ou invés de desordem e injustiças advindas de um sistema sem regras.

Os pensamentos de Montesquieu e de Rousseau foram catalisadores da revolta à monarquia então reinante, onde o rei agia de forma déspota. Os ideais da liberdade, igualdade e fraternidade transporiam as fronteiras francesas e ganharam o mundo.

Documento fundamental da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) expressou em seu artigo 6º o ideal democrático, no

³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. pp. 38-39.

³⁸ BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 4ª ed. São Paulo. Athas S.A.: 2005 p. 253.

sentido de que todo cidadão tem direito de concorrer pessoalmente ou por mandatário para a formação da lei:

Article 6. La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.³⁹

Ainda, o artigo 16 da mesma Declaração consagrou a separação de poderes como princípio fundamental: Article 16. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.⁴⁰

Fazendo um paralelo sobre a *Bill of Rights* americana e a *Declaração do Homem e do Cidadão* francesa, ambas de 1789, Adhemar Ferreira Maciel observa:

(...) notamos um cunho pragmático no primeiro e um arroubo doutrinário nas segundas. Além das diferenças de mentalidade – anglo-saxônica e romano-germânica -, os americanos queriam uma Constituição para “eles”, os franceses, para “toda a humanidade”. Os revolucionários americanos se preocuparam talvez mais com o “regime de governo” (república) do que propriamente com a “forma de Estado” (federação). Estava praticamente assentado pelos justilósofos da época – com Montesquieu à frente – que “república” não dava certo em grandes extensões territoriais. Uma república, tal como almejavam os “centralistas” norte-americanos, estava fadada ao fracasso, e somente se consolidaria através de governo despótico. Dai a preocupação dos “antifederalistas” com a cedência de direitos por treze Estados soberanos em prol de um ente novo. Esse passo no escuro poderia redundar na perda da liberdade pela qual todos tinham lutado. Mas, os constituintes foram sábios o suficiente para criar um novo Estado, no qual os poderes delegados cediam em prol do governo da União. Foi uma obra genial de engenharia política, capaz de unir treze Estados (antigas colônias) sob um mesmo teto político.⁴¹

³⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> Acesso em: 20 dez. 2018..

⁴⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Em tradução livre:

Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁴¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte 2016, ed. DelRey, pp. 423/424.

Não há dúvidas de que a revolução francesa levou ao poder a chamada classe burguesa, derrubando o absolutismo do antigo regime, iniciando-se a implantação do liberalismo. Paulo Bonavides, contudo, faz uma observação “antes o poder do rei tinha ascendência sobre o econômico (a burguesia). Depois, dá-se o inverso: é o econômico que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.”⁴²

Embora se verifique algumas críticas ao liberalismo que sucedeu o absolutismo francês, a contribuição de Locke e Rousseau para a democracia foi relevante, conforme destaca Norberto Bobbio:

Estes são considerados com razão os pais da Democracia moderna. Há, apesar de tudo, entre Locke e Rousseau, uma diferença essencial na maneira de conceber o poder legislativo: para Locke, este deve ser exercido por representantes, enquanto que para Rousseau deve ser assumido diretamente pelos cidadãos.⁴³

Ao resumir o período marcado pelas revoluções burguesas, nos ensina Darcy Azambuja que:

“Após o regime feudal, na Idade Média, e após as monarquias absolutas que se organizaram desde o século XV, surgiu, em fins do século XVIII, nos Estados Unidos da América, e nos fins do século XIX, em quase toda a Europa, a chamada democracia clássica, que se consolidava na Inglaterra desde o século XVII. A democracia clássica foi a vitória das idéias de liberdade política civil contra o absolutismo, e seus traços característicos poderiam ser assim resumidos: a. o poder político pertence ao povo, é a soberania popular; b. o poder político é exercido por órgãos diferentes, autônomos e independentes; é a teoria da divisão de poderes; c. as prerrogativas dos governantes são limitadas explicitamente pela Constituição; d. são declarados e assegurados os direitos individuais.”⁴⁴

Igualmente, José Afonso da Silva destacou:

O princípio da separação de poderes já se encontrava sugerido em Aristóteles (Política, IV, 11, 129a), John Locke (*Ensayo sobre el gobierno civil*, XII, §§ 143 e 148) e Rousseau (*Du contrat social*, III, 1.), que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu (De l'esprit des lois, XI, 5.). Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias Inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tomou-se, com a Revolução Francesa, um dogma

⁴² BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11ª ed. São Paulo: Malheiros 2013. p. 55.

⁴³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998. p. 322.

⁴⁴ AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 4ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2008. pp. 245-246.

constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituído a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.”⁴⁵

Embora contemporaneamente o conceito clássico de tripartição de poderes esteja relativizado, estando para alguns até em declínio⁴⁶, o que aqui nos interessa é a menção que este princípio foi um importante fator para o desenvolvimento da democracia, pois a partir de sua efetiva implantação constitucional, as forças políticas foram pouco a pouco fragmentadas, havendo cada vez mais um controle de “todos para com todos”. Daí a origem posterior do chamado “*checks and balances*” (freios e contrapesos), instituto que, na realidade, trouxe em si uma forma de maior colaboração e, ao mesmo tempo, fiscalização entre os poderes, sendo que as demandas da população foram e estão cada vez mais presentes.

A separação de poderes atrelada à liberdade de expressão e de informação, bem como a amplitude da participação popular por intermédio de eleições livres para todos (igualdade e liberdade), formam a base da verdadeira democracia.

José Afonso da Silva nos presenteia com uma primorosa definição:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo;; (b) a participação direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais, com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular.⁴⁷

A valorização da democracia só se fez crescer com o passar dos anos, ficando clara a luta da sociedade internacional ocidental contra qualquer tentativa de afronta aos valores democráticos, culminando com as duas Grandes Guerras na primeira metade do século XX.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111.

⁴⁶ Neste sentido: BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019. pp.157-159; DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 221-223.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 133.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas, representando os anseios da comunidade de nações, publicou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que dispõe:

Artigo 21.

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.
3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.⁴⁸

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992), em seu artigo 25, replicando no território nacional o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966, prevê que:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.⁴⁹

Tais diplomas normativos elevaram o *status* da democracia, consagrando a sua característica de direitos humanos, tornando-a “fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, definindo sua estética, o modo como elas existem e operam”.⁵⁰

Conforme se extrai dos textos supracitados, o entendimento moderno de democracia está fundamentado na participação dos cidadãos, pelo voto, nas decisões de interesse da coletividade. Ou seja, busca-se a universalização dos direitos políticos:

Resumindo, as instituições políticas do moderno governo democrático são:

- *Funcionários eleitos.* (...)

⁴⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Universal Declaration of Human Rights. 1948. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁹BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992,. Art. 25. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 abr. 20199.

⁵⁰ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 62.

- *Eleições livres, justas e frequentes. (...)*
- *Liberdade de expressão. (...)*
- *Fontes de informação diversificadas. (...)*
- *Autonomia para as associações. (...)*
- *Cidadania inclusiva. (...).*⁵¹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 1º⁵², como fundamento do regime político a ser adotado, a prevalência do princípio democrático.

A situação brasileira expressa o sentimento de valorização das instituições democráticas durante o século XX e início do século XXI.

Ao concluir a sua análise histórica sobre a evolução das sociedades democráticas, nos ensina Dahl:

Assim, por essas e outras razões, o século XX mostrou ser o Século do Triunfo Democrático. No entanto, devemos encarar esse triunfo com certa cautela. Por um lado, em muitos países “democráticos”, as instituições políticas básicas eram frágeis ou imperfeitas. (...) Portanto, o “triunfo da democracia” era bem menos completo do que algumas vezes retratado.

[...]

Além disso, é razoável perguntar se o sucesso democrático se sustentará no século XXI. A resposta depende do quanto for satisfatória a maneira como os países democráticos resolvam suas dificuldades.⁵³

Contudo, de acordo com organização *Freedom World*, responsável pela defesa dos direitos humanos e da democracia, quando da publicação do relatório *Freedom in the World 2018*, de um total de 195 nações analisadas, constatou-se que 45% dos países apresentaram regime totalmente democrático, 30% das nações foram

⁵¹ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 180-181.

⁵² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵³ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 180-181.

consideradas parcialmente democráticas e 25% dos Estados conceituados como governos não democráticos.⁵⁴

Ou seja, embora seja perceptível uma evolução das liberdades individuais ao redor do mundo, longo caminho ainda há que se percorrer. Infelizmente, sempre se vê surgir em alguma parte políticos que entendem serem a única resposta aos anseios de uma determinada população. Uma vez sentindo o gosto do poder, flertam com vontade quase incontrolável de continuar indefinidamente esmagando todos aqueles que o criticam. Modernamente tentam controlar a mídia e as redes sociais, impedindo a livre circulação de informações e ideias e, infelizmente, usam até da força de suas armas contra a revolta dos que querem ser ouvidos.

1.3 TIPOS DE DEMOCRACIA

Segundo a classificação utilizada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Dalmo Dallari, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, três são os tipos de democracia: democracia direta, democracia participativa e democracia representativa.

1.3.1 Democracia direta

Em seu início, na Grécia Antiga, a democracia funcionava por meio do sistema de assembleias, responsáveis pela tomada de decisões políticas. Todo cidadão tinha direito de participação, lembrando que o conceito de cidadão era bem restrito, o que acabava por excluir a grande maioria das pessoas do processo decisório.

Nas assembleias, as decisões eram tomadas diretamente pela vontade de seus cidadãos, expressada pessoalmente e sem qualquer intermediação. Os maiores obstáculos para a continuidade da democracia direta foram a dimensão territorial dos Estados e aumento significativo de suas populações. Por isso, foi:

[...] considerada pelos pensadores políticos como própria apenas para Estados de exíguo território e pequeníssima população. Somente nestes, com efeito, era possível reunir em assembleia todos os cidadãos para que estes, após debate livre, tomassem as decisões políticas, votando, inclusive,

⁵⁴ Disponível em: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2018_Final_SinglePage.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2019.

a lei. Por isso, conquanto admirado, o modelo foi posto quase no rol das curiosidades [...].⁵⁵

Atualmente, tal processo apresenta-se como inviável, pois nas lições de Dallari:

Nos dias atuais, em que a regra são colégios eleitorais numerosíssimos e as decisões de interesse público muito frequentes, exigindo uma intensa atividade legislativa, é difícil, quase absurdo mesmo, pensar-se na hipótese de constantes manifestações do povo, para que se saiba rapidamente qual a sua vontade.

Entretanto, embora com amplitude bastante reduzida, não desapareceu de todo a prática de pronunciamento direto do povo, existindo alguns institutos que são classificados como expressões de democracia direta. Referindo-se a essas práticas, BURDEAU qualifica-as de mera curiosidade histórica, entendendo que só existe mesmo a democracia direta na Landsgemeinde, que ainda se encontra em alguns Cantões suíços: Glaris, Unterwalden e Appenzell.⁵⁶

Porém, segundo o mesmo autor, ainda há perspectivas para a democracia direta no futuro, uma vez que:

No momento em que os mais avançados recursos técnicos para captação e transmissão de opiniões, como terminais de computadores, forem utilizados para fins políticos será possível a participação direta do povo, mesmo nos grandes Estados. Mas para isso será necessário superar as resistências dos políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes.⁵⁷

Este ponto é muito interessante, pois até pouco tempo se entendia ser impossível, com exceção de alguns Cantões suíços, a possibilidade prática de um sistema eleitoral verdadeiramente direto, no sentido de todos os legitimados efetivamente participassem não só de uma eleição para escolha de seus representantes, mas de todas ou quase todas as decisões da sociedade em que vivem.

Contudo, com a revolução trazida pela internet, onde todos tem na palma da mão acesso a todo mundo dito digital, não será difícil em breve ser esta uma real possibilidade. O problema não será a condição técnica, mas a política. Haveria uma mudança radical da forma como as decisões seriam tomadas e as consequências advindas seriam enormes. Dificilmente viria de “cima para baixo”. Mais uma vez a

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 152.

⁵⁷ Ibid., p.153.

pressão deveria vir da sociedade de forma avassaladora, e quem sabe, de forma tímida, iniciar-se.

1.3.2 Democracia participativa ou semidireta

Como o próprio nome sugere, é considerado um tipo misto de democracia, sendo por vezes designado como um subtipo da democracia indireta.

Esse modelo foi elaborado como uma alternativa ao sistema representativo, como ensina Celso Ribeiro Bastos: “os instrumentos de democracia semidireta, portanto, são a tentativa de dar mais materialidade ao sistema indireto. É tentar reaproximar o cidadão da decisão política, sem intermediário.”⁵⁸

Nas palavras de Ferreira Filho, o Brasil “adotou a atual Lei Fundamental institutos de democracia semidireta — plebiscito, referendo e iniciativa popular, hoje regulamentados pela Lei n. 9.709/98”⁵⁹ e previstos no artigo 14⁶⁰ de nossa Constituição.

Definindo os institutos de democracia semidireta trazidos pela Lei Maior brasileira, leciona Bastos:

- I - Plebiscito - no plebiscito há a manifestação popular, onde o eleitorado decide, ou toma posição, diante de uma determinada questão. Assim, em termos práticos, é feita uma pergunta à qual responde o eleitor. Em 1993 houve um plebiscito para decidir sobre a forma e o sistema de governo.
- II - Referendo - é uma forma de manifestação popular, em que o eleitor aprova ou rejeita uma atitude governamental.
- III - Iniciativa popular - é o direito de uma parcela da população (um por cento do eleitorado) apresentar ao Poder Legislativo um projeto de lei que deverá ser examinado e votado. Os eleitores também podem usar deste instrumento em nível estadual e municipal.⁶¹

Para Bonavides:

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 405.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100.

⁶⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 405.

Com a democracia semidireta, a alienação política da vontade popular fez-se apenas parcialmente. A soberania está com o povo, e com o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertencente por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública. Determinadas instituições, como o referendium, a iniciativa, o veto e o direito de revogação, fazem efetiva a intervenção do povo, garantem-lhe um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontestável.⁶²

Como se vê, a democracia participativa confere maior grau de responsabilidade e comprometimento dos cidadãos com o rumo político-jurídico do Estado.

Contudo, no Brasil, quase são inexistentes exemplos de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Podemos citar como exemplo de referendo a manutenção do sistema parlamentar de governo (presidencialismo) em 1963 e a ocorrida em 2005 sobre o desarmamento, culminando posteriormente com a edição do chamado Estatuto do Desarmamento. Como exemplo de iniciativa popular podemos citar a “Lei da Ficha Limpa”. Como exemplo de plebiscito podemos citar o que ocorreu em 1993 para determinar a forma e o sistema de governo no país, ganhando a escolha “república presidencialista”.

Estes instrumentos de consulta popular são importantes no sentido de balizamento da opinião da maioria da população num determinado momento, sobre um determinado tema, sendo, contudo, muito pouco utilizados no Brasil. Mais do que opinar sobre determinado assunto, é compartilhado com a população a responsabilidade da condução e normatização de determinado tema do qual o parlamento sinta não ter legitimidade plena para sozinho concretizá-lo. Deveriam ser mais utilizados.

1.3.3 Democracia representativa ou indireta

Esta é a opção do legislador brasileiro. O eleitor individualmente nada decide. Por intermédio do voto, escolhe seus representantes para em seu nome governar ou elaborar leis. Baseia-se na ideia de que a maioria da população não possui condições de bem decidir sobre os rumos da nação e, por outro lado, não teria condições de a cada momento ser chamado a decidir sobre um problema específico.

⁶² BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019. p. 296.

Estas atribuições, assim, são conferidas àqueles que cada eleitor entende ser o mais preparado, outorgando-lhe mandato para durante certo período representá-lo.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A base fundamental da representação é a ideia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e conseqüentemente bem decidir os problemas políticos. Assim, no interesse de todos, essas decisões devem ser confiadas aos mais capazes, aos representantes do povo. Mas todo e qualquer homem tem a capacidade de identificar, no seu círculo de convívio, esses que são mais capazes. Por isso, a seleção desses representantes deve ser dada a todo o povo, que a estabelecerá por meio de uma eleição (observe-se que, para a doutrina política helênica, a eleição era um método aristocrático de seleção, enquanto o sorteio é que era considerado o modo democrático).⁶³

Nas palavras de Dallari:

Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.⁶⁴

Ao analisar a opção feita pela Constituição brasileira, José Afonso da Silva conclui:

[...] os constituintes optaram por um modelo de democracia representativa que tem como sujeitos principais os partidos políticos, que vão ser os protagonistas quase exclusivos do jogo político, com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental. Daí decorre que o regime assume uma forma de democracia participativa
[...]
A esse modelo, a Constituição incorpora princípios da justiça social e do pluralismo. Assim o modelo é o de uma democracia social, participativa e pluralista.⁶⁵

Esta forma de exercício da democracia é praticamente utilizada em todo o mundo, dado as dificuldades práticas da primeira (direta) e pouco interesse político da segunda (semidireta). De qualquer forma, como já vimos, a participação popular na escolha de seus representantes foi uma vitória contra regimes absolutistas e, como veremos, é potente instrumento de mudança de rumos de uma sociedade.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 156.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2014, pp. 147-148.

1.4 DEMOCRACIA E O PROCESSO ELEITORAL

O processo eleitoral é um dos instrumentos necessários para a legitimação da democracia, juntamente com a liberdade de expressão que será abordada no próximo capítulo.

Pode-se afirmar que nações onde não haja eleições não são democráticas, sem, contudo, significar que os países onde elas ocorrem serão automaticamente democráticos, pois para isso devem ocorrer eleições democráticas.

Para Robert Dahl:

A única solução viável, embora bastante imperfeita, é que os cidadãos elejam seus funcionários mais importantes e os mantenham mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes. [...]

Se aceitamos a conveniência da igualdade política, todos os cidadãos devem ter uma *oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais*. Para implementar a igualdade no voto, é evidente que as eleições devem ser livres e justas. Livres quer dizer que os cidadãos podem ir às urnas sem medo de repressão; para serem *justas*, todos os votos devem ser contados igualmente. Mesmo assim, eleições livres e justas não são o bastante. Imagine eleger representantes para um período de – digamos – vinte anos! Se os cidadãos quiserem manter *o controle final sobre o planejamento*, as eleições também devem ser frequentes.⁶⁶

Complementando os critérios trazidos por Dahl, as características essenciais de eleições democráticas podem ser resumidas da seguinte forma:

Eleições democráticas são livres, quando os cidadãos possam escolher entre vários candidatos ou partidos políticos, que podiam candidatar-se sem quaisquer restrições. Do mesmo modo, eles podem decidir livremente, se os eleitores querem aproveitar o seu direito votar ou abster-se.

Eleições democráticas são iguais, quando cada cidadão com direito a voto possui um voto e quando nem a sua descendência nem o seu sexo, língua, rendimentos ou posses, profissão, classe, identidade sexual, nível educacional, religião e convicção política tenham uma influência na quantificação dos votos. Cada voto tem o mesmo valor.

Em eleições democráticas não pode ser detectável, em qual partido político ou em qual candidato o cidadão individual votou. Elas são, portanto, secretas, quando cada eleitor possa meter, sem ser observado ou influenciado, numa cabine o seu boletim de voto dentro de um envelope e, a seguir, depositar na urna.

Além disso, eleições democráticas são públicas e transparentes. Isto significa, por um lado, que cada cidadão tem o direito de observar a contagem das urnas. Por outro lado, isto significa, que o caminho dos votos dos eleitores, a partir dos votos depositados na urna através do apuramento até

⁶⁶ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 107-109.

o cálculo das somas totais e de uma eventual distribuição de assentos, deve ser completamente compreensível.

Além destas condições é importante que eleições democráticas sejam realizadas periodicamente. Cada um sabe, quando se realizam as próximas eleições, para se poder preparar atempadamente. Deste modo é assegurado que se trata sempre de um “reinado” a tempo determinado e que a população tem a possibilidade de eleger um governo.⁶⁷

Além dos atributos, supra que quanto mais ampla for a participação popular, inclusive após o momento eleitoral, maior será a efetividade da democracia, nas palavras de Aline Osório:

[...] a participação não pode se concentrar nas lideranças políticas, nem se limitar ao momento eleitoral, sob pena de inviabilizar o “autogoverno” democrático ou torna-lo meramente nominal.

Além da periódica participação em eleições, a democracia requer, por definição, que os cidadãos sejam capazes de influenciar as decisões estatais. O autogoverno democrático depende, assim, do funcionamento de uma estrutura de comunicação – a “esfera pública” –, que permita a formação da “opinião pública” e da “vontade política coletiva”, que devem servir de insumos para orientar a ação governamental, nos períodos de sufrágio e pós-sufrágio.⁶⁸

Neste sentido já se posicionava Hans Kelsen:

A vontade da comunidade, numa democracia, é sempre criada através da discussão contínua entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. Essa discussão tem lugar não apenas no parlamento, mas também, e em primeiro lugar, em encontros políticos, jornais, livros e outros veículos de opinião.⁶⁹

Não é difícil de encontrar exemplos de governos autoritários que tentam de alguma forma a sua legitimação, devendo, contudo, ser verificada a efetiva participação popular. Para Dallari:

Esta permanente atenção à vontade do povo é indispensável para que o Estado forte não seja apenas uma ditadura. É muito importante que se ressalte este aspecto, porque muitas vezes, por despreparo ou má-fé, os governos fortes alegam a incapacidade do povo para entender os problemas de governo e, sob esse pretexto, impedem a participação de qualquer indivíduo que não pertença à burocracia e que não aceite integralmente as razões e os métodos do governo. Quando isto ocorre, não se tem o fortalecimento do Estado, mas sua degeneração.⁷⁰

⁶⁷ BECKER, Paula; O que é democracia? Luanda: Friedrich Ebert Stiftung, 2011. pp. 8-9.

⁶⁸ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, pp. 74-75.

⁶⁹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 411-412.

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 253.

E ainda, no processo eleitoral, deve-se atentar para outros fatores capazes de distorcer a plena satisfação dos princípios democráticos, entre os quais a influência do poder econômico, como já ensinaram André Guilherme Lemos Jorge e Michel Bertoni Soares:

[...] é preciso estabelecer mecanismos para que a coexistência entre poder econômico e soberania popular ocorra de maneira a preservar a possibilidade de os cidadãos elegerem os seus representantes, livres de situações caracterizadas por abuso do poder econômico.⁷¹

Desta forma, não se desconsidera a importância das eleições para a concretização de uma sociedade democrática, mas como se vê, é preciso atentar a um processo eleitoral hígido a determinadas regras e critérios, a fim de que não seja desvirtuado em prol dos interesses de uma pequena parcela da população. Como já se disse, não existe democracia sem eleições, mas nem toda nação que possua eleições é uma democracia. A alternância de poder, vinculada a uma estrutura de partidos fortes e representativos de todas as vertentes da sociedade, onde as ideias sejam livremente debatidas é a essência de um País que respeita seus cidadãos; dar a todos a possibilidade de se elegerem ou de participar efetivamente da eleição de seus representantes é o cerne da verdadeira democracia e, como vimos até aqui, a mesma percorreu longo caminho, havendo ainda muito a percorrer.

Cabe uma ressalva. Conforme se verá adiante com mais vagar, o direito à informação tem assumido em muitos momentos um protagonismo mais que merecido. Sem a disseminação da ampla divulgação das informações, não se pode afirmar existir uma democracia (mesmo havendo eleições livres e periódicas), visto que sem esse direito fundamental não existiria forma de pensar minimamente aceitável, restando à maioria da população papel de verdadeira “massa de manobras” de elites intelectuais ou de outros interesses que em nada possuem de republicanos.

Por último, a democracia atualmente estaria ou não entrando em retrocesso? Não há resposta unânime. A revista Dossiê de Vanguarda, tentou destacar a visão de

⁷¹ JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 87-104, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p87>. Acesso em: 20 dez. 2018.

que para muitos a partir de 2006 o mundo experimentou uma regressão, havendo uma ascensão de países como China e Rússia, no cenário internacional.⁷²

As eternas crises econômicas, corrupção e desigualdade social, fazem com que as massas pouco acreditem que realmente “fazem a diferença” em termos de efetivamente alguém os representar adequadamente no mundo eleitoral, tanto no executivo quanto no legislativo.

Infelizmente, ao que parece, mesmo havendo eleições e alternância de poder em praticamente todo lugar, há uma crescente crise de confiabilidade nas instituições o que é péssimo para a verdadeira democracia.

Se não se acredita nos Poderes constituídos, a ideia de representação política é desconfigurada., levando o eleitor a ter certeza que tudo faz parte de um mero teatro, onde ele finge que acredita que pode com seu voto mudar alguma coisa e, o candidato finge que se eleito irá realmente “fazer a diferença”.

Contudo, mesmo assim, nada temos de melhor em termos estruturais (claro que o voto distrital, ou distrital misto poderia ser pensado), competindo a cada um fazer valer o que foi conquistado com sangue e sacrifício de nossos antepassados.

⁷² <https://www.lavanguardia.com/vanguardia-dossier/20151211/30733569203/vanguardia-dossier-declive-democracia-liberal.html>. Acesso em 27/05/2020.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO AO ESQUECIMENTO

Após passarmos rapidamente pela evolução da democracia desde Atenas, creio ser importante uma análise sobre o possível conceito da dignidade da pessoa humana e como irradia suas luzes perante os chamados direitos fundamentais.

A verificação teórica e prática sobre a possibilidade da utilização da teoria do direito ao esquecimento, em especial na propaganda eleitoral, faz surgir a necessidade de bem fundamentar de forma estanque os dois temas, para depois tentar uni-los, e a partir de então, verificar suas possibilidades de aplicação no caso concreto.

Contudo, toda a teoria do direito ao esquecimento é centrada no conceito da dignidade humana, e a partir de seus “soldados”, verdadeiros combatentes, lutarem frente a frente - liberdade de expressão, pensamento e informação versus privacidade, honra e intimidade -, para caso a caso, verificar-se quem irá vencer.

Tais princípios e garantias somente são possíveis em uma sociedade verdadeiramente democrática, sendo que isto me levou a desenvolver o tema da forma como neste momento esclareço. Democracia, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, liberdade de expressão, pensamento e informação, privacidade e intimidade, propaganda eleitoral, direito ao esquecimento e, ao final, possibilidade de utilização deste último nas campanhas eleitorais.

2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Creio importante destacar ser hoje amplamente aceito o conceito de que o direito é um sistema aberto, ou seja, ele, como um organismo vivo, possui princípios e regras, mas interagem e podem a qualquer momento progredir ou se ajustarem à realidade.

Como se verá adiante, podemos considerar regras como uma conduta de fazer ou deixar de fazer, possuindo, portando, estrutura mais rígida. Já os princípios (em especial os constitucionais) seriam garantias fundamentais de um verdadeiro estado

democrático. Seriam mais genéricos e funcionariam como mandados de otimização. Contudo, como já dito acima, todos sofrem influência ou interação do meio externo, refletindo os anseios da sociedade, admitindo, portanto, mudanças de paradigma.

A solução dos chamados “casos difíceis”, bem como a aplicação e concretização dos princípios abertos da constituição, requerem mais do que mera aplicação de um arcabouço sistematizado de normas postas, visto que as mesmas inúmeras vezes são incapazes de bem solucionarem uma determinada questão.

A passagem do positivismo, no qual o magistrado deveria buscar para qualquer caso o que já estava previsto pela legislação, não mais se mostrou viável. A sociedade cada vez mais complexa exigia a cada momento novos caminhos, sendo certo que as demandas começaram a exigir decisões criativas, que nunca haviam sido pensadas pelos legisladores. A partir deste ponto, a utilização de princípios gerais tornou-se cada vez mais importante e necessária.

Contudo, para sua concretização há que se ter em mente a necessidade de progredir-se do positivismo puro, do qual como acima já se ressaltou, não é capaz de a tudo responder e atender. Um novo modo de interpretação deve surgir, visto ser impossível a lei a tudo prever. A nossa Constituição Federal, em seu Título I confere aos princípios o caráter de normas constitucionais, não mais havendo espaço para demais questionamentos sobre a normatividade dos princípios. Desta forma, os princípios são considerados fontes normativas primárias de nosso ordenamento jurídico, constituindo mandamento nuclear do sistema, exercendo função de alicerce sobre o qual se apoiam as demais normas, possibilitando a inteligência e compreensão do conjunto.

Então, é inegável observar que se as normas jurídicas não são apenas as regras, pois os princípios também têm força normativa, não é coerente utilizar o método positivista, para se aplicar o direito. Esta técnica leva o jurista a acreditar que o direito positivo é o único que importa, correndo-se o grave risco de suprimir alguns direitos fundamentais pelo simples motivo das regras não o contemplarem em seus preceitos.⁷³

A dignidade humana, em muitos sentidos, é a alma do Estado Democrático e de Direito, verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, refletindo, mesmo que abstratamente, os maiores ideais do constituinte. Confere a cada cidadão

⁷³ BERNARDES, Camila Fernandes Santos. CALCAGNO, Matheus Braga. A dignidade da pessoa humana como norma-princípio e seus reflexos frente a concretização dos direitos fundamentais sociais. Direitos sociais e políticas públicas II. ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende... [et al.] (Coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c929f2210333206f>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

sob a égide da constituição uma proteção quase matriarcal. O homem não pode ser tolhido em sua liberdade, tem direito a pensar e de se expressar, tem direito a ser bem informado, de ter sua intimidade e privacidade protegida, tem direito de participar da escolha de seus representantes, tem direitos que devem ser minimamente atendidos, como a alimentação, moradia, educação, saúde, e assim por diante.

Todos estes direitos e garantias têm como norte a dignidade humana, na qual, por intermédio de uma interpretação buscando alcançá-la, são dirigidos por tal princípio.

Inicialmente, a dignidade humana teve origem religiosa, dirigida aos cristãos, conforme se vê em São Tomás de Aquino (*dignitas humana*), visão esta jusnaturalista, pois seria inata a todo ser humano. *Dignitas* é a virtude, honra, consideração, a qualidade moral de uma pessoa e o respeito por ela por ser possuidora de tais atributos. O homem, como imagem e semelhança de um Deus Supremo, também possuiria esta grandiosidade.

Carlos Romeu Salles Corrêa, referindo-se ao referido filósofo:

São Tomás de Aquino (1225-1274), no baixo medievo, defende em sua *Summa Theologiae* que “a dignidade é algo absoluto e pertence à essência e que “o corpo humano tem a máxima dignidade, uma vez que a forma que o aperfeiçoa, a alma racional, é a mais digna”. Mas, da mesma forma que o filósofo romano, Aquino admitia graus de dignidade, defendendo, *e. g.*, que “por natureza, a mulher é inferior ao homem em dignidade e poder”.⁷⁴

Aqui, viu-se a clara passagem do pensamento grego, do qual entendia que a ideia do *cosmos*, ou seja, que o mundo e tudo que o cerca está em harmonia e por consequência o homem tem que cumprir sua função fazendo parte do todo, pouco ou nada influenciando o que o rodeia, para uma visão do qual o próprio homem torna-se o vetor de toda a realidade à sua volta.

A influência do cristianismo nesta passagem foi fundamental, visto dividir o direito em natural e positivo.

⁷⁴ CORRÊA, Carlos Romeu Salles. Evolução da doutrina da dignidade da pessoa humana. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/evolucao-da-doutrina-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Nos ensina Giovanni Reale e Dário Antiresi:

Tomás distingue três tipos de leis: a *lex aeterna*, a *lex naturalis* e a *lex humana*. E acima delas coloca a *lex divina*, ou seja, a revelada por Deus. Dentro desta concepção, a *lex aeterna* é o plano racional de Deus, a ordem do universo inteiro, através da qual a sabedoria divina dirige todas as coisas para o seu fim. É o plano da Providência conhecido unicamente por Deus e dos bem-aventurados. Entretanto, há uma parte dessa lei eterna da qual, como natureza racional, o homem é partícipe. E tal *participatio legis aeternae in rationali creatura* se chama *lei natural*.⁷⁵

O homem, criado à semelhança de Deus, possui uma grandiosidade e uma dignidade própria, possuindo uma superioridade em relação à natureza, advinda desta ordem divina. A diferença da teoria clássica grega eleva a posição do indivíduo na ordem do *cosmos* não como mero participante, mas como protagonista. O ser humano tem valores e direitos que lhe são inerentes, independentemente do que está à sua volta, e neste passo, o direito seria um instrumento a se alcançar esta dignidade.

Para Kant (1724-1804), a dignidade mais refletia a autonomia da vontade, junto à própria ética do ser racional. Havendo autonomia e liberdade para uma autodeterminação em busca de seus próprios conceitos, verifica-se a existência de uma forma de dignidade a que se pode dar a todo homem.

O ser humano, nesta ótica, deveria racionalmente dominar suas emoções e buscar dentro de si uma conduta moral. Num primeiro passo, os homens teriam autonomia para se autodeterminar, pois seriam livres para vincular-se somente às suas próprias vontades diante da razão. A dignidade teria como fundamento a autonomia.

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes; as coisas, por outro lado, que estão acima de todo preço e não podem ser substituídas por outras equivalente têm dignidade.⁷⁶

Kant foi fortemente influenciado pela reflexão de Rousseau no sentido que o que difere o homem do animal é sua capacidade de se aperfeiçoar além do que a natureza originariamente o destinou. Ao contrário dos animais, que já nascem com

⁷⁵ REALE, Giovanni e ANTISERI, Dário. História da filosofia. Antiguidade e Idade Média. Vol. I, 4 ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 567.

⁷⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. 1. Ed. Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 77/78.

uma programação genética, o homem pode ir além de suas próprias necessidades básicas, sendo livre para autodeterminar-se. A virtude residiria em uma ação desinteressada e voltada para o bem comum.

O desinteresse e a universalidade são utilizados por Kant em sua obra *Crítica a Razão Prática* (1788). A ação humana, uma vez voltada não para as tentações naturais, e sim para o que é moralmente correto, confere ao homem uma possibilidade de se afastar do “programa” que a natureza lhe conferiu, sendo verdadeiramente livre no agir, ascendendo para o desinteresse e generosidade. O bem almejado não se reveste mais no particular e sim no coletivo.

Neste contexto, o homem, ao ter esta faculdade de ir “além natural”, é portador de uma dignidade dita intrínseca ou inata.

Segundo Barroso, a dignidade de pessoa humana está lado a lado com outros valores como a justiça, a segurança e solidariedade, sendo necessário afastarem-se conceitos religiosos, bem como a mesma deveria ser pautada por uma neutralidade política, buscando-se a maior amplitude universal possível.

A conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não tem preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.⁷⁷

Contudo, se verifica existir grande dificuldade em buscar um conceito abrangente e suficientemente preciso para tal “valor”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁸ utiliza a conceituação de Kant, destacando que o conceito tanto se manifesta como expressão da autonomia e autodeterminação da pessoa humana (limite à ação do estado e de terceiros), como na perspectiva da prestação assistencial, aqui se entendendo o conceito de existência de mínimas condições. Ou em outras palavras: “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (...)”. Ainda, tal qualidade implica em direitos e deveres

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. 4ª reimpressão. Editora Forum, 2016, Belo Horizonte. p.72.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.60.

contra “qualquer ato de cunho degradante e desumano”, além de “garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”.

A respeito do tema, leciona José Afonso da Silva:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da Justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.⁷⁹

A dignidade da pessoa humana, fora do âmbito das Constituições, foi inicialmente reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁰, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ou seja, após o fim da Segunda Guerra Mundial.⁸¹

Como direito fundamental, surgiu pela primeira vez na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em 1949⁸². A necessidade de constitucionalização desta deu-se em razão das atrocidades praticadas pelo Estado Nazista, que feriram gravemente a dignidade das pessoas.⁸³

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.

⁸⁰ Artigo 1 - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 62.

⁸² Artigo 1 (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁸³ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 2007. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 37.

No Brasil, como fundamento da República Federativa do Brasil, foi consagrada pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III.⁸⁴

Segundo Ingo Sarlet, ao consagrar a dignidade da pessoa humana, o legislador “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.⁸⁵

Para Bulos⁸⁶, a dignidade da pessoa humana reflete “um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem”, de força obrigatória na interpretação das normas constitucionais, além de representar “a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão”.

Além disso, quando da existência de lacunas legais, Barroso⁸⁷ entende que a dignidade humana deve ser utilizada para obtenção da melhor solução ao caso concreto, ou seja, “uma boa bússola na busca da melhor solução”. Ainda, lei que violar a dignidade humana será considerada nula.

Por fim, nos termos do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”⁸⁸

Ainda, segundo Barroso, a dignidade humana se tornou um conceito ético relevante principalmente após a segunda guerra mundial. O mundo busca valores e princípios norteadores éticos, transformando uma fonte de irradiação de valores filosóficos e morais que passariam a ser parte integrante das Constituições seguintes. Um problema que se formou é que a mesma começou a ser utilizada como espelho, ou seja, cada um projeta sua própria imagem e acaba, segundo seu ponto de vista,

⁸⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 65.

⁸⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 513.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 285.

⁸⁸ <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>

dando uma conceituação própria. A banalização foi um fator que se seguiu tornando difícil sua conceituação formal e unitária.

Ela dá origem a todos os direitos e garantias fundamentais. É a parcela nuclear de tais direitos. Este conceito mostra-se importante, visto que os direitos e garantias constitucionais podem, em determinadas circunstâncias, contraporem-se, fato que não ocorre com o princípio da dignidade humana.

Como vimos, a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade humana, visto possuir interpretação vinculada (os demais princípios devem nele se basear); aplicação omnidimensional (aplicação na totalidade do espaço e do tempo); detendo valores absolutos (não podem ser ponderados); estabelecendo valores jurídicos (devem ser protegidos na aplicação do direito); e carrega em seu cerne princípios que a todos deveriam ser outorgados (base na formação de cada norma)⁸⁹.

Igualmente é dotada de eficácia imediata, devendo preponderar sobre conflitos com outros direitos (até os ditos fundamentais), devendo manter a qualquer custo seu papel integrativo como fonte de direitos e ser um critério de preenchimento de lacunas da norma positiva.

Poderíamos, assim, afirmar que um conceito para a dignidade humana deve ter três elementos: o primeiro seria o do **valor intrínseco da pessoa humana** (Kant), uma vez que toda pessoa é um fim em si mesma, ninguém está nesta vida para ser meio para os projetos dos outros ou meio para metas coletivas. “Todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade humana”.⁹⁰

Como valor intrínseco teríamos em primeiro lugar o direito à vida, este considerado como uma pré-condição para que sejam desdobrados os demais direitos, tais como a igualdade perante a lei, integridade física e psíquica, por exemplo.

⁸⁹ PINHEIRO, Marcio Alves. As características dos superprincípios jurídicos estabelecidos nos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9834/as-caracteristicas-dos-superprincípios-jurídicos-estabelecidos-nos-princípios-fundamentais-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneos: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

Um segundo elemento seria a **ideia de autonomia**; todos têm direito à escolha na vida e de serem respeitados por isso. Todos têm direito à autodeterminação. “Corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”.⁹¹ O mesmo tem como baliza a autonomia da vontade num nível social (capacidade de autodeterminar-se, como já vimos), como o direito à liberdade e a igualdade, podendo-se, ainda, pensar em existência de direitos sociais básicos (educação, saúde, acesso a justiça, etc.). Daqui decorre a tese do mínimo existencial.

O terceiro é o valor social/comunitário da dignidade humana. Como o homem vive em sociedade, deve permitir a intervenção do estado para determinadas situações que acabam por protegê-lo contra si próprio (obrigatoriedade de uso de capacete, cinto de segurança, vacinação, etc.). Proteção contra os direitos dos outros (criminalizar o homicídio). E a imposição de certos valores sociais (criminalização da pedofilia, por exemplo). O estado pode limitar atos visando proteger valores que são ao menos naquela sociedade aceita como norteadores.

Este último conceito não é totalmente aceito, pois numa visão conceitual ideal, o princípio da dignidade humana deveria ser universal e atemporal, ou seja, deveria ser aceito desde sempre em todos os lugares do planeta. A partir do momento em que aceitamos ser possível uma mudança de aceitação do mesmo de acordo com o tempo e a sociedade em que está inserido, tal princípio perde um pouco de seu status.

Assim sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentais em geral) consagrados na constituição de 1988 com o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana, e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes (SARLET, 2012, p. 114).

Como já afirmado, não há um conceito universal para a dignidade da pessoa humana, mas creio que podemos entendê-la como fundamento da nossa República,

⁹¹ Ibid., p. 82.

fundamental às sociedades democráticas, gênese de todos os outros direitos fundamentais, exercendo em muitos aspectos subsídios para solução de conflitos onde há colisão de direitos, inexistência de regras formais ou até de incertezas ou obscuridades.

O Supremo Tribunal Federal utilizou inúmeras vezes a teoria da dignidade humana em vários casos emblemáticos, muitos ligados ao direito penal, dos quais podemos destacar: à não autoincriminação⁹², saídas temporárias de presos⁹³, insurgência contra o excesso de prazo em prisão preventiva⁹⁴, não utilização de algemas⁹⁵, dentre outros.

Além disso, recentemente, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26, julgada em conjunto com o MI 4733, enquadrando “a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89”, utilizando como fundamento a dignidade da pessoa humana:

[...] O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...].⁹⁶

Igualmente houve invocação do mesmo na controvertida decisão de demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol⁹⁷ e quando da não recepção da Lei de Imprensa⁹⁸ pela Constituição de 1988.

⁹² STF. DJ, 16 fev. 2001, HC nº 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

⁹³ STF. DJ, 20 maio. 2010, HC nº 98.067/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁹⁴ STF. DJ, 30 abr. 2010, HC nº 98.579/SP, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello.

⁹⁵ STF. DJ, 19 dez.. 2008, HC nº 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁹⁶ STF. ADO 26. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADOM&s1=26&processo=26>>.

Acesso em: 23 jan. 2020.

⁹⁷ STF. DJ, 25 set. 2009, Pet nº 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto.

⁹⁸ STF. DJ, 05 dez. 2009, ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto.

O Superior Tribunal de Justiça já utilizou como referência a dignidade humana em inúmeras decisões, tais como no mínimo existencial⁹⁹, crime de racismo¹⁰⁰, moradia¹⁰¹, saúde¹⁰², direito ao nome¹⁰³, restrição ao direito a propriedade¹⁰⁴, dentre outros.

Como veremos mais adiante, foi utilizando-se desta teoria que o direito ao esquecimento foi baseado.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

No primeiro capítulo desta dissertação vimos como a ideia da democracia avançou no curso dos anos, sendo de especial importância a Carta Magna, de 1215, a *Bill of Rights*, de 1689, a Declaração De Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa (Declaração dos Direitos do Homem).

Virgílio Afonso da Silva, em artigo sobre a evolução dos direitos fundamentais, destaca como antes dos últimos duzentos anos o conceito de direitos humanos não era consenso, sendo comum a indagação do porquê deverão existir, ou para que serviria afinal?¹⁰⁵

Aduz que a pergunta se justifica em virtude de que os documentos formalizados apenas relevaram o poder de classes dominantes ou do próprio parlamento.

Contudo, a necessidade de firmar a posição de que tais direitos eram inerentes ao homem e deviam ser consagrados, ganhou força à ideia de uma sistematização e normatização. Entendidos como inalienáveis e imprescritíveis, visto serem inerentes a todos, pode-se fundamentá-los como advindo da ideia do direito natural, o que nos

⁹⁹ STJ. DJ, 16 set. 2009, REsp nº 1.041.197, Rel. Min. Humberto Martins.

¹⁰⁰ STJ. DJ, 08 jun. 2009, REsp nº 911.183/SC, Rel. Min. Jorge Mussi.

¹⁰¹ STJ. DJ, 21 nov. 2008, REsp nº 980.300/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

¹⁰² STJ. DJ, 08 mar. 2010, HC nº 51.324/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

¹⁰³ STJ. DJ, 04 ago. 2009, REsp nº 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrichi.

¹⁰⁴ STJ. DJ, 04 fev. 2010, IF nº 92/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio da Silva. A Evolução dos Direitos Fundamentais. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005): 541-558. <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

leva, mais uma vez, ao contratualismo lockeano (estado tem o dever de proteger a propriedade e liberdade).

Em dezembro de 1948 é promulgada a Declaração dos Direitos do Homem, sendo que em seu art. 1º dispõe que: “Todos os homens nascem livres e iguais em direitos”. Aqui, novamente vemos o conceito geral do direito natural. Igualmente o direito a liberdade, tanto afetado durante a Segunda Guerra Mundial, sendo que só em 1966 viu-se no plano internacional o Pacto sobre Direitos Sociais e Econômicos, seguindo-se a partir da década de 1970 a inserção dos direitos difusos como o Pacto sobre o Patrimônio Universal, de 1972, bem como o Pacto sobre a Diversidade Biológica, de 1992.

Os direitos fundamentais, como decorrentes da dignidade humana, começaram a ser assim pensados como regime jurídico diferenciado, visto possuir superioridade sobre os outros institutos, sendo um limite a vontade das majorias, que porventura queiram transpor estes direitos. Contudo, os mesmos não são absolutos. Possuem limites imanentes, que fazem parte das coisas (direitos dos outros), ou limites expressos no ordenamento. Estão sujeitos a colisões. É uma reserva de justiça face o estado, mas como dito acima, por vezes há conflitos.

A liberdade de expressão não permite que se ofenda outrem. A livre iniciativa não permite a venda de entorpecentes. O direito de ir e vir não permite que se invada uma propriedade privada. A necessidade de produção de hidroelétricas versus direito ambiental, liberdade de informação versus privacidade. Questões previdenciárias versus conflito entre gerações e assim por diante.

Posteriormente, a questão das colisões será enfrentado.

Como já dito acima, voltando um pouco no tempo, a concepção liberal trouxe consigo a ideia da pouca intervenção do Estado na órbita do cidadão, exaltando-se as chamadas liberdades individuais/públicas, sendo esta tendência negativa conhecida como primeira geração de direitos.

Virgilio nos mostra como:

Isaiah Berlin, em sua famosa aula inaugural na Universidade de Oxford, em 1958, distinguia dois conceitos de liberdade. De um lado, haveria a chamada liberdade negativa que, em linhas gerais, pode ser definida como a necessidade de garantia de uma esfera livre de ingerências estatais, para que os indivíduos, em suas relações entre si, possam se auto regular. Já a liberdade positiva, um pouco menos clara na obra de Berlin, consistiria na possibilidade de participar do debate político, de poder influenciar as decisões políticas e legislativas. Essa não é, contudo, uma contraposição recente e pode ser encontrada, entre outros, no pensamento de Benjamin Constant e na sua distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. E qual é a relação entre essa distinção e a declaração da revolução francesa? Nos debates que precederam essa declaração, ficou nítida a polarização por essas duas concepções de liberdade. Baseados na ideia de Rousseau, muitos defendiam que uma declaração de direitos seria desnecessária em um Estado em que a participação dos cidadãos (liberdade positiva ou liberdade dos antigos) fosse garantida, já que não seria possível conceber que os próprios cidadãos desrespeitassem seus direitos. Como se sabe, no entanto, a concepção vitoriosa foi a concepção negativa e liberal – e, nesse sentido, lockeana – de liberdade como garantia de uma esfera de ação sem a ingerência estatal.¹⁰⁶

Antes de prosseguir, gostaria de mencionar ter na doutrina certa divergência quanto a utilização “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais. A crítica que se faz à primeira diz respeito ao fato que sua utilização poderia levar à conclusão que uma geração seria superior a anterior, fato veemente negado. As etapas seguintes somente seriam uma ampliação no ordenamento constitucional e não uma superação. Por fugir totalmente do tema principal desta dissertação, usarei tanto um quanto o outro, deixando claro, por evidente, entender que as “gerações” de direitos evidentemente significam uma evolução apenas no sentido de sua abrangência e alcance, não havendo que se falar em supremacia de uma “dimensão” a outra.

A primeira geração de direitos fundamentais, conhecidos como individuais ou públicos, tem como principal princípio a não intervenção do estado. Estas garantem uma liberdade que cada homem carrega dentro de si contra eventuais ingerências do Estado, como a liberdade de expressão, de ir e vir, de reunião, de propriedade e de religião.

A segunda geração diz respeito aos direitos políticos, tais como direito de votar e ser votado, direito de participar de referendos, plebiscitos, por exemplo. Estes estão associados da ideia da democracia. Isto porque, como se sabe e aqui já o foi dito por algumas vezes, na fase do liberalismo, a participação popular nas decisões estatais

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. A Evolução dos Direitos Fundamentais. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005), pp. 545/546.

era muito pequena. Mulheres, negros e quem não tinha renda ou propriedade não participavam das eleições (alguma semelhança com Atenas?). Foi a partir da metade do século XX que os legitimados a participar da vida política foram alargados, daí surgindo o conceito da existência dos direitos políticos.

A segunda geração foi uma concepção oposta da primeira; na medida em que esta se baseava na negação da atividade estatal e afirmação dos direitos individuais, aquela está alicerçada na concepção positiva – ou republicana.

Os direitos sociais surgem também no século XX, baseando-se na ideia de enfrenar o abuso de poder de outros indivíduos, principalmente do econômico. Protege ou atenua a desigualdade social. Inicia-se com proteção ao trabalhador (salário mínimo, férias, repouso remunerado), bem como posteriormente educação, saúde, previdência social. Neste ponto iniciou-se uma vertente em que se começou a pensar numa atuação do estado como prestador de serviços de forma a tentar amparar os mais necessitados, tentando levar ao máximo possível o conceito de igualdade entre todos. Exigibilidade positiva do Estado.

Por último, há os chamados direitos difusos ou coletivos. Não há titularidade pessoal, mas são titularidades indivisíveis (paz, meio ambiente, direito ao patrimônio histórico, por exemplo).

O grande problema aqui, é a definição dessa “terceira geração de direitos”. É possível, neste passo, afirmar que tal definição costuma ser tão difusa quanto os próprios direitos. A característica com que uniria uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio-ambiente seria o fato de que todos eles, além de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as liberdades públicas e os direitos sociais, destinar-se-iam a realizar o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Assim, enquanto as liberdades públicas realizariam a *liberdade* e os direitos sociais, a *igualdade*, os direitos de terceira geração tenderiam a realizar a *fraternidade*.¹⁰⁷

Assim, os direitos fundamentais agem funcionando como verdadeiro escudo de proteção contra atos que tentem restringir direitos que foram duramente alcançados e, por outro, servem de instrumento técnico teórico para ingresso em juízo, visando

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A Evolução dos Direitos Fundamentais. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005). p. 551.

obter provimento jurisdicional com intuito de otimização ou neutralização de eventual tentativa de sua não aplicação.

O art. 60, § 4º da Constituição Federal trata como cláusula pétrea referidos direitos. Possui eficácia, aplicação imediata, segundo art. 5º, § 1 do mesmo diploma legal, ou seja, se o legislador mitigar desfavoravelmente algum destes direitos, caberá intervenção do Poder Judiciário, por intermédio do Mandado de Injunção, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão tal implantação (vide MI 712 greve dos funcionários públicos). Nem todos os direitos fundamentais estão no art. 5º, 6º e 7º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal entendeu, por exemplo, que a anterioridade tributária constitui um direito fundamental e que seria impossível, sua revogação (ADI 939-7).

2.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento possui papel relevante no debate público brasileiro, mormente por ser considerado como um dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. Ele decorre da proteção à intimidade, vida privada, honra e a imagem, conforme previsão no art. 5º, inciso X, bem como, da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição de 1988.

Também se relaciona com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Sob este prisma, foi elaborado, por ocasião da sexta Jornada de Direito Civil, o enunciado nº 531, no qual consta que a “tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.¹⁰⁸

Vislumbra-se, portanto, que embora a nomenclatura “direito ao esquecimento” não esteja explicitamente delineada por norma jurídica, sua proteção é um corolário lógico de diversos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, o que lhe dá semelhante *status*.

¹⁰⁸ _____. ENUNCIADOS APROVADOS NA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em: 18 fev. 2019.

Originou-se, como se verá, no campo penal, possuindo proteção no Brasil implícita na legislação consumerista, civil e, inclusive, administrativa.

Cabe, por oportuno, dissertar sobre o que vem a ser o referido direito, ou seja, sua conceituação, bem como analisar sua origem, refletir sobre sua efetividade no momento hodierno, em especial, a jurisprudência dos Tribunais quanto à matéria.

2.3.1 Conceito

Por mais simples que possa parecer, a conceituação do direito ao esquecimento não é pacífica entre os pensadores jurídicos.

Há quem defenda a restrição do citado direito somente às pessoas físicas. Cécile Terwangne conceitua o direito ao esquecimento como “aquele direito das pessoas físicas de fazer que a informação sobre elas seja borrada depois de um período de tempo determinado”¹⁰⁹. Noutro vértice, Ingo Sarlet¹¹⁰ defende sua extensão para os entes com personalidade jurídica, pois assim dispõe:

A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir que sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social.

Entrementes, revela-se mais adequada a defesa deste último entendimento, uma vez que, baseados na cláusula aberta dos direitos fundamentais previstos no §2º do art. 5º da Constituição Federal¹¹¹, os Tribunais Superiores têm estendido às pessoas jurídicas a proteção à imagem e, por conseguinte, a possibilidade de serem indenizadas quando ocorre ofensa a esse direito. É o que se verifica por intermédio

¹⁰⁹ TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero, 2012, p. 54.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Revista Consultor Jurídico, 22.05.2015, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹¹¹ §2º do art. 5º da CF/88: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça¹¹² e Informativo 262 do Supremo Tribunal Federal¹¹³. Assim, por analogia, também há que se reconhecer às pessoas jurídicas o direito ao esquecimento, mormente por este também decorrer do direito à imagem, sendo ambos direitos da personalidade, atraindo a aplicação do art. 52 do Código Civil:

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Marinho Vidigal, por sua vez, pontua que a expressão “direito ao esquecimento” encontra-se equivocada, pois o esquecimento é apenas o efeito desejado e não é necessariamente efetivado com a sua proteção¹¹⁴. O termo “direito de apagar” aparece como uma alternativa, pois revela a consequência prática existente ao assegurar o direito. Todavia, o nome “direito ao esquecimento” já está consagrado pela comunidade jurídica brasileira, bem como termos similares são usados em outros ordenamentos jurídicos: nos Estados Unidos e Inglaterra, *the right to be forgotten*; na Itália, *diritto all’oblio*; na Espanha, *derecho al olvido*; e na França, *droit à l’oublié*.

Na prática, o real esquecimento dos fatos que marcam negativamente uma pessoa é quase impossível de ocorrer. Nota-se, contudo, que o referido termo possui apelo sentimental, porquanto nos remete à lembrança de fatos que gostaríamos de ver esquecidos e que, uma hora ou outra, voltam a incomodar-nos. Assim, não por outra razão que o termo direito ao esquecimento incorporou-se ao direito brasileiro.

Nesta linha, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.660.168/RJ¹¹⁵,

¹¹² Súmula 227 do STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

¹¹³ INFORMATIVO 262 DO STF: Não ofende o inciso X do art. 5º da CF/88 (“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;”) o reconhecimento, à pessoa jurídica, do direito à indenização por danos morais, em razão de fato considerado ofensivo à sua honra. Com esse entendimento, a Turma confirmou decisão do Min. Néri da Silveira, relator, que mantivera acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que concedera à autora, pessoa jurídica, o direito à indenização pleiteada em ação de reparação de danos morais, proposta em face de banco que protestara contra a autora, indevida e injustamente, título cambial, o que causara consequências danosas à empresa como o comprometimento de sua idoneidade financeira e sua reputação. AG (AgRg) 244.072-SP, rel. Min. Néri da Silveira, 2.4.2002.(AG-244072).

¹¹⁴ VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. O direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira: Incompreensões sobre o Tema, Limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual. Rio de Janeiro, 2017. Tese de Doutorado; Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 14.

¹¹⁵ REsp 1.660.168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/>>

afirmou que no Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶ consolidou-se o seguinte conceito de direito ao esquecimento:

Direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça não se dissociou do ideário sentimental utópico, pois conceituou o direito ao esquecimento priorizando aquilo que se almeja, e não o que, de fato, é efetivado. Nessa linha, a ideia do conceito trazido acima está em conformidade com a expressão “direito ao esquecimento”, pois deixa sua proteção o mais abrangente possível.

Entretanto, o que se geralmente almeja, no ponto de vista pragmático, com a proteção do referido direito, é que, por intermédio do controle exercido pelo indivíduo detentor do direito, também chamado de autodeterminação informativo, ocorra o abrandamento dos efeitos do fato antigo que gera desonra ao indivíduo, de modo que sua repercussão não venha a se perpetuar ao longo de sua vida, trazendo-lhe angústia, tristeza e desprezo social.

Noutro giro, cumpre também citar o conceito trazido pela Comissão Europeia¹¹⁷ criada para elaborar parecer propositivo objetivando a proteção do direito ao esquecimento pelo ordenamento jurídico da União Europeia:

O chamado «direito a ser esquecido», isto é, o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado.

Verifica-se, por evidente, a diferença conceitual em relação àquela adotada

componente=ITA&sequencial=1628798&num_registro=201402917771&data=20180605&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2019.

¹¹⁶ REsp. 1660168, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/08/2017, Dje 17/11/2017; HC 256.210/SP, Sexta Turma, julgado em 03/12/2013, Dje 13/12/2013; REsp 1335153/RJ, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, Dje 10/09/2013; e REsp 1334097/RJ, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, Dje 10/09/2013.

¹¹⁷ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. COM (2010) 609 final, p. 08. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/PT/1-2010-609-PT-F1-1.Pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo a da Comissão Europeia mais objetiva, explicativa e restritiva, propondo um modo de proteção ao direito já definindo seus limites.

Denota-se desse conceito ainda que o direito ao esquecimento nasce quando se verifica a ausência de necessidade da divulgação da informação indesejada. Trata-se de uma cautela para evitar que toda publicação de conteúdo informativo gere indenizações a quem se sentiu prejudicado.

Assim, observa-se que a proteção jurídica de a pessoa não ver publicada informação que rememore publicamente fato que lhe é inconveniente tem certo caráter secundário em relação ao direito à informação, pois o direito ao esquecimento só existe quando ocorre abuso no exercício daquele direito. A ideia central se baseia no conceito de que embora verdadeira a notícia, a mesma não é mais relevante, inexistindo justificativa do ponto de vista do interesse público em sua divulgação.

Tal consideração, como se verá em tópicos futuros, mostrará ser de grande relevância, pois, embora a jurisprudência dominante brasileira adote conceito diverso daquele adotado pela União Europeia, é desse modo que o ordenamento jurídico brasileiro tem aplicado o direito ao esquecimento, ou seja, com certa parcimônia e de forma comedida, visando evitar que se ultrapassem limites previstos no próprio direito pátrio na proteção de outros direitos fundamentais.

2.3.2 Origem

Podemos considerar que historicamente, o direito ao esquecimento originou-se na França, visto assegurar-se ao condenado opor-se à publicação de fatos relativos a seu processo, desde que cumprida a pena. A fundamentação de tal instituto advém dos conceitos de se ter o direito a “recomeçar do zero”, de se ter chance a uma nova vida, e isto somente é possível com o esquecimento de fatos passados. Nos Estados Unidos, sabe-se que alguns estados eliminam de seus arquivos informações de pequenos delitos praticados por jovens.

Contudo, a proteção referente a este direito formalmente teve início na Alemanha e, conforme consta na justificativa do enunciado anteriormente citado, de

nº 531 da Sexta Jornada de Direito Civil, *o direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.*

Nesse sentir, cita-se como marco inicial o famoso “Caso Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), em 1973. Conta o jornal alemão *Der Spiegel*, que em livre tradução significa “O espelho”, que dois homens com relação homoafetiva, Fuchs e Ditz, invadiram na noite de 20 de janeiro de 1969, armados com duas pistolas, um depósito de munições da Bundeswehr, em Lebach, e mataram quatro soldados adormecidos com a intenção de roubar armas para realização de assaltos futuros.¹¹⁸

Descobriu-se, depois, que houve participação de um terceiro homem, que integrava à relação íntima dos autores. Expõe o referido jornal alemão que o partícipe, de nome Gernot Wenzel, tinha conhecimento de que seria realizado o crime muito antes dele ocorrer, e que não atuou diretamente na invasão ao quartel por ter medo, porém buscou encobrir o crime para que a polícia não o descobrisse, tendo, por isso, sido acusado de cometer a infração penal prevista no art. 257 do Código Penal Alemão (Crime de favorecimento)¹¹⁹, que prevê punição para “qualquer pessoa que auxilie outra pessoa que tenha cometido um ato ilegal com a intenção de garantir os benefícios do crime”¹²⁰. Wenzell também participava de assaltos com seus parceiros e utilizaria as armas, fruto do crime, para continuar a praticar os atos criminosos.

Robert Alexy menciona em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2017, p. 99/100) que o partícipe foi condenado a seis anos de reclusão, enquanto os autores principais foram condenados à prisão perpétua. Após dois anos, perto da obtenção de liberdade condicional, uma emissora de televisão chamada de ZDF planejou exibir um

¹¹⁸ DER SPIEGEL. VERBRECHEN/LEBACH: Das Trio. 1970. Tradução nossa. Disponível em <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44944051.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹¹⁹ DER SPIEGEL. VERBRECHEN/LEBACH: Der dritte Mann. 1969. Tradução nossa. Disponível em <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45741420.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹²⁰ STRAFGESETZBUCH (Código Penal): §257, Begünstigung. Tradução nossa. Disponível em <<https://dejure.org/gesetze/StGB/257.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

documentário sobre o caso, com o título de “O assassinato de soldados em Lebach”, porém o participante “entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos artigos. 1º, §2º e 2º, §1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada”¹²¹. Cita-se, por oportuno, os referidos dispositivos da Magna Carta Alemã¹²²:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (...) (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (...)

Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (...)

Nas duas primeiras instâncias, o autor restou vencido, porém interpôs reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que entendeu não poder a imprensa utilizar *ad eternum* a imagem do condenado para exposição do fato, uma vez que isso traria diversos problemas pessoais desnecessários ao apenado. Entendeu-se que, conquanto prevaleça como regra geral, o direito à informação sobre o interesse individual, neste caso, o canal de televisão não teria o direito ao uso da imagem do detento, pois esperou mais de dois anos para a criação do documentário, sem que houvesse o requisito “atualidade”, capaz de motivar a publicação do documentário, o que ocasionaria dupla punição ao detento.

Embora a decisão não diga expressamente o termo “direito ao esquecimento”, é evidente que se trata, na prática, de sua proteção, pois se reconhece que as publicações de fatos passados que firam

a imagem do indivíduo perante a sociedade podem ser alvos de limitações por ocasião da defesa de direito individual.

Desfecho oposto é o que ocorreu na Suíça, em 1983. Palma Lima¹²³ explica

¹²¹ ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2ª edição, 2017, pp. 99/100.

¹²² Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹²³ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 199, jul./set. 2013, p. 276.

que a “Sociedade Suíça de Rádio e Televisão estava com a intenção de fazer um documentário sobre um assassino sentenciado à morte em 1939. Um de seus descendentes moveu ação arguindo que a divulgação de tal informação afetaria sua esfera privada por via oblíqua. O Tribunal Federal Suíço, em que pese reconhecer que não há direito absoluto ao esquecimento que possa impedir a pesquisa histórica e científica, decidiu que o esquecimento naturalmente poderia ser reduzido ou eliminado pelas mídias eletrônicas. Como resultado, foi autorizada a produção do documentário”.

No Brasil, todavia, o direito ao esquecimento, embora reconhecido pela doutrina, jurisprudência e implicitamente protegido pela legislação, sofre com enorme óbice ante a amplitude de proteção que se confere ao direito de expressão e de informação.

Conforme relata Palma Lima¹²⁴, nos anos 70 tornou-se conhecido no Brasil o caso “Doca Street”. O autor explica que Raul Fernando do Amaral Street, mais conhecido por Doca, assassinou a socialite Ângela Diniz em dezembro de 1976. Houve absolvição de Doca, no primeiro júri, sob o argumento de legítima defesa da honra. Todavia, tendo em vista a forte influência da imprensa, em novo julgamento de júri, Raul foi condenado a 15 anos de reclusão, recebendo liberdade condicional no ano de 1987. Em 2003, a Rede Globo de Televisão, no programa Linha Direta, resolveu exibir matéria dedicada a expor o presente caso. Doca ingressou em juízo, pleiteando indenização, sob o fundamento de que teria cumprido pena e que possuía o direito ao esquecimento.

Tudo indicava que o Brasil assistiria a um episódio de proteção ao direito ao esquecimento, porquanto o juiz de primeira instância concedera liminar para impedir a exibição do programa, sob fundamento de ter havido abuso em sua elaboração. Contudo, em 2ª instância, foi reformada a decisão, entendendo a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro prevalecer, no caso, a liberdade de informação, *in verbis*¹²⁵:

¹²⁴ Op. Cit. 12.

¹²⁵ Apelação Cível. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 28/03/2006, DJe 12/05/2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628798&num_registro=201402917771&data=20180605&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2019.

IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES.

1- O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado.

2- Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem.

3- As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador.

4- A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade de eficácia de quaisquer delas.

5- Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou ideias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los e deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser corretamente informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada.

6- Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagem individuais.

7- Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação.

8- Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com o seu passado.

Anota-se que há, ainda, outra barreira que impede a ampliação da proteção ao direito ao esquecimento. Trata-se do avanço da tecnologia comunicativa, que integra pessoas das mais diversas, permitindo a expansão da informação como nunca se viu.

Importante frisar que o processo informativo evoluiu de tal forma, que todas as pessoas são potenciais disseminadores de notícias para o mundo. A facilidade que adveio dos meios de comunicação informáticos, chamados de rede sociais, bem como sites que permitem a publicação por qualquer indivíduo de vídeos ou notícias possibilitou a expansão do alcance e da durabilidade da exposição do conteúdo veiculado.

Esse cenário dificulta para os órgãos estatais a prevenção de abusos no compartilhamento de informações que, falsas ou verdadeiras, afetam as vidas daqueles cujo passado têm o que se envergonhar.

Entretanto, não é só ao Poder Judiciário que cabe a proteção do direito ao esquecimento, sendo também dever do Poder Legislativo, assunto do próximo tópico.

2.3.3 Direito ao esquecimento na legislação brasileira

O direito brasileiro vem protegendo a essência do direito ao esquecimento ao longo de sua história por intermédio de sua legislação, porém ainda não prevê expressamente a nomenclatura “direito ao esquecimento”. Vale lembrar que houve uma tentativa de normatização da matéria com apresentação do projeto de lei nº 8443/2017, de autoria do Deputado Luiz Lauro Filho, estabelecendo normas de proteção ao direito ao esquecimento e regulando sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Infelizmente, o autor do referido projeto foi duramente criticado por sua criação, sob alegação de que o projeto protegeria os políticos investigados por crimes¹²⁶. Após os debates públicos, o relator requereu a retirada do projeto de tramitação na Câmara dos Deputados¹²⁷, o que foi feito em 10 de agosto de 2018, impedindo-o de nova apresentação naquele ano, conforme disposição do §4º do art. 104 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.¹²⁸

Contudo, caso tal projeto tivesse seguimento, não se estaria protegendo, em tese, os políticos investigados, como se levantou pela mídia. Cumpre destacar que constava no artigo 2º do PL nº 8443/2017 que “todo cidadão tem o direito de requerer a retirada de dados pessoais que sejam considerados indevidos ou prejudiciais à sua imagem, honra e nome, de qualquer veículo de comunicação de massa”.¹²⁹

Entretanto, a proteção do direito ao esquecimento não era tratada de forma absoluta pelo citado projeto, já que não obrigava o veículo de comunicação a aceitar

¹²⁶ Disponível em: <<http://gamademedeiros.com.br/projeto-de-lei-marco-civil-da-internet>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹²⁷ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979>> Acesso em: 14 mar. 2019.

¹²⁸ Art. 104 do RICD. A retirada de proposição, em qualquer fase do seu andamento, será requerida pelo Autor ao Presidente da Câmara, que, tendo obtido as informações necessárias, deferirá, ou não, o pedido, com recurso para o Plenário. (...) §4º A proposição retirada na forma deste artigo não pode ser reapresentada na mesma sessão legislativa, salvo deliberação do Plenário.

¹²⁹ Projeto de Lei nº 8.443/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1599692&filename=PL+8443/2017>. Acesso em: 31/01/2019.

todos os pedidos, devendo apenas apreciá-los no prazo de 48 horas, com decisão a ser comunicada ao requerente em até 24 horas, conforme constava no caput e §3º de seu art. 3º. Ocorre que tal fato não ensejaria a proteção exacerbada dos políticos investigados, porquanto o referido projeto não obrigava os veículos de comunicação a apreciarem pedido de retirada de dados pessoais quando o requerente fosse pessoa pública, de modo que constava no §2º de seu art. 3º que “as pessoas públicas deverão pleitear o seu direito ao esquecimento por via judicial”.¹³⁰

Assim, apesar de não regular profundamente o tema, caso o referido projeto tivesse sido aprovado, serviria para diminuir a judicialização de casos que poderiam ser resolvidos rapidamente entre as partes envolvidas, considerando a obrigatoriedade de haver um canal de interlocução entre o ente comunicador e o ofendido. Nota-se, porém, ser improvável a rediscussão do citado projeto na Câmara dos Deputados, porquanto o Deputado relator não foi reeleito nas eleições de 2018.

Igualmente, foi arquivado o Projeto de Lei 788/2014, do qual previa a obrigatoriedade de “remoção de links dos mecanismos de busca da Internet que fizessem referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido”.

Entrementes, antes de adentrar mais a fundo sobre o reconhecimento implícito do direito ao esquecimento, especificamente nos ramos do direito, importa destacar que o instituto jurídico aplicado no Brasil que mais realça o direito ao esquecimento é o da prescrição. Este instituto não é exclusivo de um ramo do direito ou outro, mas tem sua aplicação em praticamente todos eles, cada qual com prazos distintos.

A prescrição, em semelhança ao direito ao esquecimento, pressupõe o decurso do tempo e teve sua origem na Europa, mais especificamente no Direito Romano, pois “quando o pretor foi investido pela lei *Aebutia*, no ano 520 de Roma, do poder de criar ações não previstas no direito honorário, introduziu o uso de fixar prazo para sua duração, dando origem, assim, às chamadas ações *temporárias*, em contraposição com as ações de direito *quiritário* que eram *perpétuas*”.¹³¹

Dessa forma, reconheceu-se a necessidade de estipular um limite temporal

¹³⁰ Projeto de Lei nº 8443/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/pr_op_mostrarintegra?codteor=1599692&filename=PL+8443/2017>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 524.

para que uma pessoa possa exigir da outra determinada obrigação, evitando-se que a parte devedora fique com eterno receio de ser processada. A referida lógica também se aplica ao direito de esquecimento, para que a pessoa afetada não tenha eterno receio de divulgação da notícia de fato desabonador em seu prejuízo. Assim, revela-se antiga a preocupação de se estabelecer balizas normativas a fim de atenuar ou extinguir efeitos de atos cometidos no passado.

O ordenamento jurídico brasileiro abraçou a prescrição de forma ampla, independentemente das ramificações do direito (penal, administrativo, civil, consumidor, tributário, entre outras). É claro, todavia, que tal instituto não é aplicado de forma absoluta, havendo normatização, relativizando em determinados casos, em que a gravidade do ato exija maior consequência, como se pode observar no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Magna Carta, no que tange aos crimes em que as punições são imprescritíveis.

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:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Entrementes, também existem os casos em que a imprescritibilidade é aplicada em razão da necessidade de proteção especial do ofendido, mormente quando este não é uma pessoa natural que possa por meio de sua consciência e comodidade decidir se irá perquirir a justiça no caso ou não. É o caso do meio ambiente e do Estado, em que havendo lesão a esses bens jurídicos, toda a coletividade é afetada, o que motiva a existência da normatização prevista nos artigos 37, §5º, e art. 225, §3º, ambos da Constituição Federal.

Art. 37 [...] §5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Art. 225 [...] §3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções

penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Passa-se, neste momento, a análise da influência da essência protetiva do direito ao esquecimento na legislação infraconstitucional relativa aos ramos do direito brasileiro.

No âmbito penal, temos a previsão da reabilitação no art. 93 do Código Penal, que assim prescreve:

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Nesta seara, o legislador brasileiro observou a necessidade de garantir o sigilo em favor do apenado dos crimes que praticara quando tenha cumprido a pena a ele imposta. Busca-se, portanto, afastar os efeitos indesejados da condenação, evitando-se a dupla punição. Importa mencionar também o art. 748 do Código de Processo Penal, que, normatizando a aplicação da reabilitação, visou ampliar seu alcance:

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Ademais, conforme consta no art. 202 da Lei de Execuções Penais que, “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”.

Com efeito, a retirada do nome de um condenado na ficha dos antecedentes criminais após o transcurso do prazo de cinco anos, pela previsão do inciso I do art. 64 do Código Penal¹³², é outro exemplo que evidencia o cuidado que o legislador teve de impedir o prolongamento eterno dos efeitos penais, visando possibilitar o esquecimento por parte da ordem jurídica dos fatos que não são mais relevantes para esta, já que findo todo o processo punitivo.

¹³² Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...]

Tais disposições normativas visam omitir o passado do apenado à sociedade, mormente pelo fato de que mais severa do que a punição imposta pelo Poder Judiciário em face do ato cometido é a punição social.

O ser humano, como ser social, possui necessidade de viver em sociedade, de criar laços de amizade, ter grupos de interesse, ingressar em relacionamentos íntimos, constituir família, porém quando se é colocada na sociedade a informação de que determinada pessoa cometeu crime ou que tenha praticado fato desonroso no passado, será grande o risco de a vida daquele indivíduo desmoronar, prejudicando as suas relações interpessoais e sua vida privada.

Por esta razão que o Direito Penal brasileiro privilegia o esquecimento de crimes cometidos cuja relevância informativa não mais subsiste pelo passar do tempo. Já dizia François Ost que “temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído”.¹³³

Nesta senda, cita-se, ainda, o art. 107, inciso II, do Código Penal¹³⁴, que dispõe ser causa de extinção de punibilidade à anistia, de modo que a pessoa por ela contemplada não será condenada pela prática de ato criminoso que cometera no passado. A proteção ao direito do esquecimento aqui se mostra mais evidente nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, ao dispor que a “etimologia da palavra anistia alude a esquecimento”¹³⁵ e, no mesmo sentido, Mirabete e Fabbrini ensinam que a anistia “tem a finalidade de fazer-se olvidar o crime”.¹³⁶

Assim é que o direito ao esquecimento possui sua maior notoriedade na legislação no âmbito criminal. Contudo, o referido direito não é exclusivo do direito penal, tendo seu valor também nos demais ramos.

No direito administrativo, vale citar os artigos 131 e 137 da Lei nº 8.112/90 (Lei

¹³³ OST, François. O tempo do direito. Bauru: Edusc, 2005, pp. 160/161.

¹³⁴ Art. 107 do Código Penal: Extingue-se a punibilidade: [...] II - pela anistia, graça ou indulto;

¹³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique; Manual de direito penal brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

¹³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts 1º a 120 do CP. 24ª ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006 – 3ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

dos servidores públicos federais), que preveem o seguinte:

Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Denota-se que, *a priori*, a infração cometida por servidor público será esquecida pelo Poder Público com o passar dos anos, no intuito de impedir que o ato produza efeitos jurídicos depois do decurso do prazo de punição disciplinar. Todavia, assim como ocorre quanto à prescrição constitucional, também se vislumbra a hipótese em que a gravidade do ato justifique a ausência de limite quanto à incompatibilização para exercício na Administração Pública, que é o caso do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/90.¹³⁷

No direito do consumidor, é patente a preocupação de se dar proteção ao cidadão em relação a fatos que lhe são negativos, conforme se depreende da leitura do §1º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, g.n):

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, **não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.**

Os Tribunais têm reconhecido a influência do direito ao esquecimento na normatização consumerista. Ressalta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹³⁸ (Informativo nº 588) e do Tribunal de Justiça de São Paulo¹³⁹, abaixo citadas:

¹³⁷ Art. 137 da Lei nº 8.112/90. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

¹³⁸ STJ. REsp 1.316.117-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/4/2016, DJe 19/8/2016, grifo nosso.

¹³⁹ TJSP; Agravo de Instrumento 2201894-66.2018.8.26.0000; Relatora: Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2018; Data de Registro: 14/11/2018, grifo nosso.

DIREITO DO CONSUMIDOR. TERMO INICIAL DO PRAZO DE PERMANÊNCIA DE REGISTRO DE NOME DE CONSUMIDOR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.(...). **Nesse sentido, parece que a interpretação que mais se coaduna com o espírito do Código e, sobretudo, com os fundamentos para a tutela temporal do devedor, aí incluído o direito ao esquecimento, é a que considera como termo a quo do quinquênio a data do fato gerador da informação arquivada. De fato, a partir de interpretação literal, lógica, sistemática e teleológica do enunciado normativo do § 1º do art. 43 do CDC, conclui-se que o termo a quo do quinquênio deve levar em consideração a data do fato gerador da informação depreciadora. (...)** Em outras palavras, e de acordo com o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, as informações negativas do consumidor não podem se referir a fatos pertencentes a período superior a 5 (cinco) anos. **Interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos legais, protetiva ao consumidor, e que se coaduna com o direito ao esquecimento.** Jurisprudência firmada no sentido de considerar o termo inicial de permanência de registro de dado negativo do consumidor o dia subsequente ao vencimento da obrigação não paga, independentemente da data da inscrição no cadastro. Agravo provido.

Nessa linha, o direito ao esquecimento se relaciona substancialmente com a restrição de veiculação de informações depreciadoras, quando estas não sejam devidamente justificadas no tempo em que se encontrarem disponíveis.

Outrossim, outra expressão contundente do direito ao esquecimento na legislação brasileira é a norma constante na Lei do Marco Civil, em seu art. 7º, inciso X (Lei nº 12.965/14), *in verbis*:

Art. 7º da Lei do Marco Civil. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Denota-se, portanto, que a referida norma determina a exclusão de dados pessoais quando não subsistir a relevância da divulgação da informação ante o término da relação havida entre as partes. Trata-se de uma resposta à crescente evolução dos meios de comunicação e tecnológicos.

É de bom tom ressaltar a importância do direito ao esquecimento nos tempos atuais, em razão da grande capacidade de disponibilidade e velocidade na transmissão de informação que os meios de comunicação informáticos trouxeram recentemente na sociedade.

É uma tarefa árdua definir uma resposta à altura da velocidade de propagação de notícias trazida pela internet, mormente pela dificuldade de controle dos remetentes da informação, que pode ser veiculada facilmente por qualquer pessoa. O papel do Legislativo e Judiciário, destarte, é amenizar tal circunstância, de modo a limitar o dano ao cidadão, como será discutido no próximo tópico.

2.3.4 Aplicações do direito ao esquecimento no século XXI

Como já foi dito anteriormente, o direito ao esquecimento possui certa proteção na legislação brasileira, de modo que, embora não se utilize expressamente a sua nomenclatura na norma positivada, a sua essência é resguardada.

Contudo, neste período contemporâneo, tais previsões legais já não se mostram totalmente eficazes para o real afastamento dos efeitos de publicações de fatos pretéritos que acarretam danos na vida do indivíduo. Isto porque a evolução da sociedade trouxe avanços consideráveis na integração da tecnologia da informação.

Vale lembrar que no final do século XX e início do século XXI, houve significativa ampliação dos meios de comunicação, com o aparecimento da internet, que possibilita o acesso de informações por todas as pessoas a ela conectadas. A disponibilização desse serviço teve repercussão ainda maior com o avanço tecnológico dos celulares, gerando a popularização do acesso à internet.

Verifica-se, também, o crescimento na capacidade e na durabilidade de armazenamento de informações na internet, o que permite a disponibilidade quase que eterna do conteúdo armazenado.

Ademais, ampliação das redes sociais também permitiu que o compartilhamento de informações, por intermédio de um computador pessoal ou até mesmo um celular, ocasionassem o aparecimento de milhões ou até bilhões de potenciais ofensores do referido direito.

A dificuldade de controle de tamanha gama de pessoas revela a necessidade de criação de meio mais articulado para impedir abusos do direito à intimidade e à vida privada, consubstanciado no direito ao esquecimento.

É nessa busca que o Poder Judiciário, pela atuação de seus magistrados, tem se inclinado a atribuir a responsabilidade compartilhada aos provedores dos sites de pesquisa que tornam a informação acessível à população.

Verifica-se mais fácil a judicialização e o compartilhamento de responsabilidades voltadas a algumas entidades privadas, tais como o “Google”, “Bing” e “Yahoo!” do que a uma incontável quantidade de indivíduos potenciais lesadores de direitos alheios.

Importa salientar que a União Europeia, por intermédio de seu Tribunal de Justiça Europeu, abriu a porta para a extensão da responsabilização pela disponibilização de informação ofensiva aos responsáveis pelos motores de busca, conforme se pode observar pela tradução feita por Vidigal¹⁴⁰ ao texto escrito originalmente em espanhol por Azurmendi:¹⁴¹

A sentença do Tribunal de Justiça Europeu de maio de 2014 estabeleceu um marco para a compreensão do direito ao esquecimento cujo eixo é a decisão de cada pessoa acerca de determinados dados pessoais, obtidos após a atividade dos motores de busca, muito mais que a afetação de seu direito à intimidade ou do direito à honra e mais além de que a presença desses dados nas listas de resultado na Internet produza ou não um dano. O princípio, estabelecido pela sentença, de que um cidadão pode exigir a eliminação de seus dados pessoais obtidos por um motor de busca quando sejam ‘inadequados, impertinentes ou já não pertinentes ou excessivos em relação aos fins para os quais foram coletados ou tratados’, em razão de seu desejo de que não continuem acessíveis ao conhecimento de outros através da Internet, expressa o poder do cidadão de controlar esses dados e de decidir

¹⁴⁰ VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. O direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira: Incompreensões sobre o Tema, Limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual. Rio de Janeiro, 2017. Tese de Doutorado; Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 57.

¹⁴¹ No original: “La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de mayo de 2014 ha establecido un marco para la comprensión del derecho al olvido cuyo eje es la decisión de cada persona acerca de determinados datos personales, tal y como se obtienen tras la actividad de los motores de búsqueda, mucho más que la afectación de su derecho a la intimidad o del derecho al honor y más allá de que la presencia de tales datos personales en las listas de resultados en Internet produzcan o no un daño. El principio, establecido por la sentencia, de que un ciudadano puede exigir la supresión de sus datos personales obtenidos por un motor de búsqueda cuando sean ‘inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o excesivos respecto a los fines para los que se recogieron o trataron’, en razón de su deseo de que no sigan siendo accesibles al conocimiento de otros a través de Internet, expresa el poder del ciudadano de controlar esos datos y de decidir sobre su uso (...). En definitiva, el Tribunal de Justicia Europeo ha optado por situar el derecho al olvido como un aspecto más del derecho a la autodeterminación informativa.”. AZURMENDI, Ana. Por un “derecho al olvido” para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia europeo del caso Google Spain y su recepción por la sentencia de la audiencia nacional española de 29 de diciembre de 2014. Revista de Derecho Político. UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia. nº 92, enero-abril 2015, p. 299-300. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/14428/12886>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

sobre seu uso (...). Ao fim, o Tribunal de Justiça Europeu optou por situar o direito ao esquecimento como um aspecto mais do direito à autodeterminação informativa.

Sabe-se que M. Costeja Gonzáles, espanhol, incomodado com o resultado de busca realizado em seu nome da internet, ingressou com demanda em face de *La Vanguardia Ediciones SI*, Google Spain e Google Inc. Argumentou que seu nome, toda vez que pesquisado, resultava em link que o ligava a páginas do referido jornal, dando conta que em 1998 foi colocada em hasta pública imóveis de sua propriedade em virtude de dívidas oriundas de execução fiscal.

Além de pedido específico para que o *La Vanguardia* retirasse referida notícia, pleiteou que o Google de alguma forma não mais permitisse quando se tentasse pesquisa sobre seu nome, informações referentes à sua antiga dívida, do qual alegava ter quitado posteriormente. Após decisões da Justiça Espanhola, o caso foi levado ao Tribunal de Justiça Europeu, do qual em 13/05/2014, utilizando a Diretiva 95/46 CE do Parlamento Europeu, acabou por entender que o provedor de busca deve ser responsabilizado pelos dados pessoais, mesmo estando com sede fora do território europeu, sendo obrigado, portanto, a suprimir de sua lista de resultados informações que possam constranger ou prejudicar determinada pessoa.

Outra decisão interessante foi a da modelo argentina Yésica Toscanini, que realizou alguns ensaios fotográficos para a revista *Sports Illustrated* (2006/2007), bem como para o catálogo da marca Abercrombie & Fitch (2006). Não se sabe exatamente os motivos, mas o fato é que Yésica ingressou com ação contra o Yahoo, visando impedir qualquer busca na internet por intermédio deste buscador que a ligasse a tais fotos. A pretensão foi deferida e dentro do território argentino não mais se tem acesso à referida informação.¹⁴²

A passagem acima descrita foi mencionada por Viviane Nóbrega Maldonado, destacando que:

Em termos concreto, referida medida judicial pouco ou nada significa, na medida em que a modela poderá ser encontrada por meio de outras ferramentas de busca, ainda que no país de origem. E isto porque a ação foi proposta unicamente contra tal empresa. Referida situação, porém, é de extrema relevância e não poderá ser ignorada no exame das questões afetas

¹⁴² Disponível em: <<http://sportsillustrated.cnn.com/vault/swimsuit/modelfeatured/yesica-toscanini/2006/model/index.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

ao direito ao esquecimento.¹⁴³

No entanto, a jurisprudência brasileira por muito tempo não se atentou a essa necessidade. O Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes isentou as empresas proprietárias dos motores de busca de qualquer responsabilidade pela divulgação de informação, em oposição ao que era já reconhecido na Europa.

Cita-se o caso da apresentadora Xuxa, cujo fato é descrito no relatório do acórdão julgado em 2012 no REsp 1.316.921-RJ¹⁴⁴ pelo Superior Tribunal de Justiça, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi, na qual consta que Maria da Graça Xuxa Meneghel ingressou com ação ordinária inominada em face do “Google”, objetivando compelir a ré a remover do seu site de pesquisas via Internet denominado GOOGLE SEARCH os resultados relativos à busca pela expressão 'xuxa pedófila' ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que “os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da

¹⁴³ MALDONADO, Viviane Nóbrega. O direito ao esquecimento. São Paulo: Novo Século; Edição: 1, p. 269.

¹⁴⁴ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161904&num_registro=201103079096&data=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 19 dez. 2018.

balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, §1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa”.

O Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Reclamação 15.955/RJ¹⁴⁵, sob a relatoria do Ministro Relator Celso de Mello, manteve a decisão do Superior Tribunal de Justiça sem, todavia, apreciar o mérito da ação.

Destarte, foi mantido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, nesta ocasião, isentou as empresas provedoras de pesquisa de responsabilidade pelo conteúdo ilícito nos sites que seus motores de busca direcionam. Com efeito, para que o ofendido pudesse obter êxito na retirada do conteúdo desabonador, necessário seria ingressar em juízo contra o próprio criador do site ou servidor de hospedagem, o que se mostra um óbice quase intransponível à tutela pretendida, tendo em vista que a maioria dos servidores da internet possuem sua sede e estrutura espalhada por diversos países, de modo que não estão submetidos à jurisdição brasileira.

Contudo, neste julgado citado não se ventilou explicitamente a questão do direito ao esquecimento. Assim, em 2016, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no Agravo Interno no Recurso Especial 1.593.873/SP¹⁴⁶, novamente sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, reafirmou o entendimento fixado em 2012, trazendo à baila a análise do direito ao esquecimento, conforme ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao

¹⁴⁵ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140929-02.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

¹⁴⁶ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=A TC&sequencial=66956727&num_registro=201600796181&data=20161117&tipo=5&formato=P DF>. Acesso em: 19 dez. 2018.

esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido.

Portanto, independentemente de vários julgados realizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça favoráveis à atribuição de responsabilidade às empresas provedoras de pesquisa na internet pelo direcionamento das páginas online com conteúdo ilícito, a proteção do direito ao esquecimento era colocada de lado pela Corte Superior, pois atuava como um sepultador das pretensões dos ofendidos.

Cumprе salientar que tal tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em prol da ausência de responsabilização das referidas empresas perdeu força, pois a própria 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou sua jurisprudência para estender a responsabilidade da divulgação de conteúdo ilícito também aos provedores de pesquisa quando os dados divulgados não sejam relevantes para o interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. Trata-se do REsp 1.660.168/RJ¹⁴⁷, que, em maio de 2018, teve seu julgamento proferido com votação apertada (3 a 2), dando-se parcial provimento ao recurso especial do “Yahoo!”, tendo sido a relatora Ministra Nancy Andrighi vencida na

¹⁴⁷ Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83459361&num_registro=201402917771&data=20180605&tipo=5&formato=PDF>.
Acesso em: 19 dez. 2018.

ocasião.

Assim, a jurisprudência brasileira encontrou um ponto de equilíbrio nesta controvérsia. Logo, a tendência da jurisprudência dos Tribunais é acompanhar esta última decisão, porquanto ponderou os princípios constitucionais de modo a gerar menos lesividade aos princípios constitucionais da informação, da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade à vida privada e à intimidade. Evitou-se, portanto, o sacrifício total de um princípio em favor de outro, tratando-se de real manifestação do princípio da harmonização das normas constitucionais.

2.3.5 Direito ao esquecimento e o interesse público

O interesse público na jurisprudência brasileira tem sido reconhecido, sem maiores resistências, como fator de limitação ao direito ao esquecimento.

Em regra, a ideia prevalecente é a de que não há como preponderar o interesse individual de restrição de publicação de uma notícia indesejada sobre uma informação que interessa a toda coletividade. Todavia, a controvérsia se encontra na aferição de quando o interesse público está presente.

Nesse diapasão, para a caracterização de um interesse como público, a jurisprudência tem analisado alguns critérios em relação à informação depreciadora publicada, tais como a sua importância histórica (historicidade), se a omissão do nome do ofendido retiraria a relevância da publicação da informação e o caráter público da pessoa nela veiculada.

Desse modo, é relevante citar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.334.097/RJ¹⁴⁸, julgada em 28/05/2013, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo objeto restringia-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva. É o caso famoso da Chacina na Candelária. O autor, um dos indiciados absolvidos, ingressou em juízo pleiteando indenização por danos morais em face de “Globo Comunicações e Participações S/A”, em razão da ofensa ao seu

¹⁴⁸ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M ON&sequencial=76908860&num_registro=201201449107&data=20171011>. Acesso em: 19 dez. 2018.

direito de esquecimento em virtude da exibição de seu nome e imagem veiculados em reportagem que lembrava a chacina.

O Ministro Luis Felipe Salomão trouxe elementos enriquecedores para o estudo da matéria. A respeito da historicidade, ele aduz o seguinte:

Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem". É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo, a pretexto da historicidade do fato, pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo tardio, mas possível das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público além de ser conceito de significação fluida não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

Conquanto pareça ser bem categórico em reconhecer o interesse público no âmbito criminal, o Ministro Luis Felipe Salomão pondera que "o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto". Logo, não é possível dissociar a historicidade de determinada informação à análise do fato em si.

O relator reconheceu haver historicidade na divulgação da reportagem relativa à chacina da candelária, porém, na ponderação de interesses, negou o Recurso Especial do Grupo Globo, mantendo a condenação de R\$ 50.000,00 anteriormente arbitrada a título de danos morais, tendo em vista que "nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito".

Percebe-se que o autor somente era um dos vários indiciados por ocasião da chacina da candelária, não havendo interesse público na divulgação de seu nome e imagem, especificamente. Prevaleceu, portanto, o direito individual do autor de inviolabilidade de sua honra e intimidade, resguardando, assim, seu direito ao esquecimento.

Contudo, no mesmo dia em que houve o referido julgamento condenatório, o Superior Tribunal de Justiça, sob a mesma relatoria, julgou improcedente uma ação também relacionada ao direito ao esquecimento. Era o famoso caso “Aída Curi”, que carrega o nome da vítima do crime de homicídio praticado por dois rapazes depois de um assalto. A vítima seguiu os assaltantes no intuito de reaver seus pertences até determinado prédio, porém quando os assaltantes perceberam a presença dela no local a puxaram para dentro do elevador levando-a até o terraço e, logo depois, precipitaram-na fatalmente de cima do edifício. O fato foi amplamente noticiado nos meios de comunicação, gerando perplexidade na época do ocorrido, em julho de 1958.

Ocorre que, cinquenta anos após, os irmãos de Aída Curi ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais em face da Rede Globo, em razão da rememoração dos fatos no programa “Linha Direta Justiça” e veiculação da imagem de sua irmã, sob o fundamento de que o programa reabriu antigas feridas já superadas quanto à sua morte. A ação foi julgada improcedente tanto em primeira instância quanto em segunda, chegando até o Superior Tribunal de Justiça para apreciação.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha assentado no evento da Candelária, que a divulgação do nome e imagem de um dos autores poderia ter sido evitada sem prejuízo do direito à informação de documentar o crime, concluiu de forma diferente no caso “Aída Curi”, pois se ponderou que “em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido (...) de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”.¹⁴⁹

¹⁴⁹ REsp 1.335.153/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013. Disponível em:

Entendeu também o Superior Tribunal de Justiça que, “no caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”.¹⁵⁰

Referido processo foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, estando atualmente autuado como ARE nº 1010606, tendo como relator o Ministro Dias Tofoli, reconhecendo-se em 12/12/2014 sua repercussão geral¹⁵¹. Já ouvidos especialistas e várias autoridades¹⁵². Não há previsão até este momento (07/02/2020) de data para julgamento.

Destarte, há um consenso jurisprudencial de que a relevância da divulgação de certa informação à sociedade para fins de aplicação do direito ao esquecimento deve ser aferida caso a caso, de acordo com o grau de interesse público na notícia, possibilidade de omissão da informação pessoal e o grau de dano que gera ao ofendido.

Há hipóteses, todavia, em que o indivíduo em si atrai interesse público em razão de exercício em função pública ou de outro papel relevante na sociedade. Para esses casos, não se reconhece a prevalência do direito ao esquecimento, que possui caráter individual ao direito à informação, o qual tem importância coletiva.

É o caso do Lampião, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o papel relevante de sua história na cultura nordestina e brasileira, permitindo a elaboração de sua biografia por terceiro sem autorização de seus sucessores, ainda que no texto do livro “Lampião, o Mata Sete” tivesse informações constrangedoras para o casal.

Cita-se também o julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo referente ao

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹⁵⁰ Op. Cit., p. 39.

¹⁵¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/repercussao-geral-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

¹⁵² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOTESQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2020.

ex-presidente da república Fernando Affonso Collor de Mello. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2016, afastou o direito ao esquecimento ao ex-presidente da república em face da publicação de um artigo na revista *Veja* pela Editora Abril. O ex-presidente sustentou que “a pretexto de veicular matéria denominada *15 anos do Impeachment*, contendo retrospectiva daquele momento histórico e dos fatos que o antecederam, a ré, por meio da edição eletrônica da Revista *Veja*, lhe teria verdadeiramente ofendido a honra, divulgando fatos relacionados à sua vida íntima, sem qualquer relação com o cenário político que pretendia retratar.” Contudo, o Desembargador Relator Cláudio Godoy afirmou que “há dados da vida pessoal do gestor público que, aparentemente reservados, concernentes à sua vida privada e por vezes familiar, podem bem interessar ao conhecimento público, pela relevância ao julgamento da aptidão para a função pública de que investido ou de que se pretende investir”.¹⁵³

Frisa-se que a restrição de divulgação de fatos relacionados à vida de políticos ensejaria em uma verdadeira ofensa ao princípio democrático. Por este princípio, o cidadão tem direito de conhecer a pessoa em que vai depositar a sua confiança na gestão da coisa pública e ditar as diretrizes do Estado em prol de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. A história pregressa da pessoa pública tem relevante valor social na aferição de sua capacidade de liderar a sociedade de acordo com os princípios que ela defende. É natural que a população não escolha como governante ou parlamentar aquele político que não cuida bem de sua família ou que não tenha obtido êxito na administração de negócios particulares, mormente por que tais fatos indicam menor probabilidade de sucesso na gerência do serviço público. Não há dúvidas que tais informações se relacionam com a vida privada do indivíduo, porém não podem ser esquecidas, em razão do interesse público nelas envolvido.

Necessário realizar uma diferenciação em relação aos fatos atinentes à família do postulante. Não se mostra razoável estender o caráter público a todos os familiares da pessoa pública. Nota-se que aquele que não escolheu ter uma vida pública não

¹⁵³ TJSP. Apelação Cível nº 0006475-29.2011.8.26.0020. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Cláudio Godoy. Julgamento em 07.06.2016. Publicado em 08.06.2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9496093&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2ae4dd0d00740e3858c89e154cbcf6b&vICaptcha=xCnd&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

pode ser tolhido de sua intimidade de forma tão abrangente como ocorre com os representantes políticos. Deve-se analisar, então, o caso concreto de modo a evitar eventuais injustiças e ofensas exacerbadas à intimidade do familiar em favor de uma mera curiosidade social sem relevância para a democracia.

Por fim, muitas dúvidas e inseguranças jurídicas oriundas das divergências doutrinárias, bem como na jurisprudência envolvendo o tema do direito ao esquecimento, podem ser resolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, que terá sob a relatoria do Ministro Dias Tóffoli a oportunidade de se manifestar a respeito do referido direito no julgamento do Tema 786 do Supremo Tribunal Federal referente à “aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”.

Existem vários processos sobrestados para o aguardo deste julgamento. A expectativa que se tem é que o Supremo Tribunal Federal buscará elaborar balizas que deem clareza aos operadores do direito na aplicação do direito ao esquecimento, de modo a diminuir tantas decisões conflitantes que acabam por gerar mais e mais insegurança jurídica.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO, DIREITOS DA PERSONALIDADE, CONFRONTO DE PRINCÍPIOS, COLISÃO E PONDERAÇÃO

3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme já vimos no capítulo anterior, a democracia é um conceito complexo plurissignificativo e de difícil definição, com pouco consenso na doutrina acerca de seu conteúdo, requisitos, fundamentos ou expressões mínimas para sua configuração.¹⁵⁴

Por sua vez, a liberdade de expressão também enfrenta debates. Aline Osório identifica que, apesar da dificuldade na definição do conceito, um dos raros consensos entre os estudiosos do tema é que a liberdade de expressão é um dos requisitos essenciais da democracia:

Modelos clássicos, elitistas, agregativos, participativos, deliberativos e agonísticos [de democracia], todos concordam que o livre fluxo de ideias e informações é essencial ao autogoverno democrático. Igualmente, as múltiplas teorias sobre a liberdade de expressão convergem ao lhe atribuir a função de guardião da democracia, ainda que reconheçam que há outros fundamentos relevantes.¹⁵⁵

Na busca de sistematização do conceito, Robert Dahl afirma que, para a caracterização da moderna democracia representativa, devem estar necessariamente presentes seis instituições políticas que estabelecem um nível mínimo para a democracia: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva.¹⁵⁶

Segundo o aludido autor, tais instituições são imprescindíveis para a garantia dos critérios inerentes de um processo democrático: plena inclusão, participação efetiva, entendimento esclarecido, igualdade de voto e controle do programa, critérios que devem ser observados para que todos os membros da sociedade estejam igualmente capacitados a participar nas decisões políticas, sendo certo que, na

¹⁵⁴ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 67.

¹⁵⁵ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, pp. 67-68.

¹⁵⁶ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 99 e ss.

ausência de quaisquer desses critérios, os membros não serão politicamente iguais.¹⁵⁷

De fato, ao especificar cada uma das seis instituições políticas essenciais à democracia, preceitua Robert Dahl que, ante a impossibilidade prática de cada cidadão ter parcela do poder soberano do Estado, afigura-se como única solução viável, ainda que imperfeita, a eleição de funcionários para que representem os cidadãos no controle das decisões do governo (funcionários eleitos); por outro lado, para a manutenção do controle final sobre o planejamento das políticas de governo, todos os cidadãos devem ter oportunidade igual, efetiva e frequente de votar, e todos os votos devem ser contados como iguais (eleições livres, justas e frequentes); ainda, para realmente participarem da vida política, os cidadãos devem ter garantida sua liberdade de expressão, exercitando o direito de serem ouvidos e de ouvirem as ideias dos outros, adquirirem a compreensão esclarecida das políticas de governo e influenciarem no controle do programa de governo (liberdade de expressão); para que os cidadãos possam adquirir as informações necessárias que possuam uma compreensão esclarecida e efetivamente participem e influenciem no planejamento público, devem ter acesso a fontes alternativas e independentes de informação, ou seja, fontes de informação que não estejam sob o controle do governo ou de qualquer grupo (fontes de informação diversificadas); para que os cidadãos tenham maior força e possibilidade de influência no controle do programa de governo, a formação de grupos é necessária, desejável e inevitável (associações independentes); enfim, para que tenham seus interesses fundamentais protegidos e promovidos, com efetiva participação no governo, o corpo dos cidadãos deve incluir todas as pessoas residentes capazes em dado estado.¹⁵⁸

Com efeito, na democracia representativa contemporânea, todas as pessoas sujeitas às leis de determinado Estado, com exceção dos que estão de passagem e dos incapazes de cuidar de si mesmos (plena inclusão), devem ter oportunidades iguais e efetivas de investigar, discutir e participar na formulação de políticas (participação efetiva), aprender sobre todas as políticas possíveis de serem adotadas e suas consequências (entendimento esclarecido), escolher a política a ser

¹⁵⁷ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 47 e ss.

¹⁵⁸ Ibid., p. 91 e ss.

implementada (igualdade de voto) e decidir como e quais questões devem ser colocadas no planejamento (controle do programa de planejamento).¹⁵⁹

A respeito, a conclusão de Robert Dahl:

Por que a democracia exige a livre expressão? Para começar, a liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política. Como poderão eles tornar conhecidos seus pontos de vista e persuadir seus camaradas e seus representantes a adotá-los, a não ser expressando-se livremente sobre todas as questões relacionadas à conduta do governo? Se tiverem de levar em conta as ideias de outros, será preciso escutar o que esses outros tenham a dizer. A livre expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm para dizer. Para se adquirir uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo, também é preciso a liberdade de expressão. Para adquirir a competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas em cujas opiniões confiem – e aprender de outras maneiras que dependem da liberdade de expressão. Por fim, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia.¹⁶⁰

Em suma, a liberdade de expressão é fundamento e elemento essencial da própria ideia de democracia, sendo certo que a garantia de seu exercício é fundamental para que prevaleça efetivamente a supremacia da vontade do povo. Não se podem conceber restrições à forma de pensar e de se expressar livremente num estado democrático e de direito, sem que tal situação não seja taxada de retrógrada e ditatorial. Há necessidade de se falar e de se ouvir o que todos têm a dizer, realizando-se numa etapa posterior, cada um diante do seu livre arbítrio, as conclusões para a tomada de posição diante de cada fato da vida.

3.1.1 Conceito de liberdade de expressão: as dimensões substantiva e instrumental da liberdade de expressão

Sampaio Doria conceitua que a liberdade de pensamento é “o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”, cuidando-se de liberdade de conteúdo intelectual pela qual “o homem tenda, por

¹⁵⁹ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 49-50.

¹⁶⁰ Ibid., p. 110.

exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”.¹⁶¹

José Afonso da Silva, com apoio nos ensinamentos de Claude-Albert Colliard e Jacques Robert, ensina que a liberdade de expressão é chamada pela doutrina de “liberdade primária e ponto de partida das outras”, em razão de encerrar a “liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”.¹⁶²

Nas palavras de José Afonso da Silva, a liberdade de expressão é dotada de duas dimensões: o aspecto interno, como pensamento íntimo, corolário das liberdades de consciência, de crença e de convicção filosófica ou política; e o aspecto externo, como exteriorização do pensamento, consistente em “conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.¹⁶³

Por sua vez, ensina Gustavo Binenbojm que a liberdade de expressão pode ser compreendida em duas dimensões: uma dimensão libertária, ou substantiva, e outra denominada democrática, ou instrumental.

Segundo a concepção substantiva, a liberdade de expressão é um direito subjetivo fundamental, um bem em si, “um aspecto da autorrealização do homem, essencial ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”, e que deve ser protegido da intervenção estatal, ainda que em detrimento dos interesses da coletividade”.¹⁶⁴

¹⁶¹ SAMPAIO DÓRIA, Antônio. Direito constitucional. 3ª ed., São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1953, v. III, p. 602, apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243.

¹⁶³ Ibid., p. 245.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 704.

Sob esse enfoque, a liberdade de expressão possui um valor imanente, sendo inerente à condição humana e constituindo corolário da própria dignidade da pessoa humana.¹⁶⁵

A respeito pontua Daniel Sarmento:

A possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu. Trata-se de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões de nossa própria humanidade.¹⁶⁶

Por outro lado, de acordo com a concepção instrumental, a liberdade de expressão deve ser garantida não como direito subjetivo fundamental, mas como instrumento imprescindível para assegurar o exercício do autogoverno e de outros objetivos essenciais da sociedade, como o controle e a fiscalização do poder, a plena informação dos cidadãos acerca dos assuntos de interesse geral e a formulação de políticas públicas.¹⁶⁷

Segundo tal acepção, na síntese de Paulo Murillo Calazans, a liberdade de expressão visa à “construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, propiciando a realização do processo coletivo do debate público e tomada de decisões com apoio em grandes discussões extensíveis a todos os cidadãos”.¹⁶⁸

Embora diferentes, as concepções substantiva e instrumental não são antagônicas, mas complementares, dotando a liberdade de expressão de caráter

¹⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 704. O autor lembra que, nessa acepção, a liberdade de expressão se apresenta como aspecto da denominada liberdade dos modernos, na dicotomia cunhada por Benjamin Constant.

¹⁶⁶ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242.

¹⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, 2015, Rio de Janeiro: Forense, p. 704. Salienta o autor que, aqui, a liberdade de expressão se apresenta como aspecto da intitulada liberdade dos antigos, de acordo com a expressão criada por Benjamin Constant, identificando-se com a “cidadania participativa ativa do cidadão nos negócios da pólis”.

¹⁶⁸ CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). Temas de constitucionalismo e democracia, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74.

dúplice, como direito subjetivo à livre manifestação de pensamento e como norma objetiva constitutiva da ordem democrática fundamental.

A esse respeito, preceitua Konrad Hesse:

O alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos meios de comunicação de massa modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental, ‘simplesmente constitutiva’.¹⁶⁹

Ainda, ensina Fernanda Carolina Tôres que a garantia da liberdade de expressão é essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana – por não haver vida digna sem que o indivíduo possa expressar seus desejos e convicções – e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática do Estado – do ser imprescindível que o indivíduo que deseje externar sua posição política e ideológica e participar do debate político tenha meio de fazê-lo e não seja reprimido por isso: “a liberdade de expressão é condição necessária ao exercício da cidadania e ao desenvolvimento democrático do Estado, na consolidação de uma sociedade bem informada e coautora de seus sistemas político e jurídico”.¹⁷⁰

Assim, na feliz síntese de Gustavo Binbenbojm, a liberdade de expressão apresenta duas dimensões, substancial e instrumental, que tutelam, ao mesmo tempo, o “desenvolvimento da personalidade individual (dimensão substantiva), além de condições mínimas para o exercício de outros direitos fundamentais e para a consecução de outros objetivos coletivos (dimensão instrumental)”, relacionados à constituição e funcionamento da ordem democrática fundamental”.¹⁷¹

¹⁶⁹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 302-303.

¹⁷⁰ TÔRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, nº 200, out./dez/ 2013, pp. 61-62.

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 707.

3.1.2 A liberdade de expressão nas constituições brasileiras

Desde a independência, todas as constituições brasileiras sempre asseguraram, em maior ou menor grau, ainda que nem sempre de forma efetiva, a proteção à liberdade de expressão, também chamada de liberdade de manifestação do pensamento.¹⁷²

A respeito, Rafael Koatz¹⁷³ cita os artigos 179, IV, da Constituição de 1824¹⁷⁴; art. 72, §12, da Constituição de 1891¹⁷⁵; art. 113.9, da Constituição de 1934¹⁷⁶; artigo 122.15, da Constituição de 1937¹⁷⁷; art. 141, §5º, da Constituição de 1946¹⁷⁸; art. 150, §8º, da Constituição de 1967¹⁷⁹, e; art. 153, §8º, da Constituição de 1969¹⁸⁰.

¹⁷² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391-448.

¹⁷³ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391 e ss.

¹⁷⁴ Art. 179. (...) IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

¹⁷⁵ Art. 72 - (...) § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (Redação dada pela EC de 03.09.1926).

¹⁷⁶ Art 113 (...) 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar.

¹⁷⁷ Art 122 (...) 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942).

¹⁷⁸ Art 141 (...) § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer.

¹⁷⁹ Art 150 - (...) § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

¹⁸⁰ Art. 153. (...) § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

No entanto, apesar de contar com expressa previsão constitucional, a proteção à liberdade de expressão nunca se desenvolveu de forma efetiva, ao menos até o advento da Constituição de 1988.¹⁸¹

De fato, visando coibir os abusos, as arbitrariedades e a censura vivenciada no período militar, e assegurar a construção do processo de redemocratização, a Constituição de 1988 reservou papel de destaque à liberdade de expressão da cidadania e da imprensa, dedicando diversos dispositivos direta ou indiretamente relacionados ao tema.¹⁸²

A respeito, ensina Pinto Ferreira que “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura”.¹⁸³

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabelece como direitos fundamentais, em seu artigo 5º, a livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato (inc. IV); a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inc. IX); o direito de resposta proporcional ao agravo (inc. V); o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (inc. XIV); o acesso às informações dos órgãos públicos de interesse particular ou geral (inc. XXXIII).

Por outro lado, com relação à educação, a Constituição Federal de 1988 garante, como princípios norteadores do ensino, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, além do respeito ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, incs. II e III); quanto à cultura, a Constituição Federal de 1988 tutela o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, bem como o apoio e o incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais (art. 215); e, no tocante à comunicação social, assegura a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer

¹⁸¹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391-448, p. 6.

¹⁸² OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 43.

¹⁸³ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 68.

forma, processo ou veículo, sem qualquer restrição (art. 220); a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 220, §1º); a vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística (art. 220, §2º); a vedação de formação de monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social, como forma de garantia de fontes de informação diversificadas (art. 220, §5º).

Gustavo Binimbojm afirma que, no plano normativo, a Constituição Federal de 1988 acolheu as dimensões substancial e instrumental da liberdade de expressão, criando um sistema constitucional que garante a cada cidadão tanto a possibilidade de livre manifestação, “expressando suas impressões individuais sobre o mundo a sua volta, quanto a faculdade de participar dos processos de deliberação coletiva, atuando na formação da opinião pública e dos consensos indispensáveis ao autogoverno”.¹⁸⁴

3.1.3 O sistema constitucional da liberdade de expressão

A Constituição Federal de 1988 conferiu posição de nítido destaque às dimensões substancial e instrumental da liberdade de expressão, estabelecendo uma multiplicidade de direitos e liberdades fundamentais, com objeto, conteúdos e âmbitos de aplicação distintos, mas que interagem entre si e complementam-se, formando o sistema constitucional da liberdade de expressão.¹⁸⁵

Esse sistema de proteções conferido à liberdade de expressão objetiva tutelar e promover o pluralismo político e a cidadania participativa, com vistas ao desenvolvimento da ordem democrática.¹⁸⁶

¹⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 707-708.

¹⁸⁵ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 44; BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 707.

¹⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 708.

A partir de tal sistema constitucional, pode-se caracterizar a liberdade de expressão como gênero do qual decorrem, dentre outros direitos, três liberdades: a liberdade de manifestação do pensamento (liberdade de expressão em sentido estrito), a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.¹⁸⁷

Gustavo Binenbojm sintetiza as três liberdades da seguinte forma:

- (i) a liberdade de expressão *stricto sensu*, correspondendo ao direito individual de externar ideias, opiniões, sentimentos, manifestações estéticas, artísticas ou qualquer outra forma de expressão do espírito humano. Trata-se da liberdade que cada ser humano possui de tornar pública a sua visão subjetiva a respeito dos acontecimentos da vida;
- (ii) a liberdade de informação, que se consubstancia tanto no direito individual de comunicar fatos objetivamente considerados (direito de informar) quanto no direito subjetivo de receber informações verdadeiras e de não ser enganado, ou manipulado, do qual todo cidadão é titular, numa dinâmica de construção de um ambiente deliberativo bem informado (direito de ser informado); e
- (iii) a liberdade de imprensa, indicando o direito dos meios de comunicação de divulgarem fatos e opiniões. Nesse sentido, relaciona-se tanto com a liberdade de informação quanto com a de expressão em sentido estrito, enquanto veículo para a exteriorização de opiniões e pensamentos. A distinção essencial no tratamento destes conceitos reside no fato de que a liberdade de imprensa não se refere a um direito individual, mas sim ao interesse eminentemente público na livre circulação de ideias.¹⁸⁸

De acordo com tais concepções, a liberdade de expressão em sentido estrito corresponde à liberdade de que cada indivíduo é dotado para externar sua posição e ponto de vista aos demais membros da sociedade em relação às diferentes concepções e pensamentos. Neste ponto, ganha relevo o novo modelo das chamadas “mídias sociais”, onde uma opinião é replicada a um número infinitamente maior que outrora. As redes sociais, por intermédio da internet, potencializam um determinado ponto de vista, gerando um efeito cascata, que tudo que se fala ou opina, traz um sem número de aceites ou discordâncias, elevando o debate a níveis nunca imaginados.

Por sua vez, a liberdade de informação contempla os direitos subjetivos de veicular fato de forma objetiva e de receber informações verdadeiras.

¹⁸⁷ FUX, p. 517; KOATZ, p. 6; OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 44.

¹⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Humor, política e jurisdição constitucional – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 708.

Por fim, a liberdade de imprensa corresponde a um direito e dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões à sociedade, servindo de instrumento vital à garantia das liberdades de expressão em sentido estrito e de informação, por possibilitar a comunicação de pensamentos, ideias e opiniões à coletividade.¹⁸⁹

À guisa de conclusão da importância da liberdade de expressão, em seu tríplice aspecto, destaca Luiz Fux:

Além de consubstanciar direito moral, aludidas liberdades também se justificam no fato de ser um instrumento para a salvaguarda de outros valores e liberdades jusfundamentais, como a religiosa, a política e a própria estabilidade das instituições democráticas. Daí sua relevância e sua centralidade no sistema eleitoral, em particular, e no ambiente democrático, em geral. De efeito, sem que haja liberdade de expressão e de informação, e seja franqueada ampla possibilidade de debate de todos os assuntos relevantes para a formação da opinião pública, não há de cogitar de verdadeira democracia.¹⁹⁰

A seguir serão tecidas algumas considerações acerca de cada uma das facetas da liberdade de expressão.

3.1.3.1 Liberdade de expressão em sentido estrito

A liberdade de expressão em sentido estrito é “o direito de externar e difundir os próprios pensamentos, ideais, criações, opiniões, sentimentos e demais expressões”¹⁹¹; corresponde à liberdade de que cada indivíduo é dotado para externar sua posição e ponto de vista aos demais membros da sociedade em relação às diferentes concepções e pensamentos.

José Afonso da Silva chama a liberdade de expressão em sentido estrito de liberdade de manifestação do pensamento, observando que essa exteriorização pode ser dar entre interlocutores presentes ou ausentes.¹⁹²

No primeiro caso, a exteriorização pode ser dar de pessoa a pessoa, em forma de diálogo ou conversação, ou de uma pessoa para outras pessoas, por meio de

¹⁸⁹ FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli; coordenação João Otávio de Noronha, Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 517-518.

¹⁹⁰ Ibid., p. 518.

¹⁹¹ OSORIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 44

¹⁹² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 246.

discurso, palestra ou conferência, hipótese em que interfere com o direito de reunião e de associação.

No segundo caso, pode se dar entre pessoas determinadas, na forma de correspondência particular e sigilosa, sob a forma de carta, telefone, telegrama ou mensagem privada em aplicativo de smartphone ou rede social, situação em que se relaciona com o direito à privacidade, ou manifestação do pensamento para pessoas indeterminadas, por meio de livro, jornal, revista, televisão, rádio, mensagem pública em rede social, hipótese em que interfere com a liberdade de informação, direito à informação e liberdade de imprensa.¹⁹³

Destaque-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988¹⁹⁴, em seu art. 5º, incs. IV e V, veda o anonimato e assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e indenização por danos ao ofendido pelo pensamento manifestado, razão pela qual o indivíduo manifestante deve se identificar, assumindo a autoria do pensamento veiculado, a fim de que, sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros.

A respeito, a lição de José Afonso da Silva:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. (...) Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação.¹⁹⁵

3.1.3.2 Liberdade de informação

Nunca é demais mencionar ser a liberdade de informação princípio consagrado no Art. 220 da Constituição Federal.

¹⁹³ Ibid., p. 246.

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 247.

Em sociedades democráticas, a livre informação é um dos aspectos mais relevantes a ser preservado. A não transmissão do conhecimento ou de fatos acabam por limitar a forma de pensar de um povo que, dependendo da estratégia, pode levar a uma indevida manipulação de opiniões.

A correta informação traz a todos a possibilidade de pensar e decidir de forma livre e espontânea. Dai a tentativa de alguns países não democráticos de impedirem a chegada a seus cidadãos, notícias dos quais entendam não adequadas, circunstância cada vez mais difícil no mundo digitalizado.

A liberdade de informação contempla os direitos subjetivos de transmitir e comunicar fatos de forma objetiva e de receber informações verdadeiras. De forma sistematizada, a liberdade de informação abrange (a) o direito de acesso à informação, de forma a garantir a busca e investigação de informações por todos os meios lícitos; (b) o direito de informar, que garante o direito de transmitir informações a partir de determinado meio; e (c) o direito de ser informado, garantindo o direito de os cidadãos receberem todo tipo de informação da Administração, dos meios de comunicação e dos demais cidadãos.¹⁹⁶

José Afonso da Silva, a partir das lições de Albino Greco, conceitua a liberdade de informação:

Como esclarece Albino Greco, por 'informação' se entende 'o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado'. O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas. Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.¹⁹⁷

Embora constitua espécie da liberdade de expressão, a liberdade de informação tem conteúdo próprio, por corresponder ao direito de transmissão e

¹⁹⁶ OSORIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 45.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 247-248.

comunicação de fatos por qualquer meio, diferenciando-se tanto da liberdade de expressão em sentido estrito quanto da liberdade de imprensa.

A respeito, Aline Osorio leciona que a liberdade de informação se diferencia da liberdade de expressão em sentido estrito por se referir unicamente a divulgação de fatos, e não de opiniões, juízos de valor e sentimentos, a ensejar o estabelecimento de um regime jurídico próprio para a liberdade de informação:

O interesse dos receptores no acesso a informações confiáveis sobre fatos, que lhes permitam participar da formação da opinião pública e controlar o governo e os detentores de poder, tem ensejado o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado para a liberdade de informação. De acordo com esse regime jurídico, os fatos se sujeitam ao cumprimento de determinados requisitos (como a veracidade, a objetividade e a imparcialidade), assim como à atribuição de responsabilidades e deveres mais robustos àqueles que exercem o direito de informar (como a diligência na apuração do evento reportado e a boa-fé na transmissão). Porém, vale ressaltar que essa distinção deve ser vista com cautela. Do ponto de vista epistemológico e prático, nem sempre será possível traçar uma linha divisória clara entre afirmações de fato e juízos de valor (e, logo, entre expressão e informação). O próprio cumprimento de requisitos como o da “veracidade”, muitas vezes, assume um caráter mais subjetivo que objetivo. Tal qual observou Luís Roberto Barroso, “a comunicação de fatos nunca é uma atividade plenamente neutra”.¹⁹⁸

Na mesma linha, o entendimento de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, no sentido de que o direito de informação contempla “apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades objetivamente apuradas”, enquanto que a liberdade de expressão em sentido estrito abrange “a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo”.¹⁹⁹

Dessa forma, a liberdade de expressão em sentido estrito, por ter como objeto a difusão de ideias, juízos de valor e opiniões, não está necessariamente vinculada à verdade, enquanto a liberdade de informação, por ter como objeto a divulgação de

¹⁹⁸ OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, pp. 45-46.

¹⁹⁹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

fatos, tem compromisso com a verdade, por interferir na formação da opinião pública.²⁰⁰

Por outro lado, a liberdade de informação se distingue da liberdade de imprensa, por abranger “a divulgação de fatos não somente pelos meios de comunicação social de massa”. De fato, embora a televisão, o rádio e a imprensa continuem a concentrar grande parte da função de veicular informações, “cada vez mais indivíduos desempenham, de forma descentralizada, a atividade de partilhar e compartilhar fatos, sobretudo por meio da internet e das redes sociais.”²⁰¹

José Afonso da Silva, adotando as lições de Freitas Nobre, distingue a liberdade de informação, direito pessoal, do direito à informação, direito coletivo, conceituando este como o direito coletivo da informação ou direito da coletividade à informação²⁰²:

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.²⁰³

Na feliz dicção de Albino Greco, citado por José Afonso da Silva, “a liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação”.²⁰⁴

E conclui José Afonso da Silva, que a Constituição acolheu tanto a liberdade de informação, enquanto direito de feição individual, quanto o direito à informação, enquanto direito de feição coletiva:

²⁰⁰CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 12-17.

²⁰¹ OSORIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 46.

²⁰² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 262.

²⁰³ *Ibid.*, p. 262.

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 262.

A Constituição acolheu essa distinção. No capítulo da comunicação (arts. 220 a 224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara assegurado a todos o acesso à informação. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social. O outro dispositivo trata de direito à informação mais específico, quando estatui que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Aí, como se vê do enunciado, amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual. O direito de petição (art. 5º, XXXIV, a) pode também revelar-se como direito coletivo, na medida em que pode ser usado no interesse da coletividade, e geralmente o é, mais do que no interesse individual.²⁰⁵

Dada a importância do tema, o direito à informação será tratado em tópico próprio.

3.1.3.3 Liberdade de imprensa

O alemão Johann Gutenberg, ao desenvolver os tipos móveis para a prensa por volta de 1439, acabou por massificar a impressão de livros e jornais, iniciando a ideia posteriormente de liberdade de imprensa, esta definida como “um direito e dever dos meios de comunicação de divulgar opiniões e fatos à sociedade, servindo de instrumento vital à concretização das liberdades de expressão em sentido estrito e de informação”.²⁰⁶

Assim, a liberdade de imprensa compreende o direito de os meios de comunicação social, no exercício da liberdade de expressão em sentido estrito, de exteriorizarem pensamentos, ideias, opiniões e manifestações, e, no exercício da liberdade de informação, divulgarem fatos e acontecimentos à coletividade, sem interferências estatais indevidas.²⁰⁷

Cada sociedade acabou por definir regras próprias de como efetivar o referido conceito, sendo certo que na União Europeia adotou-se a *European Charter on*

²⁰⁵ Ibid., p. 262.

²⁰⁶ FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli; coordenação João Otávio de Noronha, Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 517-518.

²⁰⁷ OSORIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 46.

*Freedom of the Press*²⁰⁸, assinada em de 25 de maio por 48 jornalistas europeus de dezenove países dos quais se defende tal liberdade, assim como direito à segurança de informações e interceptações de dados em computadores das editoras. Há também um programa estratégico em andamento conhecido como “Europa 2020”, pactuado em 3 de março de 2010, tendo como diretriz a liberdade da mídia e pluralismo, onde o elemento basilar é a liberdade de expressão e livre trânsito de informações.

Nos EUA, a liberdade de imprensa é um pilar democrático há muito respeitado. Conhecido o caso do jornalista John Peter Zenger. Ele publicou severas críticas ao então governador de Nova Iorque, de nome William Cosby, em seus editoriais em 1733, fato que o levou a prisão. Seu advogado, Andrew Hamilton, logrou sua absolvição destacando no júri que o jornalista possuía direito a realizar publicações verdadeiras e de tecer críticas de determinados fatos. Embora tal decisão ocorrida em primeiro grau de jurisdição não possa ser considerada um precedente no sistema da *common law*, foi importante marco na história americana no sentido da imprensa livre.

Com a implementação da já vista *Bill of Rights*²⁰⁹, as garantias da liberdade de informação e opinião foram finalmente consolidadas, destacando-se a Primeira Ementa em 1790, onde se impossibilitou que houvesse por parte do Congresso qualquer lei que porventura tentasse abolir tais direitos: “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press.”

Tanto em 1964 (caso *New York Times v. Sullivan*)²¹⁰, como em 1976 (caso *Nebraska Press Association v. Stuart*)²¹¹, a Suprema Corte Americana ratificou entendimento de que jornalistas não poderiam ser criminalizados por opiniões, destacando-se, ainda, a impossibilidade de governantes imporem qualquer tipo de censura aos editoriais e artigos de jornais.

²⁰⁸ Disponível em: <<http://www.pressfreedom.eu/en/index.php>>. Acesso em: 17.06.2019.

²⁰⁹ Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

²¹⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 666, 1964 U.S. LEXIS 1655, 95 A.L.R. 2d 1412, 1 media L. Res. 1527 (U.S. 1964).

²¹¹ *Neb.Press Ass. V. Stuart*, 427 U.S. 539, 96 S. Ct. 2791, 49 L. Ed. 2d 683, 1976 U.S. LEXIS 17, 1 Media L. Rep. 1064 (U.S. 1976).

Restou, claro, ao comando da Suprema Corte dos Estados Unidos, de que o Estado não tem autorização para impedir ou restringir uma determinada informação, de modo a haver mínima intervenção estatal (conteúdos que afetam a moral, segurança nacional, etc.).

No Brasil, como em todo o mundo, a evolução da liberdade de imprensa foi relativamente lenta. Sob a égide da Constituição de 1824, foi promulgada a Lei de Imprensa de 20/09/1830, que previa pena corporal em caso de infringência ao artigo 179, § 4º da Constituição, situação só modificada em 1934, quando o então Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto n. 24.776, o qual se rejeitava qualquer tentativa de impedir a liberdade de pensamento e informação. Seguiram-se a Lei ns. 2.083/53 e 5.250/67, sendo esta última uma tentativa de conter qualquer oposição ao regime então vigente.

A Constituição Federal de 1988 consagra a liberdade de informação jornalística, direito fundamental que supera a velha liberdade de imprensa, por alcançar a divulgação de fatos e opiniões por qualquer veículo de comunicação social (televisão, rádio, jornal, revista, internet, etc.), e não apenas a difusão por veículo impresso de comunicação.²¹²

José Afonso da Silva explica as dimensões de direito e dever da liberdade de imprensa, concluindo que ela somente se justifica frente ao direito à informação correta e imparcial da coletividade:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-se-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.²¹³

²¹² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 248.

²¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 249.

Os meios de comunicação social constituem poderoso instrumento de formação da opinião, desempenhando função social consistente, colocando-se como um quarto poder, por transmitir a vontade e pensamento popular às autoridades e atuar como controle sobre a atividade político-administrativa.²¹⁴

3.1.4 Direito à informação

Como visto, a liberdade de informação, como parcela da liberdade de expressão em sentido amplo, é o direito individual de expressar livremente fatos, enquanto o direito à informação é o direito coletivo de acesso à informação. Trata-se, a primeira, do interesse individual de manifestação de fatos, e, o segundo, do interesse geral de acesso à informação acerca dos fatos.

Segundo Sabrina Favero e Wilson Antônio Steinmetz²¹⁵, a confusão conceitual entre liberdade de expressão, liberdade de informação e direito à informação é compreensível, tendo em vista que tais direitos têm fundamentos idênticos, salientando-se que as cartas internacionais de direitos humanos sistematizarem tais direitos fundamentais de forma conjunta.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, estabelece, em seu artigo 19:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.²¹⁶

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelece, em seu artigo 19, seção 2:

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 249.

²¹⁵ FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de Informação: Dimensão Coletiva da Liberdade de Expressão e Democracia. Revista Jurídica Cesumar, v. 16, n. 3. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4973>>. Acesso em: 17/06/2019.

²¹⁶ UNESDCO. Universal Declaration of Human Rights. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente de sua escolha.²¹⁷

Conhecido o caso *Stanley v. Georgia*²¹⁸, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou e ratificou o entendimento ao direito individual de recebimento de informações, bem como dentro da privacidade do lar, a leitura de material considerado obsceno. Após seguiram-se os casos *Lamont v. Postmaster General*²¹⁹ (“*individual right to receive mail publications*”) e *Kleindienst v. Mandel*²²⁰ (*stating First Amendment grants to receive information and ideias*”), dentre outros.

A revelação de documentos oficiais tanto nos Estados Unidos (*Electronic Freedom of Information ACT*)²²¹ quanto no União Europeia (*Regulation Nº 1049/2001*)²²², permitem o livre acesso às informações de documentos considerados oficiais, transmitidos ou recebidos.

No Brasil, a Lei 12.527/2011 regula o tema relativo ao acesso de informações, unindo tanto a liberdade de informar quanto o direito de ser informado.

Leciona Barroso que, embora inegável a correlação entre os três direitos fundamentais, a distinção entre eles se faz necessária para o estudo de seus requisitos e limitações, notadamente diante do fato de que “a informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível (...) – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao busca-la”.²²³

²¹⁷ BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019..

²¹⁸ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 89 S. Ct. 1243, 32 L. Ed. 2d 542, 1969 U.S. LEXIS 1972 (US 1969).

²¹⁹ *Lamont v. Postmaster General*, 38 U.S. 301, 85 S. Ct. 1493, 14 L. Ed. 2d 398, 1965 U.S. LEXIS 2286 (U.S. 1965).

²²⁰ *K U.S. LEXIS 22* (U.S. 1972). *leindienst v. Mendel*, 408 U.S. 753, 92 S. Ct, 2576, 33 L. Ed. 2d 683, 1972

²²¹ Disponível em: <<https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-freedom-information-act-5-usc-sect-552-amended-public-law-no-104-231-110-stat>>. Acesso em: 17.06.2019.

²²² Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32001R1049>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, pp. 18-19.

Assim, propõe Barroso que a distinção entre os conceitos deve se pautar por um critério de prevalência: “haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar, sobretudo no critério de sua veracidade”²²⁴, tendo em vista que os fatos, por sua materialidade, são suscetíveis de prova, enquanto que os pensamentos, ideais, opiniões e juízos de valor, por sua natureza abstrata, não são suscetíveis de prova.

De todo modo, conclui Barroso, citando precedente do Tribunal Constitucional Espanhol, que, embora a informação diga com as categorias de veracidade e imparcialidade, a comunicação de fatos ou notícia não é uma atividade completamente neutra ou pura, tendo em vista que “até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal”, razão pela qual a divulgação quase sempre compreende algum elemento valorativo ou “uma vocação à formação de uma opinião”.²²⁵

De fato, se a liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação, como direitos individuais, asseguram a expansão da liberdade humana, como meio para o desenvolvimento da personalidade, apresentam inequívoca dimensão coletiva, com relação intrínseca com o direito à informação, por atenderem “ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base do funcionamento do regime democrático”.²²⁶

Ademais, o direito à informação acerca da atuação do Poder Público e dos agentes públicos adquire especial relevância no regime republicano, tendo em vista que estes atuam em nome do povo e a ele devem se reportar, sendo certo que a publicidade dos atos dos agentes públicos é o principal meio de controle de sua atuação.²²⁷

Nesse sentido, sedimentou-se no Tribunal Superior Eleitoral o entendimento de que “É preciso preservar, tanto quanto possível, a intangibilidade da liberdade de

²²⁴ Ibid., p. 19.

²²⁵ Ibid., p. 18.

²²⁶ Ibid., p. 19.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 19.

imprensa, notadamente porque a função de controle desempenhada pelos veículos de comunicação é essencial para a fiscalização do poder e para o exercício do voto consciente.” (Representação nº 060104724, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/09/2018).²²⁸

A respeito, adverte Edilsom Pereira de Farias:

Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*. A evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos – a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública.²²⁹

Acerca da importância da liberdade de expressão, em seu tríplice aspecto, e do direito de informação, destaca Luiz Fux:

Além de consubstanciar direito moral, aludidas liberdades também se justificam no fato de ser um instrumento para a salvaguarda de outros valores e liberdades jusfundamentais, como a religiosa, a política e a própria estabilidade das instituições democráticas. Daí sua relevância e sua centralidade no sistema eleitoral, em particular, e no ambiente democrático, em geral. De efeito, sem que haja liberdade de expressão e de informação, e seja franqueada ampla possibilidade de debate de todos os assuntos relevantes para a formação da opinião pública, não há de cogitar de verdadeira democracia.²³⁰

Assim, a liberdade de expressão e o direito à informação, por importarem de forma decisiva na formação da opinião pública, constituem fundamento para o exercício de outras liberdades e elementos condicionadores da democracia pluralista, a justificar a adoção de uma posição de preferência – *preferred position* – da liberdade de expressão em sentido amplo em relação aos direitos da personalidade.²³¹

²²⁸ Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=300817&noCache=1036407781>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²²⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 167, p. 166-7.

²³⁰ FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli; coordenação João Otávio de Noronha, Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016, p. 518.

²³¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 167. Na mesma linha, veja-se BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da

A liberdade de expressão, tido como princípio inerente a todas as democracias, decorre da vedação, em regra, de censura prévia de qualquer manifestação de pensamento ou veiculação de fatos, privilegiando-se o sistema de repreensão posterior de eventual abuso, por meio do direito de resposta e da indenização, a ser feita à luz do caso concreto.

Essa opção pela compensação posterior de eventual dano aos direitos da personalidade “tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação”²³², como se verá adiante.

Como bem ressalta Barroso, da posição preferencial da liberdade de expressão resulta “a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade”.²³³

Como visto, a Constituição de 1988 traz diversas normas acerca da liberdade de expressão, em seu tríplice aspecto, e do direito à informação, destacando-se o art. 5º, incs. IV, V, IX e XIV, e o artigo 220, que conferem tratamento privilegiado a tais direitos, razão pela qual parcela da doutrina defende que tais normas constitucionais, ao garantirem a liberdade de expressão e informação, sem qualquer ressalva, vedarem a censura e assegurarem o direito de resposta e a indenização por eventual abuso, restringem a ponderação à análise judicial dos casos concretos, vedando a possibilidade de restrição pelo legislador.²³⁴

Nessa linha, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho acentua que qualquer restrição à liberdade de expressão deve ser feita por ordem judicial, observando-se as peculiaridades do caso concreto:

personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 20.

²³² BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 20.

²³³ Ibid., p. 20.

²³⁴ Acerca das posições favoráveis e contrárias a tal tese, veja-se BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 21.

Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos, que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema proposto contribui, também, para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras.²³⁵

De todo modo, independente da adoção ou não desse posicionamento, é certo que a liberdade de expressão e o direito à informação não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição, notadamente com relação a possível colisão com os direitos da personalidade (arts. 5º, X, e 220, §1º), garantia da segurança pública (art. 5º, XIII) e da infância e adolescência (art. 21, XVI), e regramentos dos meios de comunicação social (art. 221).

Especificamente com relação ao direito à informação e à liberdade de informação, lembra Barroso que, além dos limites explícitos na Constituição Federal de 1988, existem outros limites imanentes, que se constituem, na verdade, requisitos que devem estar presentes para que se esteja diante de informação digna de proteção constitucional²³⁶: a verdade, o interesse público e a ausência de lesão a direitos fundamentais.

Importante para o término deste tópico, destacar que a liberdade de informação (direito à informação e de ser informado) ganhará relevo quando na análise do direito ao esquecimento no âmbito da propaganda eleitoral.

3.1.4.1 Verdade

Considerando que o objeto do direito à informação e da liberdade de informação é a divulgação de fatos, o primeiro requisito que deve estar presente é a verdade, compreendida do ponto de vista subjetivo.

²³⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, pp. 22-23.

De fato, como tais direitos se destinam a dar ciência da realidade à coletividade, só existirá informação – referências ou dados acerca de um acontecimento, fato ou fenômeno – se o requisito da verdade estiver presente.²³⁷

Claro esta, destaca-se que o sentido de se obter a verdade na informação é conceito traiçoeiro. Num primeiro passo, a verdade pode ser encarada de várias formas por cada indivíduo ou dependendo do ponto de vista.

A verdade aqui ventilada é um conceito subjetivo de compromisso com a verdade, sob pena de, na era da informação, inviabilizar o exercício da liberdade de informação e do direito à informação, razão pela qual a verdade corresponde à diligência do emissor que, por meio de um juízo de verossimilhança e probabilidade, apure seriamente os fatos a serem tornados públicos, de forma a veiculá-los com veracidade, exatidão, objetividade e equilíbrio²³⁸:

De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos.²³⁹

Lembra Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, com base em julgado do Tribunal Constitucional da Espanha que, caso a exigência da verdade fosse tomada de modo absoluto, “significaria condenar a imprensa ao silêncio”²⁴⁰:

É certo que, nos casos concretos, torna-se difícil estabelecer o que é verdade e o que é falsidade. Qualquer que seja o critério adotado há que levar em conta essa dificuldade e há que ser flexível. O que se deve exigir dos órgãos de informação é a diligência em apurar a verdade: o que se deve evitar é a despreocupação e a irresponsabilidade em publicar ou divulgar algo que não resista a uma simples aferição (CARVALHO, 1998).

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 23.

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 23.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 23.

²⁴⁰ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 98.

Nesse passo, claro resta que a informação de forma meramente opinativa, embora inserida dentro do contexto da liberdade de expressão, afastasse do conceito aqui discutido.

No direito eleitoral, objeto do presente estudo, o artigo 58 da Lei nº 9.504/1997 garante o direito de resposta ao atingido por, entre outros, conceito, imagem ou afirmação sabidamente inverídica, tendo a jurisprudência fixado o entendimento que sabidamente inverídica é a inverdade manifestamente flagrante, que não admite controvérsias, dispensa provas e é apurável de imediato, com dispensa de investigações aprofundadas.²⁴¹

Assim, verifica-se que, no âmbito da propaganda eleitoral, a exigência da verdade também é tomada em sua acepção subjetiva, reputando-se a afirmação como sabidamente inverídica apenas aquela de manifesta e incontroversa falsidade, de conhecimento popular, incapaz de gerar questionamento ou dúvida.

Com efeito, sedimentou o Tribunal Superior Eleitoral que “Na linha dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, “a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias”, conforme assentado, entre outros, no julgamento do R–Rp 2962–41/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 28.9.2010.” (Representação nº 060151318, Acórdão, Relator(a) Min. Carlos Horbach, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 05/10/2018).²⁴²

Na mesma linha: “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “o fato sabidamente inverídico [...] é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano” (Rp nº 1431–75/DF, rel. Min. Admar Gonzaga, PSESS em 2.10.2014).” (Representação nº 060100742, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/09/2018).²⁴³

²⁴¹ Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. (...)

²⁴² Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=302425&noCache=1520337112>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁴³ Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=300818&noCache=863639073>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Ainda:

O fato sabidamente inverídico a que se refere o art. 58 da Lei nº 9.504/97, para fins de concessão de direito de resposta, é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano.

(Representação nº 139448, Acórdão, Relator(a) Min. Admar Gonzaga, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 02/10/2014).²⁴⁴

Conforme precedentes do TSE, "Para efeito de concessão de direito de resposta, não caracteriza fato sabidamente inverídico crítica à administração baseada em fatos noticiados pela imprensa. A mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias" (R-Rp 2962-41, de 28.9.2010, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 28.9.2010). Na mesma linha, a Rp 3681-23/DF, rel. Min. Joelson Dias, publicada no mural em 28.10.2010.

(Representação nº 126713, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/09/2014)²⁴⁵

3.1.4.2 Interesse público

Além de atender ao requisito da verdade, em sua acepção subjetiva, para fazer jus à proteção da liberdade de comunicação e direito à informação, o conteúdo a ser veiculado pelo agente deve atender ao requisito do interesse público.

Neste ponto, adverte Barroso, acertadamente, que é necessário "certo cuidado com essa espécie de cláusula genérica que, historicamente, tem sido empregada, com grande dissimulação, para a prática de variadas formas de arbítrio no cerceamento das liberdades individuais, na imposição da censura e de discursos oficiais de matizes variados".²⁴⁶

De fato, como já se viu, independentemente do conteúdo veiculado, o próprio exercício da liberdade de informação, por si só, é de inequívoco interesse público, por possibilitar que os indivíduos, fazendo uso do direito à informação, tenham acesso à realidade:

Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta: é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má

²⁴⁴ Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=50768&noCache=1161948301>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

²⁴⁵ Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=127034&noCache=811671188>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 24.

qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas 'inconvenientes', sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações - reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva - é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionálíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada preferred position de que essas garantias gozam.²⁴⁷

Em suma, ante a posição preferencial da liberdade de expressão, o interesse público na veiculação de informações é presumido, sendo certo que essa presunção somente pode ser afastada por decisão judicial, após ponderação da liberdade de expressão frente a outros direitos fundamentos também protegidos constitucionalmente.

No direito eleitoral, a questão do interesse público adquire especial relevância, notadamente diante do fato de que, na democracia, é imprescindível a garantia de plena liberdade para que os indivíduos "possam expor e ter acesso a opiniões e pontos de vista sobre temas de interesse público e, assim, permitir a formação da vontade coletiva e a tomada das decisões políticas".²⁴⁸

A respeito, o entendimento sedimentado do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que "a proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo" (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 9-24, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação em sessão, Data 26/06/2018).

No mesmo julgado, leading case que fixou os parâmetros da propaganda eleitoral antecipada, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, fixou que sua atuação deve ser mínima, a fim de permitir que os indivíduos decidam quais informações são relevantes para a formação de suas convicções políticas:

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004.

²⁴⁸ OSORIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, pp. 57-58.

(...) no Direito Eleitoral, o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência às liberdades de expressão e de pensamento. Neste cenário, recomenda-se a intervenção mínima do Judiciário nas manifestações próprias da vida democrática e do embate eleitoral, sob pena de se tolher, substancialmente, o conteúdo da liberdade de expressão.

Deveras, a Justiça Eleitoral deve se abster de impedir "que os indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas convicções políticas", notadamente porque toda visão paternalista, nesse campo, revela-se "intrinsecamente incompatível com a democracia, uma vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como 'eternas crianças imaturas"

(...)

No âmbito político-eleitoral, a proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada por óbvias razões: os cidadãos devem ser informados da variedade e da riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a paridade da disputa (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-119).

(...)

Como consequência, a lógica da disputa democrática conduz à conclusão de que o Poder Judiciário só pode "[...] interferir na relação direta que deve existir entre o eleitor e o candidato quando isso se fizer realmente necessário", inclusive porque a autocontenção judicial colabora com "o processo de formação da vontade livre do povo" (GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *As eleições municipais e o processo da democracia*. Revista Consultor Jurídico, 17.9.2012, coluna "Constituição e Poder").

(...)

Na esteira dos éditos acima mencionados, cumpre às cortes eleitorais o papel de assegurar a máxima amplitude do debate, somente intervindo em hipóteses estritas, inevitáveis e excepcionais quando as atividades de comunicação representem, sem margem para dúvidas, riscos concretos (1) para a autodeterminação na formação da opinião eleitoral ou, em última instância, (ii) para a própria integridade da disputa. (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 221, com referência ao parecer de SEPÚLVEDA PERTENCE, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral, nos Mandados de Segurança nº984, 997 e 1.008, de 26.10.1988).

3.1.4.3 Lesão a direitos da personalidade

Por fim, deve-se destacar que, como visto anteriormente, apesar de gozar de posição preferencial no direito pátrio, a liberdade de expressão não é absoluta, razão pela qual, ainda que o fato veiculado atenda aos requisitos do interesse público e da verdade, pode ser imposta restrição à liberdade de comunicação em caso de lesão dos direitos da personalidade de terceiros.

A respeito, Barroso acentua que, no conflito potencial entre as liberdades de informação e de expressão e os direitos de personalidade de terceiros, "a ponderação

deverá decidir não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar.”²⁴⁹

Essa questão, essencial ao desenvolvimento do tema do trabalho, será tratada em tópico próprio, após análise da posição preferencial da liberdade de expressão.

3.1.5 Posição preferencial da liberdade de expressão?

A questão se existe ou não nas Cortes Constitucionais das sociedades ditas democráticas, tendência de privilegiar o princípio da liberdade de expressão, não é simples.

Para se afirmar categoricamente existir uma preferência ou não, seria necessária uma compilação de praticamente todos os julgados de um específico tribunal constitucional, circunstância esta que seria, para se dizer o mínimo, extremamente difícil. No caso do Supremo Tribunal Federal do Brasil, diferentemente de muitas outras Cortes Constitucionais, são julgados milhares de casos ao ano. Por outro lado, no curso do tempo, a constante mudança de membros faz com que muitas vezes exista alternância de posicionamento.

O que se vê é a publicidade de casos emblemáticos com repercussão na mídia, mas pouca ou nenhuma divulgação existe dos processos “não famosos” que diariamente são objeto de silencioso julgamento.

O que se possa dizer, e assim mesmo com as devidas cautelas, é que em alguns julgados de repercussão, a tendência foi pela preferência ao princípio da liberdade de expressão face outros princípios.

Letícia de Campos Velho Martel, ao tentar enfrentar a questão nos E.U.A., defende a ideia de que a partir de fins do século XIX, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio da aplicação do princípio do devido processo legal substantivo (*due process of law*), passou a adotar uma hierarquização dos direitos fundamentais, em um processo que culminou na elaboração da doutrina da posição preferencial dos

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 25.

direitos fundamentais. Pode-se identificar em sua citação, três etapas de desenvolvimento desse processo:

A primeira, na qual ela não era propriamente uma doutrina, nem uma teorização, mas era utilizada, liga-se à Era Lochner, à época do economic substantive due process of law (1898-1937). A segunda, na qual não havia uma teorização explícita da doutrina, mas a Corte estava aderindo a outras doutrinas – teste do perigo claro e iminente e incorporação seletiva – que, quando aplicadas, recaíam na hierarquização de Direitos Fundamentais, iniciou-se ainda na Era Lochner, nos idos de 1920. A terceira, na qual, além da aplicação, houve a formulação teórica explícita da doutrina, com a adoção da terminologia preferred position, ou preferred freedoms, ou, em menor escala, preferred place, iniciou-se nos casos *Carolene Products* e *Jones v. Opelika*. (1938- dias atuais) e está ligada ao personal substantive due process of law.²⁵⁰

Expôs Letícia de Campos Velho Martel que, na primeira etapa de desenvolvimento da doutrina, compreendida entre 1898 e 1937, apesar de inexistir uma base teórica, pode-se vislumbrar nas decisões daquela Corte a adoção de um padrão diferenciado na aplicação do devido processo legal substantivo, com a atribuição de um peso maior, uma posição avantajada a certos direitos fundamentais (liberdade contratual e propriedade) em relação aos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente:

Nesta etapa, já é possível vislumbrar o início da doutrina da posição preferencial, não através de sua teorização, mas da aplicação de um padrão diferenciado do teste da razoabilidade em razão da oferta de superioridade a certos Direitos Fundamentais, quais sejam, as liberdades econômicas, fundamentalmente a contratual, e a propriedade. Nas situações em que tais Direitos fossem constrictos por atos normativos, a Corte exigia que os fins almejados pelo poder público estivessem claros e diretamente relacionados aos meios adotados, aplicando o escrutínio estrito.¹⁴ Simultaneamente, nos casos envolvendo Direitos Fundamentais de índole não econômica, a Corte efetuava o teste da mera razoabilidade, sem exigir uma correlação clara, direta e insofismável entre o fim pretendido e o meio escolhido. Neste teste, era bastante que o fim apresentasse uma (qualquer) conexão razoável com o meio selecionados.²⁵¹

A partir da década de 1920, iniciou-se uma nova concepção na Suprema Corte dos Estados Unidos, com intuito de conferir à liberdade de expressão o peso maior antes conferido às liberdades econômicas e à propriedade, com a inserção seletiva de determinados direitos fundamentais no devido processo legal substantivo, de

²⁵⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista Sequência: Florianópolis, n. 48, p. 100, jul. de 2004. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁵¹ Ibid., pp. 101-102,

acordo com a natureza do direito e com seu caráter de fundamentalidade, e a adoção do entendimento de que, para o cerceamento dos direitos fundamentais garantidos pela Primeira Emenda²⁵² à Constituição do Estados Unidos da América, “far-se-ia mister a existência de um perigo claro e iminente, enquanto, para os outros Direitos não-econômicos, bastaria a apresentação de qualquer motivo razoavelmente conectado ao seu cerceamento.”²⁵³:

De posse destas informações, conclui-se que, por um curto lapso (1920-1937), as liberdades econômicas, a propriedade e as liberdades da Primeira Emenda compartilharam um lugar privilegiado na hierarquia dos Direitos Fundamentais sob a guarida do devido processo legal. Consegue-se compreender, ademais, que as liberdades da Primeira Emenda estavam ocupando um papel mais elevado dentre os Direitos Fundamentais expressos no Bill of Rights, devido às formulações do teste do perigo claro e iminente e da incorporação seletiva, as quais, mesmo não mencionando expressamente a existência de uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais, nela resultavam, ao serem aplicadas.²⁵⁴

Embora a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha passado a adotar padrões diferenciados na análise dos atos que atacavam direitos fundamentais, é certo que, até o final da década de 1930, essa técnica não possuía uma doutrina com formulação teórica explícita e fundamentada.

Esse lastro teórico foi formulado apenas no julgamento *United States v. Carolene Products Co.*, 304. U.S. 144 (1938), na nota de rodapé 4 do voto majoritário do Justice Harlan Fiske Stone, no qual foram formuladas as ideias gerais e a afirmação teórica da doutrina da posição preferencial utilizada até hoje, com o entendimento de que as medidas estatais restritivas das liberdades clássicas devem se sujeitar a um rigoroso controle de constitucionalidade.²⁵⁵

²⁵² Eis o texto da Primeira Emenda: “Amendment 1: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Disponível em: <<https://constitution.findlaw.com/amendments.html>>. Acesso em 28.03.2019. Em tradução livre: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.

²⁵³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Seqüência*: Florianópolis, n. 48, p. 104, jul. de 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁵⁴ *Ibid.*, p.104

²⁵⁵ FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli; coordenação João Otávio de Noronha, Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 518-519. No mesmo sentido: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da

A aludida nota de rodapé formulada pelo Justice Stone tem o seguinte teor:

Deve existir um espaço mais estreito para a operacionalização da presunção de constitucionalidade quando a legislação recai facialmente em uma proibição da Constituição, como aquelas das dez primeiras Emendas, as quais são consideradas igualmente específicas quando agregadas à Décima Quarta.[...] É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe aqueles processos políticos, dos quais pode-se ordinariamente esperar que causem repelência à legislação indesejada, devem ser sujeitas a um escrutínio mais rigoroso sob as proibições gerais da Décima Quarta Emenda do que a maior parte dos outros tipos de legislação. Restrições ao direito de voto [...]; à disseminação de informação [...]; à interferência com organizações políticas [...]; tanto quanto a proibição de assembleia pacífica [...] Nem precisamos questionar se considerações similares adentram no controle de leis direcionadas a religiões particulares [...]; ou minorias raciais [...]; se o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição particular que seriamente tende a restringir a operacionalização daqueles processos políticos aos quais ordinariamente fia-se a proteção das minorias, e por isso chamam por um inquérito judicial mais perspicaz [...].²⁵⁶

De acordo com Letícia de Campos Velho Martel:

Na referida nota de rodapé, considerada profética, tanto pela adesão que recebeu como pela sua repercussão no Direito Constitucional norteamericano no futuro, o Justice Stone elaborou ressalvas às afirmações que fizera no corpo do texto de *Carolene Products*. No voto, o Justice Stone afirmou que as regulações das liberdades e da propriedade somente deveriam ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma base razoável fosse vislumbrada na correlação entre meios e fins, e que a Corte não poderia exigir mais do que isso, e, assim, asseverou o abandono da noção de que, em relação a alguns Direitos Fundamentais, a Corte deveria exigir uma relação clara e direta entre os fins e os meios. Já na nota de rodapé, o Justice Stone mitigou o alcance das palavras do voto, buscando não estender o princípio que nele firmara a outros Direitos Fundamentais que não as liberdades econômicas e a propriedade. Então, ao passo que a *ratio decidendi* estabelecida no voto conduzia ao fim do escrutínio estrito para certos Direitos Fundamentais, na nota de rodapé, Stone resguardou outros Direitos como aptos a ensejar o escrutínio estrito.(...)

Três tópicos essenciais foram ressalvados do alcance do princípio decisório de *Carolene Products*: a) a legislação que ataca frontalmente uma proibição constitucional, seja ela especificada nas dez primeiras Emendas à Constituição norte-americana, ou pertença às incorporadas na Décima Quarta Emenda ou às não-enumeradas, contidas na liberdade genérica desta Emenda; b) a legislação que restringe o processo político, de modo a se esperar que diminua a possibilidade de obstar atos normativos indesejados;

Suprema Corte norte-americana. Revista Seqüência: Florianópolis, n. 48, p. 106, jul. de 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁵⁶ *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938) apud MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista Seqüência: Florianópolis, n. 48, p. 106, jul. de 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236>>. Acesso em: 28 mar 2018.. Os trechos extraídos, correspondentes ao símbolo [...], referem-se à supressão das referências diretas a casos anteriormente decididos pela Suprema Corte.

c) a legislação que atinge determinadas minorias isoladas e discretas, sejam elas raciais, sexuais, étnicas ou religiosas.²⁵⁷

Contudo, não é sempre assim. Daniel Sarmiento enfrentou a questão sob a ótica dos chamados “HATE SPEECH”, fazendo menção ao estudo pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex²⁵⁸, onde decisões de tribunais constitucionais de inúmeros países foram pesquisadas.

Seu artigo se centrou nos dados colhidos dos EUA, Canadá e Alemanha. Para Daniel Sarmiento, realmente, em território americano, há uma tendência em ser prestigiada a liberdade de expressão, mesmo diante de discursos de cunho racista, não ocorrendo o mesmo nos outros dois países:

Em resumo, nos Estados Unidos entende-se que as manifestações de ódio e intolerância contra minorias são protegidas pela liberdade de expressão, mas esta posição abraçada pela Suprema Corte está longe de ser consensual na academia e na sociedade. E as consequências práticas deste posicionamento não se circunscrevem ao território norte-americano. A ampla proteção ao *hate speech* nos Estados Unidos tornou o país a sede da maior parte dos *sites* racistas existentes do mundo, que, no espaço sem fronteiras da *Internet*, alimentam o preconceito e a intolerância contra minorias em todo o planeta. (...)

Assim, verifica-se que a jurisprudência canadense aceita a restrição ao *hate speech*, mas mantém uma forte preocupação com a garantia da liberdade de expressão mesmo quando ligada à difusão de idéias discriminatórias. Nesta linha, a aferição sobre a validade das restrições à liberdade de expressão é realizada sempre caso a caso, pautada pelo princípio da proporcionalidade. (...)

Este modelo germânico pode ser explicado não só a partir da ordem constitucional positiva alemã, mas também da sua cultura jurídica e humanitária, ainda fortemente influenciada pelo trauma do Nacional-Socialismo, que não transaciona com os atentados contra a dignidade individual, e nem está disposta a correr o risco do surgimento de algum novo monstro que possa ser nutrido por um excesso de tolerância com o intolerante.²⁵⁹

Conclui Daniel Sarmiento, então, que a chave para a solução, deverá ser realizada caso a caso, mediante ponderação, utilizando-se a proporcionalidade:

²⁵⁷ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista Sequência: Florianópolis, n. 48, p. 100, jul. de 2004. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁵⁸ Sandra Coliver (Ed.). *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

²⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Mas será que cada sociedade tem mesmo de fazer uma “escolha de Sofia” entre a liberdade de expressão e a igualdade? Pensamos que não; que existe um “caminho do meio”, representado pela ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade.²⁶⁰

Entre nós, outro lado, foi visto que a liberdade de expressão é fundamento e requisito essencial da democracia. Nesse sentido, leciona Aline Osório:

Além da periódica participação em eleições, a democracia requer, por definição, que os cidadãos sejam capazes de influenciar as decisões estatais. O autogoverno democrático depende, assim, do funcionamento permanente de uma estrutura de comunicação – a “esfera pública” -, que permita a formação da “opinião pública” e da “vontade política coletiva”, que devem servir de insumos para orientar a ação governamental, nos períodos de sufrágio e pós-sufrágio.²⁶¹

E continua Aline Osório, no sentido de que “a multiplicidade de funções desempenhadas pela liberdade de expressão e as exigências da ordem democrática” têm sido invocadas no arcabouço constitucional para justificar a atribuição de uma posição preferencial (*preferred position*) no arcabouço constitucional, em geral, e no direito eleitoral, em particular.²⁶²

Luiz Fux assevera que, embora, a rigor, não exista hierarquia formal entre as normas constitucionais, “é possível advogar que tais cânones jusfundamentais atuam como verdadeiros vetores interpretativos no deslinde de casos difíceis (*hard cases*), por se situarem em uma posição privilegiada dentro da Constituição”.²⁶³

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso leciona que as liberdades de informação e de expressão “servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados”.²⁶⁴

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

²⁶¹ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 75.

²⁶² OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 83. No mesmo sentido: FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli; coordenação João Otávio de Noronha, Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 507-536.

²⁶³ FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli; coordenação João Otávio de Noronha, Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 519.

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional – tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 105-106.

Para Owen Fiss, a proteção da liberdade de expressão tem justificativa “não porque ela é uma forma de auto-expressão, mas porque ela é essencial à autodeterminação coletiva”, a justificar a atribuição da posição de preferência no direito pátrio à liberdade de expressão.²⁶⁵

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos julgados, a posição preferencial da liberdade de expressão quando em colisão com outros interesses juridicamente tutelados (v.g. ADI nº 4.815, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2015; Rcl nº 18.687 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 27/09/2014; RE nº 685.493, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/11/2014; ARE nº 719.618, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07/11/2012).

Na ADPF nº 130, o relator Min. Ayres Britto (j. 30/04/2009), asseverou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu”.²⁶⁶

²⁶⁵ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 30.

²⁶⁶ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE

Na mesma linha, na ADPF nº 187, o Min. Luiz Fux, em seu voto (rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/2011), afirmou que a liberdade de expressão “merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie maior*”.²⁶⁷

Ainda, o Supremo Tribunal Federal também já asseverou que "o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública." (Pet. 3486/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 22/08/2005).

Por outro lado, a posição preferencial atribuída à liberdade de expressão pelo arcabouço constitucional, com a adoção de um nível reforçado de proteção, com diversos mecanismos para a sua proteção, dá-lhe uma “*dimensão de peso maior*”, mas não lhe garante caráter absoluto, razão pela qual, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, como o direito à honra, a liberdade de expressão pode sofrer limitações, de acordo com a técnica da ponderação de interesses e regras da proporcionalidade.²⁶⁸

IMPrensa. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPrensa. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPrensa. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020).

²⁶⁷ E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADMISSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) (...) - A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA - AS PLURISSIGNIFICAÇÕES DO ART. 287 DO CÓDIGO PENAL: NECESSIDADE DE INTERPRETAR ESSE PRECEITO LEGAL EM HARMONIA COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DE REUNIÃO, DE EXPRESSÃO E DE PETIÇÃO - LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NOS CASOS EM QUE O ATO ESTATAL TENHA CONTEÚDO POLISSÊMICO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. (ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014).

²⁶⁸ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 93.

No âmbito eleitoral, a eventual colisão da liberdade de expressão com outros direitos da personalidade assume especial relevância, notadamente diante do fato de que a crítica, ainda que contundente agressiva ou imprópria, faz parte do debate eleitoral, sendo essencial à discussão de ideias e à formação do convencimento do eleitor.

Nota-se, para finalizar este capítulo, mais uma vez, que embora haja por parte de muitos a ideia da existência de prevalência do princípio da liberdade de expressão face os demais, noto que não há como se afirmar que o Supremo Tribunal Federal siga esta tendência de forma quase que esmagadora. Não há trabalho de pesquisa que tenha compilado os milhares de julgados do Supremo Tribunal Federal. A repercussão de alguns casos na mídia tende a levar a esta conclusão, mas há que existir uma séria ponderação, principalmente quando entra em cena alguns aspectos dos direitos da personalidade para que, então, possam ser fixados parâmetros para eventual colisão do referido princípio aos direitos da intimidade, privacidade, honra e intimidade.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Levando-se em consideração que o direito ao esquecimento tem como fundamento a proteção da honra, imagem e vida privada, ou seja, a tutela da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário tecer alguns comentários a respeito desses temas.

3.2.1 Conceito de direitos da personalidade

Os direitos da personalidade²⁶⁹ carecem de definição legal, cabendo aos doutrinadores a tarefa de estabelecer um conceito para esta categoria de direitos.

²⁶⁹ Embora a expressão mais utilizada seja “direitos da personalidade”, há emprego de outras denominações, tais como “direitos fundamentais da pessoa”, “direitos individuais” e “direitos sobre a própria pessoa”, como menciona Carlos Alberto Bittar (Os direitos da personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 2).

Segundo Maria Helena Diniz²⁷⁰, com apoio na doutrina de Goffredo Telles Jr., “(...) são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta”.

Para Carlos Alberto Bittar²⁷¹, os direitos da personalidade são direitos inatos, “cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte”, sendo possível invocá-los contra ato do poder público ou de particular.

Ademais, tais prerrogativas inerentes à pessoa humana englobam o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra, e ganharam proteção constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988.²⁷²

3.2.1.1 Características dos direitos da personalidade

Nos termos do art. 11 do Código Civil²⁷³, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Para Carlos Roberto Gonçalves, os direitos da personalidade também são “absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios”.²⁷⁴

Os direitos da personalidade são considerados absolutos, uma vez que são oponíveis *erga omnes* e contêm dever geral de abstenção, ou seja, todos devem respeitar os direitos da personalidade; também são intransmissíveis e irrenunciáveis,

²⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

²⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 7.

²⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

²⁷³ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

²⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

pois o titular não pode dispor desses direitos em favor de terceiros²⁷⁵; ilimitados, pois o rol dos artigos 11 a 21 é exemplificativo; imprescritíveis por não se extinguirem pelo decurso do tempo; impenhoráveis por serem indisponíveis, não podendo ser objeto de penhora, com exceção dos casos em que é possível a disponibilidade, como já explanado; ainda, são considerados inexpropriáveis, pois, nos termos do art. 11 do Código Civil, o exercício dos direitos da personalidade não pode sofrer limitação voluntária; por fim, os direitos da personalidade são vitalícios e existem desde a concepção da pessoa natural até sua morte, ou, em alguns casos, mesmo após a morte, como o respeito ao morto e à sua honra.²⁷⁶

3.2.1.2 Proteção

A Constituição Federal de 1988 garantiu, de forma inédita, o direito de resposta à pessoa, física ou jurídica, que tiver sua imagem ofendida (art. 5º, V).²⁷⁷

O direito de resposta era regulamentado pela Lei Federal n. 5.250/67, conhecida como “Lei de Imprensa”, que foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130.

No entanto, embora a Lei de Imprensa não tenha sido recepcionada pela atual Constituição, a aplicação do direito de resposta é imediata, por se tratar de um direito fundamental, como bem exposto pelo relator da ADPF 130, Ministro Carlos Ayres Britto:

O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma essa, ‘de eficácia plena e de aplicabilidade imediata’, conforme classificação de José Afonso da Silva. ‘Norma de pronta

²⁷⁵ Como ensina Carlos Roberto Gonçalves, essa indisponibilidade não é absoluta, pois alguns direitos podem ser cedidos para fins comerciais, com a retribuição pecuniária devida, como é o caso do direito autoral e do direito de imagem (Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190).

²⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190.

²⁷⁷ 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:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

aplicação', na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto, em obra doutrinária conjunta.²⁷⁸

Com o advento da Lei n. 13.188/15, que disciplina o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, o instituto passou a ter nova regulamentação.

Ainda, o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal garante o direito à indenização por dano material ou moral no caso de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Além disso, há proteção no Código Civil de 2002, que, em seu art. 12²⁷⁹, prevê, sem prejuízo de outras sanções legalmente previstas, a possibilidade de se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, além de perdas e danos.

O art. 21²⁸⁰ do mesmo diploma legal garante a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, sendo certo que o juiz, mediante provocação, deverá adotar as medidas necessárias para impedir ou fazer cessar eventual violação.

Por fim, merece destaque a violação dos direitos da personalidade do morto, pois, como visto acima, uma das características dos direitos da personalidade é a vitaliciedade, perdurando a proteção, em alguns casos, mesmo após a morte.

Nesses casos, nos termos do parágrafo único do art. 12 do Código Civil, caberá ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, a defesa dos direitos da personalidade do morto, como, por exemplo, a honra.

Um dos casos mais conhecidos no Brasil envolve a publicação do livro "Lampião, o Mata Sete"²⁸¹, discutida no Judiciário em processo ajuizado por herdeira de Lampião (TJ/SE. Processo n. 201200213096), que alegava violação da intimidade

²⁷⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130. Relator: Ministro Carlos Ayres de Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

²⁷⁹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

²⁸⁰ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²⁸¹ Biografia do cangaceiro Virgulino Ferreira, o Lampião, escrita por Pedro de Moraes.

e privacidade do casal Lampião e Maria Bonita, uma vez que o texto publicado explicita que ele era homossexual e ela infiel. Ainda, discutiu-se a possibilidade de venda de biografia não autorizada.²⁸²

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe entendeu, no caso em questão, pela prevalência da liberdade de expressão do pensamento, autorizando a comercialização do livro²⁸³, decisão essa mantida pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 920.008 - Ministro Luiz Fux²⁸⁴).

Caso contrário, em havendo violação dos direitos da personalidade, a proteção poderá ocorrer por meio do direito de resposta ou indenização pecuniária, por dano material ou moral.

3.2.1.3 Classificação dos direitos da personalidade

Como visto acima, não há definição legal para os direitos da personalidade, razão pela qual diversos autores procuraram sistematizar o tema.

Carlos Alberto Bittar classifica os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; e c) direitos morais. Os direitos psíquicos englobam os direitos à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo. Os direitos morais, por outro lado, englobam os direitos à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais.²⁸⁵

Já para Orlando Gomes os direitos da personalidade são inseridos em duas classes: a) integridade física, que engloba, dentre outros, o direito à vida; e b)

²⁸² STF, no julgamento da ADI 4815, afastou a necessidade de autorização prévia para publicação de biografias. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁸³ Acórdão. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201200213096&tmp_numacordao=201415770&tmp.expressao=>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁸⁴ Decisão disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4859247>>. Acesso em: 05.02.2019.

²⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. pp. 68-69.

integridade moral, que engloba o direito à honra, imagem, nome e segredo, por exemplo.²⁸⁶

Por outro lado, Limongi França classifica os direitos da personalidade em: a) direito à integridade física; b) direito à integridade intelectual; e c) direito à integridade moral. Dentro dessa proposta de classificação, o direito à integridade moral abarca os direitos à intimidade e à honra.²⁸⁷

Entretanto, a despeito de existir divergência doutrinária quanto à classificação dos direitos da personalidade, nos ensina Carlos Bittar que “certos direitos em todos encontram guarida, evidenciando-se uma linha de pontos de contato que talvez se constitua no caminho para a sua estruturação definitiva”.²⁸⁸

Para análise do tema (direito ao esquecimento no direito eleitoral), devemos examinar dois destes direitos: direito à intimidade e direito à honra.

3.2.2 Direito à privacidade

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagra, dentre outros direitos e garantias individuais, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, inciso X²⁸⁹).

Segundo a doutrina majoritária, o direito à privacidade engloba o direito à intimidade e o direito à vida privada, assim entendendo José Afonso da Silva:

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas

²⁸⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil .15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 153.

²⁸⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. Vol. 1. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 411-413.

²⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 15.

²⁸⁹ 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;

(...)

essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou.²⁹⁰

Gilmar Mendes e Gonet Branco entendem que as expressões não se confundem, sendo certo que o direito à privacidade, por ser mais amplo, engloba o direito à intimidade²⁹¹; Maria Helena Diniz também defende que os institutos são diversos: enquanto a privacidade diz respeito aos aspectos externos da existência humana, a intimidade está ligada aos aspectos internos da pessoa.²⁹²

Por outro lado, para Alice Monteiro Barros, os termos são sinônimos e constituem elementos essenciais à convivência entre os homens.²⁹³

Sidney Guerra sintetiza de forma adequada a distinção entre intimidade e vida privada:

Assim, para melhor esclarecimento, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a vida privada, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e quem portanto, diz respeito única e exclusivamente a pessoa, como, por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários, etc. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria compartilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria, o que vamos chamar de o 'canto sagrado' que cada pessoa possui. Já a vida privada consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Seria então aquela esfera íntima de cada um, que vedasse a intromissão alheia. Entretanto, percebe-se que neste caso a pessoa poderia partilhá-la com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo da família ou apenas um amigo próximo.²⁹⁴

Por fim, destaca-se que o direito à privacidade possui diversas denominações, tais como "right of privacy" e "right to be alone" (direito norte-americano), "derecho a la esfera secreta" (espanhol) e "diritto ala riservatezza" (italiano), dentre outros. No Brasil, além de "direito à privacidade", podemos nos deparar com as expressões "direito de estar só" e "direito ao resguardo".²⁹⁵

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 208.

²⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 280.

²⁹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

²⁹³ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 34.

²⁹⁴ GUERRA, Sidney. O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 55.

²⁹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 110.

Mais precisamente no âmbito eleitoral, a proteção à privacidade tem prevalência no que diz respeito à gravação ambiental, que somente é viável mediante autorização judicial, conforme entendimento do E. Tribunal Superior Eleitoral:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIME. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO.

1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, fixada para as eleições de 2012, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial, sendo a proteção à privacidade - direito fundamental estabelecido na Constituição Federal - a regra.

2. Entendimento aplicável ao caso concreto, em homenagem aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, por tratarem-se de fatos ocorridos no pleito em referência.

3. Ainda em 2012, o TSE, contra o meu voto, excepcionou a regra citada no item 1 desta ementa, para considerar lícitas as gravações ocorridas em ambientes abertos.

4. Na espécie, contudo, duas gravações ambientais fundamentaram a condenação do agravante. A primeira realizada no interior de um automóvel e, a segunda, sem identificação do respectivo local. Afasta-se, assim, a aplicação da exceção anteriormente explicitada.

5. Agravo regimental desprovido.

(TSE. REspe 0001006-11.2012.6.25.0004. Rel. Min. Luciana Lóssio. J. 06/09/2016).

3.2.2.1 Histórico

O primeiro grande marco doutrinário a respeito do direito à privacidade ocorreu em 1890, com a publicação do artigo “*The Right to Privacy*”, por Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis na *Harvard Law Review*. Os autores apresentaram características ao direito à privacidade, com suas funções e seus limites, fazendo com que este se aproximasse da tutela da personalidade humana.²⁹⁶

Embora o referido direito não esteja expressamente previsto na Constituição Americana, em vários julgados a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a existência da autonomia da liberdade individual, onde se construiu um argumento baseado na Primeira, Quarta, Quinta e Décima-Quarta Emendas. No caso *Griswold vs. Connecticut*²⁹⁷, decidiu-se ser a privacidade um conceito amplo, abstrato e ambíguo (*Privacy is a broad, abstract and ambiguous concept*), ou seja, não existiria possibilidade de definir-se um conceito único e universal para tal instituto, mas o

²⁹⁶ CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Revista Seqüência: Florianópolis, n. 76 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>>. Acesso em: 10.12.2018.

²⁹⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d510, 1965 U.S. LEXIS 2282 (U.S. 1965).

mesmo existe e deve ser protegido, sendo reafirmada a referida proteção quando do julgamento do caso *Lawrence vs. Texas*.²⁹⁸

Em 1948, o direito à privacidade foi reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 12²⁹⁹; já em 1950 foi previsto no art. 8³⁰⁰ da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.³⁰¹

Por sua vez, a União Europeia definiu, por intermédio da *Convention for the Protection of the Council of Europe of 1981*³⁰², proteção os chamados dados pessoais, descrevendo princípios gerais que devem ser seguidos e respeitados pelos ordenamentos jurídicos dos países signatários.

Por sua vez, tanto Tribunais Franceses (a partir de 1965), quanto os Tribunais Italianos, começaram a cada vez mais destacar a necessidade de proteção a privacidade. Elimar Szaniawki, descreve o caso da sra. Claretta Pettacci, supostamente amante de Mussolini. Os dois foram fuzilados em 1945, sendo os corpos levados a Milão, sofrendo toda sorte de ataques por parte dos populares. Em 1973, o Tribunal da referida cidade italiana considerou indevida a publicação que se intitulava “Il Grande Amore”, uma vez que afligia de forma descabida a família Pettacci, suspendendo sua divulgação.³⁰³

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura, em seus artigos 5º e 10º, a inviolabilidade da intimidade, privacidade e honra, tutelando-se o direito à eventual

²⁹⁸ *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558, 123 St. 2472, 156 L. Ed. 2d 508, 2003 U.S. LEXIS 5013, 71 U.S.L.W. 4574, 2003 Cal. Daily Op. Service 5559, 2003 Daily Journal DAR 7036, 16 Fla. L. Weekly Fed. S 427 (U.S. 2003).

²⁹⁹ Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

³⁰⁰ Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10. dez. 2018.

³⁰¹ PINO, Martim Manuel; GONÇALVES, Diego Marques. Os direitos à intimidade e à privacidade em face aos mecanismos de coleta de dados pessoais na rede mundial de computadores. Revista PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 n. 03. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/102017/01102017.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

³⁰² Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>>. Acesso em: 10 dez. 2018

³⁰³ SZANIAWSKI, ELIMAR. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. P.176.

dano moral se tais princípios forem afetados, sendo certo ter o Código Civil de 2002, em seu artigo 21, destacando os mesmos direitos.

Aqui, mais uma vez, nos remete à conclusão de que somente no caso concreto se poderá ponderar eventual colisão da privacidade com o direito à informação, momento em que a dignidade humana irá agir como verdadeira bússola inspiradora do magistrado.

3.2.2.2 Teoria das esferas

A Teoria das Esferas, desenvolvida pela doutrina alemã, dividiu os direitos da personalidade em três esferas concêntricas.

Segundo Paulo José da Costa Jr., com apoio na doutrina de Heinrich Henkel, a esfera mais abrangente seria a esfera privada (*Privatsphäre*), que abrange os “comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público”.³⁰⁴

Por sua vez, a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*), contida na esfera privada, engloba “somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade”.³⁰⁵

Por fim, a esfera mais restrita é a esfera do segredo (*Geheimsphäre*), “compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados”. Assim, essa esfera é a que merece maior proteção.³⁰⁶

Outro idealizador da Teoria das Esferas foi o alemão Heinrich Hubmann, que dividia as esferas em esfera secreta (*Geheimnisphäre*), esfera privada (*Privatsphäre*) e esfera individual (*Individualsphäre*), da mais restrita para a mais ampla. Embora haja diferenciação na nomenclatura, a amplitude de cada uma das esferas é quase igual.³⁰⁷

³⁰⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal de intimidade. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

³⁰⁵ Ibid., p. 37.

³⁰⁶ Ibid., p. 37.

³⁰⁷ WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

Assim, aplicando-se a Teoria das Esferas, é possível verificar, caso a caso, o nível de proteção que determinado direito da personalidade merece ter.

3.2.2.3 Direito à intimidade

Conforme ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, não existe um conceito absoluto de intimidade, mas ela é caracterizada como aquilo que as pessoas reservam exclusivamente para si, sem repercussão em sua vida privada.³⁰⁸

Já para Celso Ribeiro Bastos, as pessoas, em razão do direito à intimidade, podem impedir que estranhos se intrometam em sua vida privada e familiar, bem como que não tenham acesso e nem divulguem informações sobre sua vida pessoal.³⁰⁹

Por outro lado, como bem nos ensina Carlos Alberto Bittar, o direito à intimidade tem certas limitações quando confrontado com certos interesses da coletividade e, por isso:

Deve-se ter presente, a respeito, a predominância do interesse coletivo sobre o particular, cabendo verificar-se, em cada caso, o alcance respectivo, a fim de não se sacrificar, indevidamente, a pessoa e, com isso, permitir-lhe a reação jurídica compatível.³¹⁰

Merece destaque, ainda, a Lei nº 12.737/12³¹¹, que versa sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dispôs sobre a invasão de dispositivo informático. A lei em questão ficou conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que teve seu computador invadido, com publicação de fotos íntimas na internet.

Assim, tem-se que a intimidade também está protegida no âmbito virtual, ou seja, eventual invasão de computador de outrem acarreta violação do direito à intimidade.

³⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, v.88, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

³⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71.

³¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 115.

³¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

3.2.2.4 Direito à vida privada

Gilmar Mendes e Gonet Branco entendem que a vida privada diz respeito aos fatos ligados aos relacionamentos pessoais, comerciais e profissionais “que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público”.³¹²

Por sua vez, André Ramos Tavares entende que “a vida privada abrange um arco de proteção mais amplo do que a própria intimidade, porquanto esta protege aspectos mais secretos da personalidade do que aquela”.³¹³

Dirley da Cunha também defende que a vida privada é menos secreta do que a intimidade, pois, diferente desta, não está relacionada aos segredos da pessoa, mas sim “à sua vida em família, no trabalho e no relacionamento com seus amigos, enfim, a vida privada é sempre um viver entre os outros, mas que também exige uma certa reserva”.³¹⁴

Também merece destaque o posicionamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior no sentido de que:

[...] a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus. Terceiro é, por definição, o que não participa, que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Numa forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde (cf. Luhmann). A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.³¹⁵

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 208.

³¹³ TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coords.). Direito à Privacidade. São Paulo: Ideias e Letras e Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 259.

³¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 702.

³¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, v.88, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

Assim, tem-se que a vida privada diz respeito às relações pessoais e profissionais entre os indivíduos, que não devem ser expostas ao conhecimento público.

3.2.3 Direito à honra

A proteção à honra, no âmbito constitucional, é dada pelo art. 5º, inciso X, sendo um direito da personalidade que, na lição de Barroso, busca “proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido”.³¹⁶

Para Adriano de Cupis, a honra pode ser analisada como “valor moral íntimo do homem”, bem como a consideração social, ou, ainda, como a consciência da própria dignidade pessoal, sendo certo que:

Quando entendida unicamente no primeiro sentido, a honra está subtraída às ofensas de outrem e é alheia, por consequência, à tutela jurídica; entendida no segundo e no terceiro significados, está, pelo contrário, exposta às referidas ofensas. A opinião pública é bastante sujeita à recepção das insinuações e aos ataques de toda a espécie produzidos contra a honra pessoal; assim também o sentimento da própria dignidade é diminuído, ferido pelos atos referidos.³¹⁷

Já para José Afonso da Silva, a honra “é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades”.³¹⁸

Além disso, a doutrina divide a honra em objetiva e subjetiva. A honra, em seu aspecto objetivo, diz respeito à visão que a sociedade tem de determinada pessoa, como ela é vista por terceiros. Já a honra em seu aspecto subjetivo diz respeito à autoestima, o que a pessoa pensa de si.³¹⁹

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Administrativo, 2004. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

³¹⁷ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 121.

³¹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 211.

³¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. v. I. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

E, segundo Paulo Lobo, apenas a pessoa física pode ser atingida em sua honra subjetiva, admitindo-se, com relação à pessoa jurídica, ofensa à honra objetiva:

A honra pode ser entendida como subjetiva, quando toca à pessoa física, porque somente ela pode sofrer constrangimentos, humilhações, vexames. É objetiva a honra que resulta dos padrões morais existentes em determinada sociedade, considerada a conduta razoável ou média. Tem-se admitido a honra objetiva, no caso das pessoas jurídicas, que também dependem de consideração, apreço e estimas sociais (STJ, REsp 60.633-2).³²⁰

Por outro lado, Barroso defende que, com relação à honra dos acusados e a divulgação de fatos criminosos, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento no sentido de que “há interesse público na divulgação de tais fatos, sendo inoponível a ela o direito do acusado à honra”, pois:

[...] (i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida lícitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do “segredo da desonra” porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores.³²¹

3.2.4 Proteção à honra no direito eleitoral

Nos termos do art. 36 da Lei n. 9.504/97³²², somente é possível a realização de propaganda eleitoral a partir de 15 de agosto do ano em que é realizada a eleição, sendo a propaganda eleitoral, nas palavras de José Joel Cândido, conceituada como a “forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em época determinada por lei, através da divulgação de suas propostas, visando à eleição a cargos eletivos”.³²³

Ainda, segundo José Jairo Gomes, a propaganda eleitoral pode ser positiva ou negativa, a depender de seu conteúdo. Quando positiva, busca induzir o eleitor à conclusão de que determinado candidato é o mais apto para o cargo em questão,

³²⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147.

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Administrativo, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 08 dez. 2018..

³²² Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

³²³ CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 165.

exaltando suas qualidades; quando negativa, tem por objetivo desqualificar o candidato adversário.³²⁴

Merece maior destaque a propaganda eleitoral negativa, pois é aquela capaz de atingir a honra dos candidatos adversários, como nos ensina Marcos Ramayana³²⁵:

Fala-se em contrapropaganda como uma forma de atacar as teses do adversário, desmontando os temas, utilizando técnicas de pormenores dúbios da vida privada, o que poderá gerar ofensas à honra e o direito de resposta (art. 58 da Lei nº 9.504/1997), inclusive em alguns casos a análise do tipo penal da calúnia, difamação ou injúria (delitos previstos no Código Eleitoral, arts. 324 a 326).

Para Aline Osório, embora não seja adequado realizar uma campanha exclusivamente com propaganda negativa, esta deve estar presente, ainda que de forma reduzida, pois:

[...] é benéfica ao processo democrático. Afinal, por meio da crítica à figura dos candidatos, os eleitores têm acesso a um quadro mais completo das opções políticas. Considerações a respeito do caráter, da idoneidade e da trajetória dos políticos não são indiferentes ou relevantes para o eleitorado e fazem parte do leque de informações legitimamente utilizadas na definição do voto.³²⁶

Além disso, Aline Osório entende que a propaganda negativa está relacionada com a liberdade de expressão e a democracia, pois (i) incentiva o debate eleitoral e favorece o direito à informação; (ii) estimula diferentes pontos de vista; (iii) atrai a atenção dos eleitores para a política; e (iv) aumenta o controle social e a responsabilização dos candidatos, sendo certo que:

[...] candidatos e políticos não devem poder alegar violação à honra para “evitar críticas legítimas [...] ou a revelação de atos ilícitos ou de corrupção”; para “impedir a discussão pública de alguns assuntos”, para se protegerem “contra ofensas a uma reputação que não possuem” ou para embaraçar o direito de todo cidadão “de possuir opiniões sem interferência”.³²⁷

E continua no sentido de que a proibição de realização de propaganda eleitoral negativa caracteriza limitação inconstitucional à liberdade de expressão, com a ressalva da propaganda que veicule notícias falsas com o intuito de prejudicar o candidato adversário, que deve ser coibida.³²⁸

³²⁴ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 523.

³²⁵ RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 536.

³²⁶ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 228.

³²⁷ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 237.

³²⁸ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 231.

E, com o intuito de evitar lesão aos candidatos, a honra também é tutelada pelo Direito Eleitoral no art. 243, inciso IX, do Código Eleitoral³²⁹, que veda a propaganda “que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública”. Ocorrendo uma dessas hipóteses, é assegurado o direito de resposta (art. 243, § 3º, do Código Eleitoral).³³⁰

Ainda, tais condutas são tipificadas como crimes eleitorais no Código Eleitoral: calúnia (art. 324)³³¹, difamação (art. 325)³³² e injúria (art. 326)³³³.

Assim, a propaganda eleitoral deverá ser realizada sem violar a honra de quaisquer pessoas, sendo possível, ainda, a realização de propaganda eleitoral negativa de forma lícita.

Neste ponto, cumpre destacar que a honra dos candidatos deve ser analisada de forma mitigada, tendo em vista que a crítica faz parte do debate eleitoral, como bem salientado por José Jairo Gomes:

Mas esses conceitos - extraídos do Código Penal - não têm aplicação rígida na esfera eleitoral. Dada a natureza de suas atividades, o código moral seguido pelo político certamente não se identifica com o da pessoa comum em sua faina diuturna. Tanto é que os direitos à privacidade, ao segredo e à intimidade sofrem acentuada redução em sua tela protetiva. Afirmarções e apreciações desairosas, que, na vida privada, poderiam ofender a honra objetiva e subjetiva das pessoas, chegando até mesmo a caracterizar crime, perdem esse matiz quando empregadas no debate político-eleitoral. Assim, não são de se estranhar assertivas apimentadas, críticas contundentes, denúncias constrangedoras, cobranças e questionamentos agudos. Tudo isso insere-se na dialética democrática.³³⁴

Segundo Rodrigo López Zilio, tem-se que a crítica contundente faz parte do debate eleitoral, sendo certo que o direito de resposta em casos de ofensa à honra

³²⁹ Art. 243. Não será tolerada propaganda: (...)

IX – que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

³³⁰ § 3º É assegurado o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, rádio, televisão ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os arts. 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

³³¹ Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: (...)

³³² Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: (...)

³³³ Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...)

³³⁴ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 633.

somente tem lugar “(...) quando evidenciado atos que extrapolam o exercício da mera crítica, atingindo a reputação ou a honra de um candidato, partido ou coligação e, com isto, repercutindo diretamente no processo eleitoral”.³³⁵

No entanto, embora a honra e privacidade dos candidatos devam ser analisadas de forma mitigada no âmbito da propaganda eleitoral, os excessos praticados devem ser corrigidos pela Justiça Eleitoral.

O direito de resposta é uma das formas de tutela da honra no âmbito eleitoral, garantido, desde a escolha dos candidatos em convenção, aos candidatos, partidos ou coligações que forem atingidos, ainda que indiretamente, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, veiculados em qualquer meio de comunicação social (art. 58 da Lei n. 9.504/97).³³⁶

Também existe a possibilidade de reparação do dano moral sofrido pelo ofendido perante o juízo cível, “com responsabilidade solidária do partido político, quando responsável por ação ou omissão, e dos demais favorecidos pelo crime, quando hajam contribuído para a ofensa (art. 243, IX, §1º, CE)”.³³⁷

Contudo, entende Aline Osório que as sanções a serem aplicadas no caso de propaganda eleitoral negativa irregular devem ser analisadas de acordo com a liberdade de expressão, de modo a determinar uma ordem de medidas a serem tomadas. Em primeiro lugar, deve a pessoa ofendida utilizar-se do direito de resposta; não sendo suficiente tal medida e se o “dano for grave e intencional ou com evidente negligência sobre a verdade”, deve-se utilizar mecanismos de responsabilidade civil. Por fim, apenas em hipóteses excepcionalíssimas é possível a retirada das publicações.³³⁸

O Tribunal Superior Eleitoral pacificou o entendimento de que a mera crítica, ainda que veemente, não caracteriza ofensa a ensejar direito de resposta. Contudo,

³³⁵ ZILIO, Rodrigo López. Direito eleitoral. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 370.

³³⁶ Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. (...)

³³⁷ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 234.

³³⁸ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 240.

entende que a utilização de termos que fazem alusão direta a prática de crimes caracteriza ofensa à honra:

Eleições 2014. Eleição presidencial. Propaganda eleitoral. Direito de resposta. Inserção. Ofensa direta a candidata. Procedência. 1. É assente nesta Corte que as críticas, mesmo que veementes, fazem parte do jogo eleitoral, não ensejando, por si sós, o direito de resposta, desde que não ultrapassem os limites do questionamento político e nem descambem para o insulto pessoal, para a imputação de delitos ou de fatos sabidamente inverídicos. 2. Os representados não se limitaram a tecer críticas de natureza política a adversários, ínsitas ao debate eleitoral franco e aberto. 3. Ao se valerem dos termos 'corrupção' e 'roubalheira', fizeram alusão direta a prática de crimes capitulados na legislação penal brasileira. 4. O art. 58 da Lei nº 9.504/97 dispõe que 'a partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social'. 5. Configurada ofensa à honra da candidata. 6. Representação julgada procedente para conceder o direito de resposta de 1 (um) minuto no rádio (bloco das 12h) e 2 (dois) minutos na televisão (1 minuto no bloco das 13h e 1 minuto no das 20h30), que deverão ser veiculados durante o horário eleitoral gratuito do Partido representado, nos termos do art. 58, § 3º, III, da Lei nº 9.504/97.³³⁹

Por outro lado, embora as propagandas eleitorais devam respeitar a honra dos candidatos, partidos e coligações, é vedada a censura prévia sobre o teor dessas (arts. 41, § 2º³⁴⁰, e 53³⁴¹, ambos da Lei n. 9.504/97).

E, como nos ensina José Jairo Gomes, a atuação da Justiça Eleitoral pode ocorrer *ex officio*, no âmbito do exercício do poder de polícia (art. 41, §§ 1º e 2º, Lei n. 9.504/97), ou mediante provocação da parte interessada ou do Ministério Público, sendo certo que:

A atuação da Justiça tem o sentido de restabelecer a igualdade de oportunidades que deve sempre nortear essa matéria. Também tem o propósito de preservar a veracidade e a seriedade das mensagens veiculadas. Nesse diapasão, adverte Djalma Pinto (2005, p. 215) que a "liberdade de expressão deve ser preservada para que o eleitor não seja enganado sobre o real perfil do candidato pelo qual optou nas urnas".³⁴²

³³⁹ TSE. RP n. 1279-27.2014.6.00.0000. Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. J. 23.09.2014.

³⁴⁰ Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. (...)

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

³⁴¹ Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. (...)

³⁴² GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 536.

Como visto, a propaganda eleitoral pode ser tanto positiva quanto negativa, sendo que esta última, chamada de contrapropaganda, embora possa atingir a honra dos candidatos, é estimulada pela doutrina, com o intuito de privilegiar a liberdade de expressão, democracia e debate eleitoral.

Ainda, havendo excesso passível de atingir a honra, o candidato atingido pode se valer dos mecanismos previstos legalmente para cessar e/ou reparar a lesão ocorrida.

3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DIREITO À PRIVACIDADE/INTIMIDADE, CONFRONTO E PONDERAÇÃO X COLISÃO

Como já vimos na evolução da democracia, com a passagem do chamado estado de direito ao estado democrático e de direito, os operadores jurídicos passaram a ter cada vez mais dificuldades em decidir um determinado caso concreto.

O tradicional método de interpretação começou a ser insuficiente. O que até um determinado momento supria o que era esperado do julgador, ou seja, trazido o fato, identificava-se o ordenamento jurídico e a partir deste ponto se solucionava a questão, em alguns casos se mostrava incapaz de bem solucionar alguns conflitos de interesse. A norma poderia ser entendida como a premissa maior, os fatos à premissa menor e a conclusão ao enquadramento de uma à outra. A subsunção dos fatos à norma, utilizando-se os critérios gramatical, histórico, sistemático e teleológico não mais funcionavam quando estavam em jogo os chamados princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais.

A partir do século XX, cada vez mais as constituições passaram a utilizar as chamadas cláusulas abertas, como boa fé, justa indenização, interesse público e, concomitantemente ou posteriormente, passou-se a inserir-se naquelas, princípios que expressavam valores a serem perseguidos. Claro fica a guinada de responsabilidade do julgador, que não mais tinha diante de si uma simples questão a ser apreciada, cabendo a ele, no caso concreto, dar a melhor solução utilizando critérios que traduziriam os nortes apontados pela Carta maior.

As novas demandas sociais e a criação do chamado *welfare state*, ou estado social, teria sido importante marco para uma verdadeira “virada” do modo de atuação

do Poder Judiciário. As novas questões atreladas à lacunas ou direitos muito vagos, fluidos e pragmáticos, obrigaram o juiz a novas interpretações, e estas, ao menos em tese, deveriam buscar o “espírito” dos princípios postos em cada constituição. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, dentre outros, foram catalisadores para que as novas constituições a partir do século XX buscassem inserir em seus bojos direitos e garantias individuais e sociais, levando ao Judiciário mais uma vez a difícil tarefa de harmonizá-los e efetivá-los.

O problema maior a partir deste ponto é a eventual colisão de princípios constitucionais considerados em igualdade de condições, ou seja, inexistente hierarquia a ser considerada, sendo inviável ao intérprete simplesmente optar uma e desprezar a outro que em tese poderia ser aplicada, ao menos em tese, a determinado caso.

O que aqui nos interessa é a apreciação de eventual colisão entre tais direitos fundamentais, em especial da liberdade de expressão e da liberdade de informação com o direito à privacidade/intimidade.

Quando do exercício da liberdade de expressão e da liberdade de informação, é possível a ocorrência de violação do direito à privacidade de determinada pessoa, que pode, por exemplo, ter sua honra e intimidade atingidas.

Para compreender a colisão de direitos fundamentais é necessário realizar uma análise a respeito da norma jurídica e suas espécies, regras e princípios, pois essa distinção é necessária para analisarmos os “limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.³⁴³

O critério mais utilizado para distinguir regras de princípios é o da generalidade. Para esse critério, “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.³⁴⁴

³⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 85.

³⁴⁴ Ibid., p. 87.

Assim, tem-se que os direitos fundamentais se assemelham aos princípios, e, no caso de eventual conflito entre os primeiros, devemos observar algum critério que resolva à colisão de princípios.

Nos ensinamentos de Paulo Gonet Branco, no eventual conflito entre princípios, “deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro”.³⁴⁵

Ronald Dworkin, ao criticar o positivismo, especialmente quanto a conceitos defendidos por Hart (textura aberta do direito, a linguagem não seria suficiente para resolver todos os casos do direito, liberdade de interpretação quase total), afirma que ao contrário deste último, nos chamados “casos difíceis” não há discricionariedade alguma no julgador em aplicar os princípios postos na Constituição (teoria da resposta certa - juiz Hércules), estando o juiz limitado no “todo jurídico”, dando como exemplo o caso Riggs X Palmer, no qual o neto mata o avô para receber a herança, sendo certo que ao final, decidiu-se que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, negando-se, portanto, ao assassino, qualquer direito sucessório (mesmo sendo contrária a lei vigente, pois não havia exceção à regra).³⁴⁶

O juiz, utilizando-se de princípios (que na sua visão são verdadeiros direitos aplicáveis, normas jurídicas), dos quais não seriam meros acessórios somente para orientar o julgador, deve manejá-los como instrumentos que, necessariamente, devem ser postos na busca da correta resposta que é dada ao caso concreto.

Dworkin diferenciou as regras de princípios, defendendo a tese do “tudo ou nada” para a regra, e a ponderação como fator importante quando a colisão dos princípios pudesse ocorrer.³⁴⁷

Já Robert Alexy, ao publicar obra sobre os direitos fundamentais, deu visão particular e refinada sobre o tema, até porque o fez posteriormente. Nos “*Hard Cases*”,

³⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. *Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 182.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 25.

onde não há solução expressa na lei para o caso em concreto, os princípios deveriam ser obrigatoriamente utilizados e posteriormente sopesados.³⁴⁸

As regras seriam razões definitivas e os princípios “mandamentos de otimização”, ou seja, ordem, comando, que deve ser obedecido junto a um conjunto de técnicas que devem ser utilizadas para determinados fins estampados em cada princípio. O ordenamento jurídico deve seguir, em tese, o ideal perseguido por cada um deles.

Contudo, às vezes os princípios não são satisfeitos inteiramente (todo brasileiro deve ter assegurado a educação e saúde), mas devemos lograr que todas as medidas estejam ao alcance das possibilidades jurídicas e fáticas da sociedade em que se vive.

Assim, sendo mandados de otimização, os princípios podem resultar diferentes graus (mais ou menos ampla, ou até parcial) de satisfação, contudo, o que seria vedado é a sua não utilização.

Por sua vez, os princípios podem limitar a aplicação das regras (razões definitivas). As regras deveriam ser aplicáveis pela lógica da validade (devem ou não ser aplicadas), não podendo ser verificadas parcialmente. Sua aplicação deve ter ordenação certa centrada em sua literalidade.

Contudo, em alguns casos, sua aplicação pode ser limitada, conhecida como regra da exceção. Podemos citar como exemplos a anterioridade tributária (art. 150, III, b da C.F.), que possui exceções (vide Imposto Extraordinário de Guerra (art. 150, § 1º da CF.).

Outra limitação à regra seria, ainda, a declaração de sua invalidade (Controle de Constitucionalidade).

Ainda, segundo Robert Alexy, no caso de colisão entre dois princípios, um deles deverá ceder. “Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”.³⁴⁹

³⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 93-94.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 93-94.

Tal colisão deverá ser resolvida a partir do sopesamento, que levou Alexy a propor a lei de colisão: “em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio P2 se houver razões suficiente para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto”.³⁵⁰

Uma vez presente o caso concreto, a máxima da proporcionalidade deverá entrar em jogo:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandado de meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.³⁵¹

Igualmente, Daniel Sarmento entende que embora haja a colisão de princípios em várias situações, sugere que a melhor solução para o sopesamento dos princípios é a utilização da proporcionalidade: “[...] o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”

.³⁵²

Para Ávila:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidades públicas ser valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).³⁵³

Assim, por intermédio do sopesamento (ou ponderação), a análise de qual dos direitos deverá prevalecer deve ser feita caso a caso, levando-se em consideração as peculiaridades existentes.

³⁵⁰ Ibid., p. 97.

³⁵¹ Ibid., p. 116/117

³⁵² SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 87.

³⁵³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Destarte, caberá num primeiro momento fixar normas e princípios relevantes para a solução do litígio, para posteriormente verificar os fatos e circunstâncias do que se apresenta em concreto. Numa terceira etapa decisória, a repercussão e peso de cada grupo normativo será avaliado e, ao final, qual deve prevalecer. Todo este processo deverá seguir os critérios da proporcionalidade acima expostos.

O sopesamento, diga-se mais uma vez, não retira a validade nem importância do princípio que está sendo, naquele caso concreto, afastado.

Para que uma limitação exista, porém, é necessário que ela seja adequada, necessária e deverá ser proporcional (proporcionalidade em sentido estrito).

Um exemplo típico foi a discussão quando se apreciou no Supremo Tribunal Federal a questão da necessidade ou não da exigência do exame de ordem da Ordem dos Advogados do Brasil (RE 609.517/RR)³⁵⁴, em que se decidiu por sua legalidade. Contudo, com relação à necessidade de exigência de curso superior para jornalismo (RE 511.961/SP)³⁵⁵ ou profissão de músico (RE 795.467/SP)³⁵⁶, a decisão foi pela sua desnecessidade.

Havendo colisão de interesses de direitos fundamentais, a ponderação entre os direitos então contrapostos à melhor solução possível para o caso concreto deve ser realizada. A utilização, aqui, do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (custo benefício)), ainda que não prevista na Constituição, mostra-se imprescindível quando não existe norma posta e está em jogo o confronto de direitos fundamentais.

Tendo os referidos direitos fundamentais a mesma hierarquia, a ponderação na decisão é comumente aplicada, principalmente no Supremo Tribunal Federal. A ponderação pode ser dividida em três partes: Identificação das normas relevantes,

³⁵⁴ RE 609.517/RR. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311404650&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

³⁵⁵ RE 511.961/SP. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2469175>> Acesso em: 25 nov. 2019.

³⁵⁶ RE 795.467/SP. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=239149652&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

depois os fatos relevantes, e a seguir testes para verificação de soluções possíveis e concessão recíprocas e eventualmente escolhas.

Vide exemplo do cantor Roberto Carlos e a biografia não autorizada. Direito a privacidade versus direito à liberdade de informação e de expressão.

No caso das biografias não autorizadas (ADI 4815)³⁵⁷, o Supremo Tribunal Federal, adotando o critério da ponderação, entendeu pela prevalência dos “direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica”, sendo, portanto, desnecessária a autorização da pessoa biografada para publicação. Entendeu, ainda, que eventual violação da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa deve ser reparada mediante indenização.

Cabe aqui uma ressalva. Embora os longos votos que se seguiram deram uma verdadeira aula sobre liberdade de expressão, pensamento, informação, intimidade e privacidade, tanto em termos histórico (inclusive com inúmeras jurisprudências de outros países), como doutrinários, fica a ressalva que a expressão “ponderação” foi singelamente mencionada, inexistindo qualquer utilização dos métodos da proporcionalidade sugeridos por Alevy.

Por sua vez, no âmbito eleitoral, como já visto anteriormente, a tendência é a prevalência da liberdade de expressão e do direito à informação, com o objetivo de fomentar a discussão política e apresentar mais dados aos eleitores.

Antes de partir para o próximo capítulo, um contra ponto ao que acima se ressaltou. Embora a doutrina tenha se esforçado em tecer inúmeros conceitos e teses de como a colisão de princípios deve ser enfrentada, para muitos, servem simplesmente para justificar decisões unicamente calcadas na interpretação pessoal do magistrado do que é certo ou errado, levando em última análise ao chamado ativismo judicial.

Cappelletti embora reconheça que tal atuação foi primordial para a evolução das garantias básicas de toda sorte de direitos não atendidos minimamente pelo

³⁵⁷ STF. ADI 4815. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

Estado, adverte que magistrados não estão acostumados a legislar, não são eleitos (portanto, lhes faltaria legitimidade), sendo preocupante a utilização de critérios subjetivos na análise dos julgamentos.³⁵⁸

Algumas passagens do que considerou “debilidades” do direito judiciário:

Segunda essa opinião, o juiz seria um caprichoso criador do direito pessimamente equipado para a tarefa. Seria, enfim, na sarcástica definição de Lord Devlin, “um legislador aleijado”. Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e “em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza.”³⁵⁹

(...)

Uma limitação ainda maior da criatividade judiciária, a constituir provavelmente a mais forte objeção contra tal criatividade, concerne ao seu alegado caráter não-majoritário e portanto, antidemocrático, especialmente, mas não apenas, quando a criatividade que exerce no âmbito do controle judiciário das leis.³⁶⁰

Cappelletti, contudo, ao final, faz um contraponto, destacando que:

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), não típicos das nossas sociedades contemporâneas.³⁶¹

Assim, como veremos em outros textos, não se nega que em algumas hipóteses foi o judiciário importante fator de contrapeso político, concretizando direitos quando os mesmos eram negligenciados pelo Estado. Contudo, o limite do razoável e até onde se pode ir num sistema de harmonia saudável entre os Poderes da República é muito tênue, competindo a cada um, dentro de critérios objetivos e subjetivos, concluir pelo seu acerto ou não.

Em geral, pouco sabe o magistrado sobre o volume de recursos disponíveis em cada um dos Entes da República, quais são suas específicas demandas, não havendo

³⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993/reimpressão, 1999 p.87.

³⁵⁹ Ibid., p.87.

³⁶⁰ Ibid., p. 107.

³⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993/reimpressão, 1999 p.91.

como assumir-se uma função que não lhe foi delegada, ou seja, a de ordenador de despesas. Igualmente, extremamente perigoso arvorar-se como paladino da proteção de interesses e garantias individuais e coletivos. Independentemente de grau de instrução e nível social, cada um de nós possui um critério de justiça, de certo ou errado, de moral ou imoral. Determinar que todos se submetam a uma decisão quando há norma jurídica devidamente votada e aprovada pelo Legislativo, por critérios subjetivos, atrelados a proporcionalidade (e as vezes a razoabilidade), mesmo quando fundamentados por princípios constitucionais gerais e abertos, é algo, no mínimo, perigoso.

A sociedade brasileira é extremamente complexa por sua dimensão territorial e diversidade de culturas, somando-se à problemática da interminável falta de recursos para suprir as necessidades básicas de boa parte da população.

Muitas vezes, ao se tentar fazer o bem, o magistrado acaba prejudicando aquele mais desassistido, que sequer supõe ter direito a algo e que pode demandá-lo judicialmente.

Eros Roberto Grau, na obra “Por Que Tenho Medo Dos Juízes”, destaca que os princípios da legalidade e do direito positivo são imprescindíveis para a segurança jurídica. “Enquanto juiz, contudo, no controle da constitucionalidade, há de se submeter unicamente a Constituição e por ela ser determinado.”³⁶²

Em outra passagem:

É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, alias, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número, as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade. Outra coisa é a pretensão de se substituir o direito pela ética – o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de Direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem com lealdade canina, como se pode ver.³⁶³

³⁶² GRAU, Eros Roberto. Por Que Tenho Medo dos Juízes. Malheiros: São Paulo, 9ª edição. P.23.

³⁶³ Ibid., Pp.19/20.

Dworkin já dizia que “em décadas recentes, as principais batalhas sobre a natureza da democracia têm sido travadas com relação à autoridade de juízes e da Suprema Corte para declarar inconstitucionais atos dos outros órgãos do governo”.³⁶⁴

Eros Grau destaca competir ao magistrado decidir aplicar a lei e não aplicá-la subjetivamente de acordo com seu senso de justiça. Tal prática, se generalizada, acabaria por tornar o sistema em total insegurança jurídica. Igual crítica é realizada quando a utilização de princípios da proporcionalidade e razoabilidade é empregada de forma autônoma e antecipatória à própria análise da norma:

Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de “princípios” e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto nesse ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor – a segurança jurídica estará sendo despedaçada!³⁶⁵

Ao final de seu livro, Eros Grau assevera que:

Fazer e aplicar leis e fazer justiça não se confundem. O Direito [Lex] é um instrumento de harmonização/dominação social e a Justiça [Jus] realmente não existe aqui. Só existe no Paraíso! As leis do nosso tempo estão aí unicamente para assegurar ordem, segurança e paz. Em especial segurança em que os interesses dos mais fortes prevaleçam...³⁶⁶

Interessante notar que no ano de 2013, quando o referido livro foi escrito, o chamado ativismo do judiciário ainda não era tão latente. Aparentemente Eros Grau anteviu o que viria, antecipando de forma elegante futuro próximo.

Também há que se mencionar dois textos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Carlos Bastide Horbach enfrentaram a questão sob a ótica da crítica àqueles que defendem a existência do que denominaram “neoconstitucionalismo”.

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 135, tradução livre.

³⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. Malheiros: São Paulo, 9ª edição, p. 24.

³⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. Malheiros: São Paulo, 9ª edição, p. 166.

Para o primeiro, existiria um verdadeiro preconceito da doutrina para eventuais “renitentes e ultrapassados” juristas que ainda insistem em existir um novo constitucionalismo, sendo apontados como “positivistas”.

Destaca que a Constituição de 1988 é “principiológica” ou aberta (Canotilho). Há menção a juristas como Barroso e Barcellos, defensores da existência de uma nova ordem de princípios constitucionais baseada em muito na teoria dos direitos fundamentais. Seus marcos históricos seriam: a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, e a instalação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951; o marco filosófico seria o pós-positivismo, que marcaria a volta da ética e dos valores para o direito; e, o marco teórico, a “atribuição da normatividade a princípios e a definição de suas relações com valores e regras”, dando-se uma força normativa da Constituição (Konrad Hesse) no sentido de atribuir-se à norma constitucional o status de norma jurídica. Estas “inovações” são desconstruídas, ponto a ponto.³⁶⁷

Em resumo, afirma que nada há de novo em referida teoria a justificar a expressão de neoconstitucionalismo. As formas da hermenêutica geral de direito há muito existem, sendo que a lição de “velhos mestres” já se ocupou na análise de regras e princípios em caso de omissão da lei ou de situações novas, não previstas pelo legislador.

Ademais, afirma que a menção da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) não poderia ser colocada como precursora desta teoria, visto que inúmeros juristas, antes da 2ª grande guerra já teriam utilizado tal fundamentação.

Já quanto aos direitos fundamentais, Manoel Ferreira Gonçalves Filho lembra que já estavam previstos no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inexistindo inovação quanto a este ponto.

As cláusulas constitucionais vistas como meros princípios, sendo meras “molduras dentro do qual se desenham diferentes possibilidades”, ganham duras críticas.

³⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>> Acesso em: 07 mai. 2019.

Tal ideia peca, antes de qualquer coisa, pela generalização quanto às normas constitucionais. Ou seja, ela vê todas como princípios, quando, inegavelmente, seja na linha de Dworkin, seja na linha de Alexy, a grande maioria delas é formada por regras. Aliás, é excepcional que apontem princípios abstratos, como o faz a Constituição de 1988.³⁶⁸

O “novo constitucionalismo”, na realidade, daria fundamentação para que o juiz possa aplicar princípios abertos a casos concretos, desprezando muitas vezes o ordenamento jurídico posto, fato não aceito:

Esse posicionamento é, todavia, condenável. Tal menosprezo à lei (já apontado), contraria, por um lado, a separação dos poderes, por outro, a própria democracia. A separação dos poderes, porque o juiz se substitui ao legislador e é função deste densificar os princípios constitucionais e intermediar pela regulamentação que edita a sua aplicação a casos concretos. A democracia, porque ele faz do juiz um governante, não tendo, contudo, legitimidade para tanto. Como registra a Constituição brasileira, o povo exerce o poder, ou diretamente, ou por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único).³⁶⁹

E arremata:

O neoconstitucionalismo à brasileira – apesar da sustentação científica de sua principal estrela – não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ela serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformatar” o mundo e, de passagem, o país, num arremeto de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).³⁷⁰

No mesmo sentido é o artigo de Carlos Bastide Horbach, intitulado *A Nova Roupagem do Direito: Neo-Constitucionalismo, Pós-Positivismo e outros Modismos*.

Nada de novo haveria na “nova hermenêutica” preconizada principalmente por Barroso. O texto faz sistemática comparação com o jurista Carlos Maximiliano, procurando demonstrar que suas bases científicas há muito foram teorizadas.

³⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>> Acesso em: 07 mai. 2019.

³⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 07 mai. 2019

³⁷⁰ Ibid.

O argumento de que o juiz não mais seria mero escravo da lei, sendo verdadeiro realizador da norma posta, concretizando princípios, nada teria de novo a fundamentar uma tese do chamado pós-positivismo.

Mas a verdadeira crítica vem mais ao final:

No contexto até aqui exposto, o conceito de inconstitucionalismo deixa de ser um conceito técnico, objetivo, e passa a ser um conceito pessoal, subjetivo e – por que não? – emocional.

(...)

Isso fica mais evidente – e também mais grave – quando essa atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica referidos no início deste estudo.³⁷¹

Talvez um meio termo seja a solução. As críticas acima apontadas mais são realizadas quando se declara inconstitucional lei que não está, em tese, contrária a nenhum artigo expresso da constituição. Mas quando da colisão de princípios, mesmo se utilizando da ponderação acima disposta, não há como, de uma forma ou outra, levar-se em conta alguns aspectos subjetivos que, dependendo do ponto de vista de cada intérprete, deve ou não prevalecer. Quando da exposição de cada situação em que talvez o direito ao esquecimento possa ser aplicado na propaganda eleitoral, veremos o quanto será discutível cada solução apontada.

³⁷¹ HORBACH, Carlos Bastide. A Nova Roupas do Direito Constitucional: Neo-Constitucionalismo, Pós-Positivismo e Outros Modismos. Revista dos Tribunais. Vol. 859/2007. p. 81-91. Mai/2007. DRT\2007\339. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2018/03/HORBACH-A-nova-roupa-do-Direito-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 07/05/2019.

4 PROPAGANDA ELEITORAL E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO- HIPÓTESES

4.1 PROPAGANDA ELEITORAL

Até este ponto, percorremos uma espécie de linha do tempo. Fomos ao nascimento da democracia em Atenas e constatamos como o conceito de participação popular na escolha de representantes de governo e tomada de decisões por parte da população, acabou por influenciar, dentre outras, a revolução francesa, concluindo-se que todo este contexto foi um catalisador para que as constituições de vários países acabassem por inserir entre seus princípios, vários direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade de pensamento, expressão, informação, privacidade, intimidade e honra.

Estudamos como tais conceitos se interlaçam e como se contrapõem, e como o princípio da dignidade humana foi fator preponderante para o surgimento do chamado direito ao esquecimento.

Contudo, antes de ingressar no tema objeto desta dissertação (direito ao esquecimento na propaganda eleitoral), analisaremos inicialmente a evolução da propaganda, sua exata definição, abrangência e aplicação prática dentro de nosso ordenamento jurídico, para somente após partimos para reflexões a respeito do tema central a que este estudo se propôs.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 14 *caput*, estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”.³⁷²

Referido direito faz parte de nossa tradição democrática. As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946, embora com algumas diferenças, sempre trouxeram em seu bojo menção a eleição, consubstanciado na soberania popular exercida pelo voto

³⁷² Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

direto ou indireto (1824 – Deputados e Senadores) secreto ou não (1824). Mesmo antes de nossa primeira “Carta Magna”, já existia eleição.

Segundo Emiliane Alencastro, as eleições:

Eram orientadas pela legislação portuguesa, o Livro das Ordenações. O processo eleitoral envolvia agentes estatais diversos, mas sem independência em relação ao governo instituído. O primeiro pleito ocorreu em 1532, no período colonial, com o intuito de que fossem escolhidos os membros da câmara municipal da Vila de São Vicente/SP. Nesse momento, a qualidade de “homem bem”, era uma espécie de condição de elegibilidade. Em 1821, o Brasil experimentou a primeira eleição geral. D. João VI convocou os brasileiros para a escolha dos representantes que comporiam as “Cortes Gerais de Lisboa”. Pela primeira vez houve uma votação para cargos ferais, cuja função seria elaborar as estruturas normativas essenciais de metrópole portuguesa. Até então as eleições se restringiam à escolha dos membros do Legislativo local, ou seja, das Câmaras municipais.³⁷³

Na Constituição Imperial de 1824, vigia a regra das eleições indiretas³⁷⁴ para Senadores e Deputados que compunham a chamada Assembleia Geral, sendo que em 9 de janeiro de 1881 foram introduzidas no Brasil as eleições diretas. O então Imperador Pedro II sancionou o Decreto nº 3.029, elaborado pelo Deputado Geral Ruy Barbosa, ficando conhecida como “Lei Saraiva”.

O mencionado diploma legal modificou o sistema eleitoral no Brasil, introduzindo as eleições diretas para Senadores e Deputados, bem como para “quaisquer autoridades eletivas”³⁷⁵. Referido decreto fixou competência da

³⁷³ ALENCASTRO, Emiliane. Interconexões do Direito Eleitoral com o Direito Constitucional. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 20 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4), p. 34.

³⁷⁴ Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

³⁷⁵ Art. 1º As nomeações dos Senadores e Deputados para a assembléa geral, membros das Assembléas Legislativas Provinciaes, e quaesquer autoridades electivas, serão feitas por eleições directas, nas quaes tomarão parte todos os cidadãos alistados eleitores de conformidade com esta lei. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>>. Acesso 14.03.2019.

magistratura para o alistamento³⁷⁶, sendo a gênese do título de eleitor³⁷⁷ e da cédula eleitoral³⁷⁸.

A Constituição de 1891, por sua vez, manteve o sufrágio direito e não secreto previsto do Decreto 3.029³⁷⁹, tanto para o Legislativo³⁸⁰ quanto para Executivo³⁸¹.

³⁷⁶ Art. 6º O alistamento dos eleitores será preparado, em cada termo, pelo respectivo juiz municipal, e definitivamente organizado por comarcas pelos juizes de direito destas.

§ 1º Na côrte o Ministro do Imperio, e nas provincias os Presidentes, marcarão dia para começo dos trabalhos do primeiro alistamento que se fizer em virtude desta lei.

§ 2º Nas comarcas que tiverem mais de um juiz de direito, tanto o preparo como a organização definitiva do alistamento serão feitos pelos juizes de direito, cada um no respectivo districto criminal, competindo ao do 1º o registro do alistamento geral dos eleitores de toda a comarca, pelo modo estabelecido nos §§ 8º a 11 deste artigo.

Para este fim ser-lhe-hão remetidos pelos outros juizes os alistamentos parciaes que tiverem organizado.

§ 3º Em caso de falta ou impedimento, o juiz de direito será substituído: 1º pelo juiz municipal effectivo da séde da comarca; 2º pelos juizes municipaes effectivos dos outros termos da mesma comarca, que forem mais vizinhos.

Nas comarcas que tiverem mais de um juiz de direito: 1º pelos outros juizes de direito, conforme a regra geral de sua substituição; 2º pelos juizes substitutos formados, de conformidade com a mesma regra. Si todos elles faltarem ou acharem-se impedidos, o alistamento dos eleitores será organizado pelo juiz de direito da comarca mais vizinha. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>. Acesso em: 14 mar. 2019..

³⁷⁷ Art. 8 [...] § 3º O eleitor eliminado do alistamento de uma comarca, por ter mudado para outra seu domicilio, será incluído no alistamento desta, bastando para este fim que perante o juiz de direito da ultima comarca prove o novo domicilio e exhiba seu titulo de eleitor com a declaração da mudança, nelle posta pelo juiz de direito respectivo, ou, em falta deste titulo, certidão da sua eliminação, por aquelle motivo, do alistamento em que se achava o seu nome. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

³⁷⁸ Art. 14. [...] § 19. O voto será escripto em papel branco ou anilado, não devendo ser transparente, nem ter marca, signal ou numeração. A cedula será fechada de todos os lados, tendo rotulo conforme a eleição a que se proceder. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

³⁷⁹ Art 28 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante o sufrágio direto, garantida a representação da minoria.

Art 30 - O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleitos pelo mesmo modo por que o forem os Deputados.

Art 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos forem os Deputados. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 mar. 2019..

³⁸⁰ Art. 28 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante o sufrágio direto, garantida a representação da minoria.

Art 30 - O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleitos pelo mesmo modo por que o forem os Deputados. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019..

³⁸¹ Art 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019..

Contudo, evidentemente havia inúmeras imperfeições do ponto de vista democrático, onde se verificava a existência de uma verdadeira oligarquia. O chamado coronelismo, ou seja, grande número de pessoas sujeitas a algum tipo de mando sendo controladas a votar em “seu patrão” ou quem este determinasse, manejava as eleições como um todo, sempre lembrando que na época o voto não era secreto.

A Revolução de 1930, oriunda do total descontentamento com o que se denominou “República Velha”, acabou por ser fator preponderante para o surgimento da Justiça Eleitoral em 1932, editando-se o Código Eleitoral por intermédio do Decreto nº 21.076³⁸². Foi instituído o voto feminino³⁸³, além do voto secreto, o sufrágio universal, e da representação proporcional³⁸⁴.

Uma nova ordem se impôs, promulgando-se a Constituição de 1934, da qual se recepcionou o referido Decreto quanto a voto direto e secreto³⁸⁵. O voto feminino finalmente foi instituído³⁸⁶, elevando-se a Justiça Eleitoral ao patamar Constitucional, visto, desta feita, estar formalmente ali prevista e inserida³⁸⁷.

³⁸² Art. 5º É instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁸³ Art. 2º E' eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código.

³⁸⁴ Art. 56. O sistema de eleição é o do sufrágio universal direto, voto secreto e representação proporcional. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 mar. 2019..

³⁸⁵ Art 23 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

Art 52 - O período presidencial durará um quadriênio, não podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro anos depois de cessada a sua função, qualquer que tenha sido a duração desta.

§ 1º - A eleição presidencial far-se-á em todo o território da República, por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorrer dentro dos dois primeiros anos.

§ 2º - Em um e outro caso, a apuração realizar-se-á, dentro de sessenta dias, pela Justiça Eleitoral, cabendo, ao seu Tribunal Superior proclamar o nome do eleito.

³⁸⁶ Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁸⁷ Art 82 - A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juizes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das Juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º.

§ 1º - O Tribunal Superior será presidido pelo Vice-Presidente, da Corte Suprema, e os Regionais pelos Vice-Presidentes das Cortes de Apelação, cabendo o encargo ao 1º Vice-Presidente nos Tribunais onde houver mais de um.

§ 2º - O Tribunal Superior compor-se-á do Presidente e da Juizes efetivos e substitutos, escolhidos do modo seguinte:

Em 1935, modificou-se o Código Eleitoral, editando-se a Lei nº 48/35, havendo, desta feita, a menção da atuação do Ministério Público no processo eleitoral³⁸⁸, bem como criação de Juntas Especiais com função de atuar nas eleições municipais.³⁸⁹

Não mencionaremos com mais detalhes a Constituição de 1937, visto a mesma possuir previsão em seu artigo 187, a necessidade de aprovação por intermédio do plebiscito, circunstância que nunca ocorreu, sendo na prática ineficaz. Fica o registro que a mesma abolia a Justiça Eleitoral.

Em 1945, foi sancionado o Decreto-Lei 7.586, do qual regulamentou o alistamento eleitoral e eleições, sendo certo ter-se conferido aos partidos políticos a exclusividade da apresentação de candidaturas³⁹⁰, tornando a partir de então, inviável as chamadas candidaturas avulsas, condicionando-se o registro daqueles ao crivo do Tribunal Superior Eleitoral.³⁹¹

A Constituição de 1946 (Pós-Segunda Guerra Mundial) inovou em matéria de direitos fundamentais, inserindo-se pela primeira vez um capítulo intitulado “Dos

a) um terço, sorteado dentre os Ministros da Corte Suprema;
 b) outro terço, sorteado dentre os Desembargadores do Distrito Federal;
 c) o terço restante, nomeado pelo Presidente da República, dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pela Corte Suprema, e que não sejam incompatíveis por lei.

§ 3º - Os Tribunais Regionais compor-se-ão de modo análogo: um terço, dentre os Desembargadores da respectiva sede; outro do Juiz federal que a lei designar e de Juizes de Direito com exercício na mesma sede; e os demais serão nomeados pelo Presidente da República, sob proposta da Corte de Apelação. Não havendo na sede Juizes de Direito em número suficiente, o segundo terço será completado com Desembargadores da Corte de Apelação.

§ 4º - Se o número de membros dos Tribunais eleitorais não for exatamente divisível por três, o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral determinará a distribuição entre as categorias acima discriminadas, de sorte que caiba ao Presidente da República a nomeação da minoria.

§ 5º - Os membros dos Tribunais eleitorais servirão obrigatoriamente por dois anos, nunca, porém, por mais de dois biênios consecutivos. Disponível em: Acesso em: 16 mar. 2019. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 16.03.2019.

³⁸⁸ Art. 49. O Ministerio Publico da Justiça Eleitoral é exercido por um procurador geral e vinte e dois procuradores regionaes, nomeados pelo Presidente da Republica, dentre juristas de notavel saber, alistados eleitores. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/leg Acesso em: 16 mar. 2019.in/fed/lei/1930-1939/lei-48-4-maio-1935-398002-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 16.03.2019.

³⁸⁹ Art. 43. Para a apuração das eleições municipaes ficam instituidas juntas especiaes, constituída cada uma de tres juizes locais vitalicios, servindo perante ellas representantes do Ministerio Publico da Justiça local. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-48-4-maio-1935-398002-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 16 mar. 2019..

³⁹⁰ Art. 39. Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7586.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹¹ Art. 9º Compete ao Tribunal Superior : [...] ordenar o registro dos partidos políticos nacionais e dos candidatos à Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7586.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

Direitos e das Garantias Individuais”, onde princípios como os da igualdade³⁹², legalidade³⁹³, liberdade de pensamento (embora com algumas restrições)³⁹⁴, crença³⁹⁵, reunião³⁹⁶, associação³⁹⁷, dentre outros, ali foram contemplados. Manteve-se o sufrágio universal e direto, bem como ao voto secreto³⁹⁸.

Novamente se modifica o Código Eleitoral, sendo promulgada a Lei nº 1.164/50, inovando-se desta feita a livre propaganda partidária³⁹⁹. Em 1964, após o chamado “golpe militar”, dentre outras restrições, suspendeu-se as eleições diretas, promulgando-se o Código Eleitoral (Lei 4.737/65), vigente com várias modificações até hoje.

³⁹² Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹³ Art 141. [...]§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹⁴ § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (Vide Ato Institucional nº 2) (Vide Lei nº 2.654, de 1955). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹⁵ § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹⁶ § 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹⁷ É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹⁸ Art 134 - O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer. (Vide Emenda Constitucional nº 13, de 1965). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

³⁹⁹ Art. 151. Aos partidos políticos, por seus diretórios, independente de licença da autoridade pública e de qualquer tributo, é assegurado o direito de:

- 1) ter, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, pela forma que melhor lhes parecer;
- 2) instalar alto-falantes nas suas sedes e dependências, assim como em veículos seus ou que estejam à sua disposição em trânsito por qualquer ponto do território nacional, podendo fazê-los funcionar normalmente das dezesseis: as vinte horas e, no período da campanha eleitoral, das quatorze às vinte e duas horas;
- 3) fazer a propaganda própria ou dos seus candidatos, mediante cartazes, assim como no período da campanha eleitoral por meio de faixas afixadas em qualquer logradouro público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

Finalmente, em 1988, promulgou-se a Constituição Federal atualmente vigente, fruto da redemocratização, sendo indubitavelmente a mais avançada em termos de garantias e direitos fundamentais individuais até agora existente. Reafirma-se a soberania popular exercida pelo voto direito e secreto⁴⁰⁰.

O sufrágio, assim entendido, é o direito de votar e ser votado⁴⁰¹, e o voto, a forma de exercer o direito àquele.

Nas palavras de Marco Antônio Martins Vargas e Richard Pae Kim⁴⁰²:

A soberania do povo é exercida pelo sufrágio universal que significa aprovação, apoio (...). Não há que se confundir o sufrágio, que é um direito público subjetivo consistente no exercício deste poder de voto, de forma democrática, da elegibilidade, que é o direito político da pessoa de ser escolhida para governar e para representar o povo, pois os direitos são tratados separadamente no art. 14, caput e §3º da Constituição Federal. Ademais, não há que se confundir voto com sufrágio, sendo que o primeiro é o instrumento pelo qual se exerce o segundo, que se trata do direito político indelegável, eis que personalíssimo.

De fato, hoje, o conceito de cidadão não se resume à simples capacidade eletiva, ampliando-se a perspectiva para verdadeira relação jurídica com o próprio Estado. Assim, o cidadão, como titular de direitos fundamentais instituídos pela Constituição, é dotado da capacidade não só de votar, como também de potencialmente mudar a sociedade⁴⁰³.

A Constituição Federal de 1988 dividiu os sistemas eleitorais em majoritário e proporcional.

⁴⁰⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019.

⁴⁰¹ DELITTI, Luana Souza. Qual a diferença entre sufrágio, voto e escrutínio. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2157529/qual-a-diferenca-entre-sufragio-voto-e-escrutinio-luana-souza-delitti>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

⁴⁰² VARGAS, Marco Antônio Martins; KIM, Richard Pae. Fundamentos da democracia e o voto facultativo. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 198 (Tratado de Direito Eleitoral, v.1).

⁴⁰³ FIORITO, Mauricio. Soberania Popular Exercida pelo Sufrágio Universal e pelo Voto Direto e Secreto – Constituição Federal, art. 14 – Urna Eletrônica no Brasil – Segurança e Agilidade. In: Direito e Justiça. Número VIII, Ano V. Curitiba: Juruá Editora, 2019, pp. 321/336.

Segundo Filomeno Moraes⁴⁰⁴:

O voto, como instrumento da cidadania, ora restrita, ora ampliada, acompanha toda e evolução histórica do Brasil, da Colônia aos dias atuais, em que se vivencia um experimento democrático. Em algumas épocas foi ou é obrigatório, em outras, facultativo; já foi censitário, econômico ou cultural, atualmente, permitindo-se, inclusive, aos analfabetos. Houve momentos em que as eleições foram caracterizadas por muita coerção, momentos em que se alternam coerção e sedução; etapas com rarefeita ou com elevada participação popular. A evolução também se deu no sentido da ação de votar, ou seja, o voto falado, o voto “cochilado”, o voto escrito e, mais recentemente, o voto eletrônico.

Aqui, já se experimentou todos os sistemas eleitorais. Por tudo, não é temerário concluir que a vocação do Brasil é a democracia representativa, majoritária (Executivo e Senado) e proporcional (deputados federais e estaduais, e vereadores), a última já tão bem demonstrada teórica e empiricamente, no passado e no presente. Na verdade, o sistema de voto proporcional – objeto de tanto assédio – é o que, realizados certos aperfeiçoamentos, constitui-se no melhor modelo para a institucionalização da democracia política entre nós, como o demonstra a experiência dos últimos trinta anos.

Dentro desta linha de raciocínio, inegável ser o direito à cidadania, abrangido pelo conceito de direitos fundamentais, regidos pela atual Constituição Federal, protegendo a potencialidade de cada cidadão de alterar o ambiente político em que vive pelo voto direto e secreto, exercendo em última análise, a soberania popular por intermédio do sufrágio universal, hoje instrumentalizado pelas chamadas urnas eletrônicas.

Neste contexto inicial, nota-se que a democracia nascida em Atenas foi consideradamente ampliada com relação tanto dos legitimados para votar, quanto dos representantes para a condução da política e do Estado.

Os legitimados são os maiores de 16 anos, brasileiros. O voto é obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos⁴⁰⁵. Todos que possuem estes requisitos podem exercer seu direito ao voto. Fomos muito além de nossos

⁴⁰⁴ MORAES, Filomeno. Sufrágio, voto e sistema eleitoral no Brasil: descaminhos e caminhos da inclusão política. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 188-189 (Tratado de Direito Eleitoral, v.1).

⁴⁰⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

antepassados, dando à parte considerável da população a oportunidade de mudar a sociedade por intermédio do voto.

Assim, dentro destes conceitos, fácil verificar que dentre os princípios gerais do direito eleitoral, sobressaem-se o democrático e o republicano.

Ao primeiro, basta que exista uma sociedade organizada e que seu governo de alguma forma emane do povo (direta ou indiretamente), para fins de assegurar-se tanto a criação quanto após, a garantia que os princípios gerais da dignidade humana estejam respeitados e protegidos.

O princípio republicano do qual o Brasil está inserido tem como fundamento a existência de eleição, e posterior alternância tanto de membros do Poder Executivo, como do Legislativo. Assim, não basta que haja eleição, é necessário que, além disso, exista alternância, sendo esta, peça fundamental em um Estado realmente republicano. Nossa atual Constituição, em seus artigos 27, parágrafo 1º; 28; 29, inciso I; 44 parágrafo único; 46, parágrafo 1º e 82 determinam a alternância de poder tanto do Presidente da República, quanto de governadores, prefeitos, vereadores, deputados federais e estaduais e senadores.

A união dos dois princípios garante que a vontade popular prevaleça, afastando quase que por completo a hipótese de um estado tirano/autoritário.

Interessante notar que o processo eleitoral brasileiro é todo regido pela Justiça Eleitoral, sendo aqui imprescindível a lição de José Mauricio Pinto de Almeida:

No plano constitucional, a Justiça Eleitoral foi criada pela Constituição de 1934, tendo surgido como consequência das transformações ocorridas no Brasil depois da Revolução de 1930. Na lição do constitucionalista paranaense Clêmeron Merlin Clêve, os magistrados, antes de 30, “não estavam excluídos do processo eleitoral. O magistrado, entretanto, era apenas um dos membros das comissões e juntas eleitorais manobradas pelas autoridades, e, mais tarde, submetidas aos caprichos dos Governadores”. Prossegue: “Depois dos anos trinta, ao lado de um direito renovado, depurado de vícios antigos, cria-se uma Justiça Eleitoral, órgão jurisdicional encarregado, com as prerrogativas que lhe foram cometidas, de aplicar a legislação eleitoral e presidir o processo eleitoral”.⁴⁰⁶

A Justiça Eleitoral atualmente é assim composta (CF/1988, art.118):

⁴⁰⁶ ALMEIDA, José Mauricio Pinto de. O Poder Judiciário Brasileiro e sua Organização. Curitiba. Juruá, 1992.

- I – o Tribunal Superior Eleitoral;
- II - os Tribunais Regionais Eleitorais;
- III – os Juízes Eleitorais;
- IV – as Juntas Eleitorais.

Importante destacar, ainda numa fase preliminar, ser a Justiça Eleitoral muito diferente das demais. Seus membros são emprestados. Desde o juiz das zonas eleitorais, aos desembargadores, juristas e ministros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, respectivamente, todos, sem exceção, são provisórios no cargo. Atuam por um determinado período para depois saírem e dar lugar a outros magistrados.

Na esfera de jurisdição, muitas vezes há o chamado julgamento em bloco. Isto se dá em razão de, em diversas situações postas no caso concreto, não ser raro que ao se analisar um processo, vários candidatos podem ser afetados ou até toda uma eleição possa ser modificada.

Outra interessante diferença vem do fato de a Justiça Eleitoral exercer função executiva.

Nas palavras de Olivar Coneglian, a participação do Poder Judiciário por intermédio da Justiça Eleitoral é “Tudo”, exemplificando desta forma:

Criar zonas eleitorais, recrutar juízes eleitorais, convocar mesários, juntas, escrutinadores, adquirir equipamentos eletrônicos, alistar eleitores, deferir registro de partidos, fiscalizar partidos, declarar inelegibilidades, receber e deferir pedido de registro de candidaturas, fiscalizar e comandar a propaganda, requisitar tempo em emissoras de rádio e televisão, estabelece locais de votação, convocar eleitores para votar, multar eleitores e candidatos, comandar a eleição, contar votos, proclamar e julgar as contas das companhias eleitorais, distribuir o fundo partidário. Além disso, assim como o chefe do Poder Executivo edita decretos para regulamentar as leis comuns, o TSE edita resoluções com as quais explicita as leis eleitorais.⁴⁰⁷

Além das características acima apontadas, oportuno enumerarem-se os princípios específicos da propaganda eleitoral, a saber: legalidade, liberdade/disponibilidade, veracidade, responsabilidade, anualidade, vedação do anonimato, isonomia, controle judicial e liberdade de expressão.

⁴⁰⁷ CONEGLIAN, Olivar. Propaganda Eleitoral. 14^a ed. Curitiba: Juruá, p. 52-53.

O princípio da legalidade, assim como em qualquer ramo do direito, pauta-se pelo conceito que somente por intermédio de lei é possível exigir-se do cidadão determinada ação ou omissão. No caso da propaganda eleitoral, só por previsão legal pode-se restringir a livre forma de como uma coligação, partido ou candidato irão se postar diante de seu eleitorado. Por princípio, em um estado democrático, a livre expressão e liberdade de pensamento pontuam a propaganda eleitoral, devendo ser exceção eventual impedimento deste direito, sendo certo que, se houver, deverá advir de legislação editada pela União. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (art. 1, parágrafo único, da Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral e art. 105 da Lei 9.504/1997 – Lei das Eleições), existentes em todo ano eleitoral, deverão atuar dentro destes limites.

Lídio Modesto da Silva Filho⁴⁰⁸, contudo, adverte que:

A criatividade humana não tem limites e nos últimos tempos há constantes mudanças na maneira de se fazer propaganda, de acessar o eleitor, sobretudo se for observado o avanço da tecnologia com a disponibilização da internet, de *smartphones*, relógios inteligentes e *tablets*. Resta evidente, portanto, que é impossível a previsão legal de todas as hipóteses de propaganda e de acompanhamento simultâneo da legislação com a tecnologia.

No caso de haver propaganda eleitoral vedada de forma expressa, deve haver a intervenção da Justiça Eleitoral para fazer cessar eventual infringência aos princípios que norteiam o direito eleitoral e a propaganda política, sempre com o objetivo de garantir um certame mais equânime possível, de modo a entregar ao eleitor, o destinatário direto da escolha, candidatos que disputam a eleição de maneira igualitária.

O princípio da liberdade/disponibilidade, como já se viu, está assegurado a todo candidato que, a rigor, possui ampla liberdade de expor suas propostas, podendo fazê-la de forma mais ampla possível. O candidato, partido ou coligação tem liberdade de optar qual método, estratégia, marketing, irá pôr em prática, respondendo apenas por violações claras a legislação eleitoral. Dentro desta ótica, a Justiça Eleitoral deve intervir o menos possível.

⁴⁰⁸ SILVA FILHO, Lídio Modesto da. Propaganda Eleitoral. De Acordo com a Minirreforma Eleitoral e com as Resoluções 23.551/2017 e 23.554/2017. Curitiba: Juruá, 2018, p.33.

Embora a regra da “menor interferência possível” da Justiça Eleitoral tenha sido inserida dentro da seção referente a conteúdo de informações na internet, vide artigo 57-J da Lei 9.504/1997 e “caput” do artigo 38 da Resolução nº 23.610/2017⁴⁰⁹, a mesma se mostra bastante clara em diversas ocasiões.

Um exemplo interessante deste princípio pode ser observado no artigo 39 da Lei das Eleições, quando se assegura a realização de qualquer ato de propaganda em recinto aberto ou fechado, independentemente de licença da polícia, bastando mera comunicação à autoridade policial para garantir providência com relação ao tráfego de veículos no local eventualmente escolhido para o evento. Outro exemplo pode ser verificado no artigo 53, caput, da Lei 9.504/97⁴¹⁰, do qual não admite censura ou cortes nos programas eleitorais gratuitos.

O princípio da veracidade procura nortear a campanha da forma mais ética possível. Todas as informações e afirmações durante a campanha devem corresponder à verdade, ou no mínimo terem lastro em um posicionamento minimamente defensável. O Código Eleitoral, em seu artigo 323⁴¹¹, considera crime divulgação de fato inverídico, além de possuir o eventual ofendido direito de resposta, à luz do que dispõe o artigo 58 da Lei n 9.504/97⁴¹².

Até pouco antes das eleições de 2018, o artigo 45 da Lei 9.504/1997 era citado como um dos exemplos da aplicação do princípio da veracidade⁴¹³, tendo em vista as vedações que ali existiam, como a trucagem ou montagem em áudio ou vídeo, para degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4451/DF, em 21.06.2018, por unanimidade, acabou por julgar tal dispositivo inconstitucional, por considerar que o humor,

⁴⁰⁹ Art. 38. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático.

⁴¹⁰ Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos.

⁴¹¹ Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: (...)

⁴¹² Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

⁴¹³ SILVA FILHO, Lídio Modesto da. Propaganda Eleitoral. De Acordo com a Minirreforma Eleitoral e com as Resoluções 23.551/2017 e 23.554/2017. Curitiba: Juruá, 2018. p.38.

mormente utilizado nas campanhas eleitorais, não poderia ser previamente censurado⁴¹⁴.

O princípio da responsabilidade está previsto no artigo 241 do Código Eleitoral⁴¹⁵, dispendo-se que em caso de excessos tanto do candidato ou adeptos, tanto o partido quanto o candidato podem ser responsabilizados e poderão responder solidariamente, caso sejam demandados pelo eventual ofendido em todas as esferas, ou seja, civil, criminal e administrativamente. Temos aqui a responsabilidade de conteúdo. Contudo, existe a responsabilidade pelos gastos com a propaganda. Por fugir ao tema central proposto por essa dissertação, fica apenas a observação que as responsabilidades de partidos e candidatos quanto ao gasto irregular de campanha precisa ser verificado caso a caso, sendo matéria não pacífica na jurisprudência a responsabilização individual ou solidária.

O princípio da anualidade ou anterioridade está prevista no artigo 16 da Constituição Federal⁴¹⁶. Basicamente, qualquer mudança no processo eleitoral deve ocorrer até um ano antes do primeiro domingo de outubro do ano eleitoral, sob pena de aplicar-se a legislação anterior. Tal princípio teve a clara intensão de evitar eventual casuismo as vésperas da eleição.

⁴¹⁴ Confira-se a ementa do julgado: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO É A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. (...). Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (ADI 4451, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284451%2EENUME%2E+OU+4451%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpebxtb>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁴¹⁵ Art. 241. Toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos. Parágrafo único. A solidariedade prevista neste artigo é restrita aos candidatos e aos respectivos partidos, não alcançando outros partidos, mesmo quando integrantes de uma mesma coligação.

⁴¹⁶ Ar. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorrerá até um ano da data de sua vigência.

O princípio da vedação do anonimato, como o próprio nome já evidencia, veda o anonimato nas manifestações. Está previsto no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988⁴¹⁷.

Segundo Diogo Rais:

Pode ser considerado anônimo aquele que se oculta, não conseguindo ser identificado. Entretanto, na Internet, meio hoje mais fácil e disseminado para perfis falsos, anônimos e mascarados, existem duas probabilidades para se localizar o autor, seja por meio do provedor que encaminha o acesso a este e/ou os que exploram a oferta de serviços online – sendo rastreável pelo endereçamento IP do usuário. Nesse diapasão, o princípio liberdade de expressão juntamente ao processo normativo de vedação ao anonimato, no âmbito eleitoral, é positivado no art. 57-D da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições – incluído pela Lei 12.034/2009), com especial ênfase à propaganda e à manifestação via rede mundial de computadores⁴¹⁸.

O princípio da isonomia tem como condão possibilitar que todos os “players” do processo eleitoral tenham a mesma oportunidade para exporem suas propostas. Contudo, há que se fazer uma ressalva. Referida isonomia é vista de maneira diferenciada perante a lei eleitoral. Talvez mais apropriado chamá-lo de princípio da proporcionalidade. Os repasses dos chamados fundos partidários (Artigo 41 – A da Lei 9.096/1995 – Lei dos Partidos Políticos) confere 95% (noventa e cinco por cento) do seu valor aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados e 5% (cinco por cento) a os restantes que atendem os requisitos ali estabelecidos. Já o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (artigo 16-D da Lei das Eleições – Lei 9.504/1994, introduzido pela Lei 13.487/2017), dispõe que a distribuição dos valores ali contemplados deverá ser dividido em 2% (dois por cento) para todos os partidos, 35% (trinta e cinco por cento) entre partidos que tenham ao menos um representante na Câmara Federal, 48% (quarenta e oito por cento) entre partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, e 15% (quinze por cento) entre os partidos com representantes no Senado Federal. Os tempos que cada coligação, partido ou candidato dispõem na rádio e televisão são proporcionais ao número de representantes que possuem nas respectivas casas legislativas, sendo, na prática, bastante diferente os tempos de aparição de cada um. Há severa crítica por parte de muitos, visto que tal norma impede novas candidaturas de aparecerem com um mínimo de visibilidade. Olivar

⁴¹⁷ Art. 5º, inciso IV. É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (...).

⁴¹⁸ RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGGETTI, Pamela. Direito eleitoral digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33.

Coneglian chama tal instituto de “princípio da desigualdade”⁴¹⁹. Assim, a isonomia há de ser vista como um aspecto formal de nossa legislação, levando-se em conta um critério pré-estabelecido de anterior participação no Congresso Nacional, Assembleias ou Câmaras Municipais e não simplesmente divisão equânime entre os candidatos.

O princípio do controle judicial conduz todos os participantes da propaganda eleitoral à aceitação dos termos impostos pela Justiça Eleitoral, havendo um controle de todo seu procedimento. Claro fica, contudo, que tal controle e fiscalização não lhe outorga um poder sensor, circunstância que confrontaria princípios básicos da liberdade de pensamento e expressão. Como já se destacou o papel da Justiça Eleitoral é tentar tornar o mais fluido possível a troca de ideias e debates durante a campanha, devendo atuar de forma mais discreta possível.

O último princípio, e talvez o mais importante, é o da liberdade de expressão. Tudo o que se viu até aqui, desde o nascimento da democracia até terem os textos constitucionais optados por inserir princípios de uma verdadeira sociedade participativa e sem medos, levou longo caminho, possibilitando a todos a faculdade de expressar-se de forma livre e consciente. Na propaganda eleitoral, ápice do verdadeiro estado de direito, tal direito fundamental não poderia deixar de ser contemplado, até em virtude do previsto no art. 220⁴²⁰, da Constituição Federal de 1988, que veda a censura por parte do estado.

Dentro destes princípios, verificou-se a necessidade do candidato a algum cargo político, conseguir de forma eficaz lograr expor seus pensamentos e propostas a um determinado grupo de pessoas, visto que, em caso contrário, se inviabilizaria uma escolha minimamente racional da população legitimada a votar. Contudo, para que isso fosse possível, haveria de se regulamentar tal procedimento.

Segundo Lenice Póvoas de Abreu, a “propaganda eleitoral consiste na veiculação de informações dentro do período de campanha para persuadir o eleitor a

⁴¹⁹ CONEGLIAN, Olivar. Propaganda Eleitoral. 14^a ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 83.

⁴²⁰ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

aderir ou a rejeitar esta ou aquela proposta política, ao fim, a votar ou não neste ou naquele candidato ou partido”⁴²¹.

Leciona Arthur Luis Mendonça Rollo, com base na definição do Dicionário Aurélio, “o termo *propaganda* deriva de *propagare*, que significa ‘coisas que devem ser propagadas’”, consistindo na divulgação “de ideias, opiniões, princípios, conhecimentos ou teorias. Decorre, pois, da liberdade de manifestação de pensamento, prevista no art. 220, da Constituição Federal, comportando as limitações dispostas no próprio texto constitucional.”⁴²²

A propaganda busca e é dirigida ao eleitor em um determinado período, em um determinado território, em uma determinada eleição.

Lídio Modesto da Silva Filho⁴²³, ao conceituar a propaganda eleitoral, afirma que:

(...) a corte superior já o definiu por meio do julgamento do Min. Eduardo Alckim no Acórdão 16.183, de 17.2.2000, citado outras inúmeras vezes por seus pares como sendo o “ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública (...)”.

André Guilherme Lemos Jorge anota, com precisão, que a propaganda eleitoral é a “propaganda feita pelos candidatos a determinado cargo político durante o período das eleições e o objetivo, por certo, é a obtenção de votos”⁴²⁴.

Outra definição, igualmente precisa, é a de José Jairo Gomes:

Denomina-se propaganda eleitoral a elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo. Caracteriza-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos

⁴²¹ ABREU, Lenine Póvoas de. Os limites da Liberdade de Expressão em Matéria Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 20 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4).

⁴²² ROLLO, Arthur Luis Mendonça. In: ROLLO, Alberto (Org.). Eleições no Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137.

⁴²³ SILVA FILHO, Lídio Modesto. Propaganda eleitoral: De acordo com a minirreforma eleitoral e com as Resoluções 23.551/2017 e 23.554/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

⁴²⁴ JORGÉ, André Guilherme Lemos. Manual de Estudos de Direito Eleitoral e Jurisprudência. São Paulo: Consultor Jurídico, 2016, p. 26.

que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa. Nessa linha, constitui propaganda eleitoral aquela adrede preparada para influir na vontade do eleitor, em que a mensagem é orientada à atração e conquista de votos.⁴²⁵

Ainda segundo André Guilherme Lemos Jorge, a propaganda eleitoral pode ser expressa ou subliminar. A primeira seria aquela “que pode ser percebida e compreendida racionalmente, na dimensão da mente; por isso, o teor de sua mensagem é claro, indubitável”⁴²⁶.

A segunda seria aquela realizada de forma subliminar:

No âmbito do Direito Eleitoral, denomina-se propaganda eleitoral subliminar os estímulos de conteúdo político-eleitoral inseridos em um discurso ou comunicação que, porém, não podem ser percebidos conscientemente pelos destinatários. Se vir a ser percebido pelo consciente individual, o estímulo não é subliminar. É comum a associação da propaganda subliminar à comunicação político-eleitoral disfarçada, ambígua, nebulosa, que se encontra subjacente ao discurso que a envolve. Entretanto, a comunicação não é subliminar pelo fato de ensejar interpretações ambíguas ou divergentes, pois isso pode acontecer em qualquer âmbito de linguagem. Na verdade, somente se podem dizer subliminares os estímulos dirigidos ao inconsciente dos eleitores que, portanto, são imperceptíveis conscientemente. E isso não tem relação com a natureza ambígua da comunicação.⁴²⁷

O Artigo 242 do Código Eleitoral vedou propagandas que possam criar estados mentais, emocionais ou passionais nos eleitores⁴²⁸.

Referido artigo, editado em 1965, tem sofrido duras críticas, sendo claro que na prática, difícil deixar-se totalmente ao largo alguma paixão e emoção em uma propaganda eleitoral. Contudo, a medida de até onde é possível alcançar, qual abordagem extrapolaria o razoável é matéria totalmente sujeita a subjetividade, competindo ao julgador, caso a caso, verificar eventuais excessos.

Nas eleições de 2018, o Tribunal Regional Estadual de São Paulo enfrentou interessante caso. Na porta de uma escola, houve a tentativa de assalto à mão armada. Uma das mães era policial militar e embora na ocasião estivesse “à paisana”, portava sua arma de fogo. As cenas gravadas por câmera de vídeo ali existente

⁴²⁵ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.531.

⁴²⁶ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.531.

⁴²⁷ Ibid., p.533.

⁴²⁸ Art. 242. A propaganda eleitoral, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar a, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

filmaram o momento que a mesma sacou sua arma e atirou no assaltante. O rapaz veio a falecer. A policial foi condecorada pelo então governador. A referida policial acabou por se tornar candidata à deputada federal. Em sua campanha, foram utilizadas as cenas do assalto e tiro, havendo, ainda, a inserção de som que supostamente teria ocorrido.

Houve representação ajuizada contra a utilização de tal cena, argumentando-se que a mesma violaria o artigo 242 do Código Eleitoral. O magistrado da propaganda eleitoral julgou procedente a representação, determinando a retirada das cenas da propaganda da televisão. Contudo, o plenário do Tribunal Regional Estadual de São Paulo, por quatro votos a dois, deliberou pela licitude da propaganda, julgando a representação improcedente com conseqüente permissão de sua veiculação na televisão:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. EXIBIÇÃO DE VÍDEO EM QUE A CANDIDATA, POLICIAL MILITAR, APARECE DESFERINDO TIROS CONTRA CRIMINOSO QUE ASSALTAVA MULHERES E CRIANÇAS NA PORTA DE ESCOLA. INCOMPATIBILIDADE DO PRECEITO DO ARTIGO 242, DO CÓDIGO ELEITORAL, COM A DEMOCRACIA CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA EDIÇÃO DO VÍDEO. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA PROPAGANDA DE INCITAMENTO DE ATENTADO CONTRA A PESSOA. PROVIMENTO DO RECURSO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO.⁴²⁹

A candidata, cabo da polícia militar de São Paulo, acabou recebendo 264 mil votos, sendo a sétima mais votada no estado, elegendo-se para a Câmara Federal.

4.1.1 Propaganda negativa

A propaganda negativa é tema bastante analisado e discutido por vários doutrinadores.

Nas eleições de 2018, a propaganda eleitoral destinada às coligações, partidos e candidatos deu-se a partir de 16 de agosto⁴³⁰.

Questão antes tormentosa foi praticamente solucionada integralmente com relação a campanhas antes deste período. A propaganda antecipada, ou seja, aquela

⁴²⁹ TRE-SP, Representação (11541) - 0605264-87.2018.6.26.0000, julgada em 19/09/2018.

⁴³⁰ Lei n 9504/97: Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

feita antes do dia acima mencionado era objeto de todo tipo de debate. Com a inclusão do art. 36-A na Lei n 9.504/97, passou-se a permitir manifestações e opiniões de forma ampla, desde que não houvesse pedido explícito de voto. Vide teor do texto:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet\;

I – a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades serem divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão

IV – a divulgação de atos parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V – a divulgação de posicionamentos e debates sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI – a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias;

VII – campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do §4º do art. 23 desta Lei.

Voltando ao período destinado propriamente à propaganda, nota-se que as estratégias para o alcance dos eleitores, mormente no mundo digital, passaram a criar linguagens acessíveis a uma gama cada vez maior de eleitores.

Slogans (mensagens curtas e simples) e *jingles* (músicas criadas especialmente para a campanha) enaltecendo o candidato, utilização de pesquisa eleitoral, entrevista com pessoas “do povo” e foco nos aspectos positivos do candidato passaram a não serem os únicos instrumentos de convencimento.

Evidentemente as mazelas pessoais e inexecutabilidade de propostas dos outros candidatos passaram a ser vistos como fonte cada vez maior de ataque, passando a fazer parte do *marketing* eleitoral capaz de converter em votos a favor daquele que ataca em detrimento do candidato exposto, a chamada propaganda negativa.

Para Lídio Modesto da Silva Filho, o objetivo “da propaganda negativa é influenciar o eleitorado para que este não vote em determinado candidato gerando mídias que ultrapassam o limite da mera crítica política para o fim de causar uma repulsa no eleitorado em relação a uma pessoa”⁴³¹.

Para Mauro Antonio Prezotto:

Essa espécie de propaganda tem sido cada vez mais recorrente nas disputas eleitorais, especialmente naquelas em que o pleito é decidido pelo sistema majoritário. Por vezes, candidatos gastam mais tempo tentando desconstruir a imagem do adversário do que apresentando suas próprias propostas. Como destaca Neisser, a propaganda negativa é utilizada desde que a propaganda começou a ser utilizada como instrumento de convencimento na arena política. Trata-se de importante instrumento a ser empregado nas disputas eleitorais para, a partir do destaque dos aspectos negativos do adversário e das propostas, convencer o eleitor a não votar em determinado candidato⁴³².

Questões do passado, até mesmo de cunho privado, são trazidas à baila, ações judiciais ainda não transitadas em julgado, números e estatísticas controvertidos, sendo certo que até fotos do candidato “antes e depois”, com imagens do mesmo gordo e depois magro, foram utilizados como estratégia de campanha⁴³³. Nesta última hipótese, assim o Tribunal Regional Estadual de São Paulo se manifestou:

RECURSO ELEITORAL – REPRESENTAÇÃO – DIREITO DE RESPOSTA – ALEGAÇÃO DE SUPOSTA VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL POR ALÉGAR QUE O CANDIDATO JOÃO DÓRIA É PRECONCEITUOSO – PROPAGANDA REALIZADA PELO CANDIDATO MÁRCIO FRANÇA COMO RESPOSTA À UTILIZAÇÃO DE SUA IMAGEM COM DIFERENTES FORMAS FÍSICAS – DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DA MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO, SEM ABUSO DA LIBERDADE DE CRÍTICA INERENTE AO EMBATE POLÍTICO NA DISPUTA DAS ELEIÇÕES – CANDIDATO, PARTIDO OU COLIGAÇÃO NÃO ATINGIDOS, AINDA QUE DE FORMA INDIRETA, POR CONCEITO, IMAGEM OU AFIRMAÇÃO CALUNIOSA, DIFAMATÓRIA, INJURIOSA OU SABIDAMENTE INVERÍDICA, DE FORMA A AFASTAR A INTERVENIÊNCIA EXCEPCIONAL DA JUSTIÇA ELEITORAL – ART. 58 DA LEI N. 9.504/97 – PROPAGANDA QUESTIONADA QUE SE LIMITOU AO EXERCÍCIO DA CRÍTICA, INERENTE AO DEBATE POLÍTICO – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO ELEITORAL IMPROVIDO.

⁴³¹ SILVA FILHO, Lídio Modesto da . Propaganda Eleitoral. De Acordo com a Minirreforma Eleitoral e com as Resoluções 23.551/2017 e 23.554/2017. Curitiba: Juruá, 2018. p.72.

⁴³² PREZOTTO, Mauro Antônio. Propaganda eleitoral negativa como instrumento de convencimento do eleitor. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 42 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4).

⁴³³ TRE-SP, Recurso Eleitoral na Representação (11541) - 0608723-97.2018.6.26.0000, julgado em 10/10/2018.

Na maioria dos casos onde se pleiteava por intermédio de Ação de Representação Eleitoral, dirigida aos juízes da propaganda eleitoral, a suspensão ou retirada de conteúdo de uma determinada propaganda foi bastante restritiva quanto ao deferimento de tal pretensão.

Na grande maioria dos casos, a Justiça Eleitoral entendeu que as chamadas “críticas ácidas” fazem parte do processo eleitoral, não havendo motivos para a interferência no convencimento do eleitor⁴³⁴.

Merece destaque julgamento realizado pelo E. Tribunal Superior Eleitoral nas Eleições de 2018⁴³⁵:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. CHARGE POLÍTICA. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO ENSEJA O DEFERIMENTO DE DIREITO DE RESPOSTA. DESPROVIMENTO.

1. A charge política consubstancia forma de arte essencialmente provocativa, a merecer dupla proteção constitucional, por ser – ao mesmo tempo – expressão do discurso político e da criatividade artística do chargista. A publicação impugnada – consistente em charge que associa o nome do recorrente a personagens históricos identificados com regimes não democráticos e com violações a direitos fundamentais da pessoa humana – apenas expressa críticas às posições do candidato, inseridas no campo de tais liberdades públicas.

2. A prevalecer a tese exposta na exordial e reiterada no recurso ora em exame, impossibilitados estariam os artistas da caricatura e da charge política de traduzir em seus desenhos quaisquer críticas às ações, às posições políticas e às pessoas dos candidatos, o que se apresenta como verdadeiro contrassenso no ambiente plural de debate de ideias que caracteriza o regime democrático.

3. Recurso ao qual se nega provimento.

As críticas realizadas com base em estatísticas e opiniões igualmente não sofreram restrição. A orientação foi no sentido de que “se gera debate”, deixa-se a interpretação e decisão ao eleitor. As retiradas de conteúdo das redes sociais (Facebook, WhatsApp, Instagram, dentre outros) por intermédio da identificação das chamadas URLs (Uniform Resource Locator), ou Localizador Padrão de Recursos,

⁴³⁴ RECURSO n 060910408, ACÓRDÃO n 060910408 de 24/10/2018, Relator PAULO SÉRGIO BRANT DE CARVALHO GALIZIA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 24/10/2018; RECURSO n 4855, ACÓRDÃO de 19/10/2018, Relator CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 19/10/2018; RECURSO n 060872397, ACÓRDÃO de 10/10/2018, Relator MAURICIO FIORITO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 10/10/2018; RECURSO n 45195, ACÓRDÃO de 23/09/2016, Relator ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Volume 18:45, Data 23/09/2016.

⁴³⁵ Representação nº 060094684, Acórdão, Relator(a) Min. Carlos Horbach, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 04/09/2018

pela própria orientação do TSE, por intermédio do artigo. 33 “caput” da Resolução nº 23.551/2017, c.c. artigo 323 do Código Eleitoral, só foram realizadas quando o fato apontado era “sabidamente inverídico”.

Menção a condenações em processos foram admitidas desde que houvesse algum tipo de informação de que ainda não se tratava de decisão transitada em julgado. Não foi aceita propaganda negativa que imputava a outro candidato a prática de crime de trabalho escravo, visto ainda existir recurso pendente de julgamento⁴³⁶.

Propagandas negativas onde se procurou explorar algum fato da vida privada de determinado candidato não foram objeto de ataque, ao menos nas eleições de 2018 em São Paulo. O vídeo que circulou pelo *WhatsApp*, onde uma pessoa muito parecida com um dos candidatos a governador aparecia nu e rodeado de mulheres, até o momento não teve sua origem identificada, e na prática não foi objeto de formal representação à Justiça Eleitoral.

A ideia principal pautou-se no conceito de que aquele que se dispõe a disputar uma eleição deve estar preparado para críticas de toda ordem, tanto no âmbito de sua pregressa atuação no campo político, quanto em sua vida privada, deixando-se aqui uma ressalva da verificação caso a caso de violação à intimidade principalmente de pessoas que não estão disputando a eleição, e de uma hora para outra veem seus nomes divulgados pela mídia.

Novamente, Mauro Antonio Prezotto nos ensina:

A despeito das mazelas que a divulgação de fatos relacionados, especialmente às pessoas públicas, pode ocasionar em termos de disputa eleitoral, é preciso dizer que a propaganda eleitoral negativa não deve ser encarada apenas como uma técnica empregada pelos candidatos para desconstituir o adversário e suas propostas. É antes de tudo um direito do eleitor alicerçado na Constituição Federal, representado pelo princípio da liberdade de expressão e de informação já abordado.⁴³⁷

⁴³⁶ TRE/SP. Representação Eleitoral nº 0600801-05.2018.6.26.0000. Rel. Dr. Afonso Celso da Silva. J. 13/07/2018.

⁴³⁷ PREZOTTO, Mauro Antonio. Propaganda eleitoral negativa como instrumento de convencimento do eleitor. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 43 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4)..

O direito à informação e da liberdade da informação, embora pouco enfatizado quando confrontado com outros princípios fundamentais (liberdade pensamento/expressão), mostra-se particularmente importante na propaganda eleitoral. O eleitor tem o amplo direito de ser informado de todos os aspectos passados e presentes, tanto do partido quanto do candidato, para somente após firmar seu convencimento de qual é a melhor escolha.

Qual a proposta do partido (ênfase no livre mercado, proteção do meio ambiente, priorização na educação, proteção de minorias, etc..), o que já fez e falou em cada um destes itens, como votou em projetos anteriores, se honrou ou não as “promessas de campanha”, qual foi sua conduta na vida privada (discreto, extrovertido), qual sua religião, qual sua opinião sobre assuntos polêmicos (menoridade penal, aborto, pena de morte), existência ou não de ações condenatórias, tanto no campo cível quanto no criminal, qual sua evolução patrimonial nos últimos anos, fazem um conjunto único de cada candidato que só o eleitor poderá montar dentro de seus próprios critérios de quem será, para determinado cargo, a melhor opção.

No dia da eleição, cada candidato será “julgado” por cada eleitor, não havendo, em regra, como se vetar a chamada propaganda negativa.

Restringir-se a informação, bloqueando-se sua chegada aos lares dos eleitores, não me parece ser o papel da Justiça Eleitoral.

4.1.2 Propaganda eleitoral - restrições previstas na lei

Conforme já vimos quando analisamos o princípio da veracidade, o artigo 323 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) veda a divulgação de conteúdo inverídico, inserindo tal atitude dentro dos “crimes eleitorais”. A punição para tal prática é a detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa, sendo a pena agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão (parágrafo único).

Igualmente são considerados crimes eleitorais a divulgação na propaganda eleitoral de informações que podem ser consideradas caluniosas, difamatórias ou

injuriosas, todos previstos nos artigos 324, 325 e 326, todos do mesmo diploma legal⁴³⁸.

A prática dos referidos delitos enseja direito de respostas (artigo 58, da Lei n 9.504/97), visando-se, desta forma, restabelecer a verdade e o equilíbrio ente os “players” do debate eleitoral.

4.1.3 Fake News/desinformação

A mentira evidentemente não é nova em matéria de propaganda eleitoral. A novidade trazida pelas chamadas redes sociais é a rapidez e alcance de uma informação a um número assustador de pessoas. Em poucas horas a “notícia” é repassada de celular a celular, de *tablets* para *tablets*, e assim sucessivamente.

Para Diogo Rais e L.N. Castro⁴³⁹:

Fake News são notícias falsas, mas que parecem verdadeiras. Elas são enganosas, se revestem de diversos artifícios para enganar o leitor, buscando sua curiosidade e difusão daquele conteúdo. Não é uma ficção, é mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade sendo capaz de produzir danos.

O tema “Fake News” ganhou repercussão mundial com as eleições americanas em 2016, onde após dura batalha, venceu o candidato à presidência dos E.U.A., Donald Trump. A campanha, ao contrário das anteriores, foi centrada na integração e propaganda digital. O slogan “*Make America Great Again*” foi difundido por uma equipe competente, que juntamente com a empresa *Cambridge Analytica*, utilizou-se uma estratégia de levar a inúmeros grupos sociais uma manifestação do qual se sabia que “queriam ouvir”.

Ainda, para Diogo Rais e L.N. Castro:

A *Cambridge Analytica*, multinacional britânica, utilizou como estratégia de atuação uma metodologia que busca traçar a personalidade dos indivíduos

⁴³⁸ Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: (...)

Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: (...)

Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...)

⁴³⁹ RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGGETTI, Pamela. Direito eleitoral digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33.

com base em preceitos clássicos de psicologia e psicometria, aliando essas técnicas aos rastros digitais que são deixados cotidianamente pelas pessoas em suas atividades comuns, como perfis em redes sociais, GPS de locais visitados, uso dos serviços públicos e compras *online*. Utilizando-se basicamente da classificação de pessoas para customizar a campanha para cada perfil, o método que é conhecido pelo sugestivo acrônimo OCEAN que significa: Openness, que mede o quão aberta a novas experiências a pessoa pode ser; Conscientiousness, que avalia a preocupação de uma pessoa com a organização e eficiência; Extraversion, que mede o nível de sociabilidade e tendência de ver situações pelo lado positivo; e Neuroticism, que verifica a intensidade emocional com que a pessoa reage ao receber informações.⁴⁴⁰

Com tais dados e uma publicidade segmentada, as informações chegaram de casa em casa, de computador a computador, de celular a celular de forma dirigida, utilizando-se como nunca antes as redes sociais para tal finalidade.

Mas o problema não foi somente a utilização de informações que se pensava serem pessoais e não disponibilizados. A questão foi a divulgação de uma série de falsas notícias, igualmente a grupos selecionados, de forma a tentar mudar o humor de um candidato para outro.

Quando a disputa é muito acirrada, o resultado de uma eleição pode mudar substancialmente.

A experiência das eleições americanas trouxe grande preocupação no âmbito das eleições que se realizaram no Brasil em 2018, levando o TSE a montar verdadeira “força tarefa”⁴⁴¹ para tentar minimizar eventual impacto de tais práticas, mormente quando não identificado o criador da postagem. O mesmo ocorreu com o Tribunal Regional Estadual de São Paulo⁴⁴².

Contudo, após as eleições, o Tribunal Superior Eleitoral divulgou em seu site⁴⁴³ que das 50 ações sobre o assunto (*Fake News*), 48 foram respondidas prontamente, levando-se, em média, menos de dois dias para decidir os pedidos de liminar, tudo

⁴⁴⁰ RAIS, Diogo e CASTRO, L.N. A comunicação em tempos de Big DATA e inteligência artificial: a campanha digital de Donald Trump e o futuro de marketing eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4), p. 91.

⁴⁴¹ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/fake-news-e-regras-para-propaganda-eleitoral-na-internet-sao-temas-de-reuniao-no-tse>>. Acesso em 10.03.2019.

⁴⁴² Disponível em: <<http://www.tre-sp.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2018/Outubro/tribunal-esta-atento-a-fake-news-e-denuncias-diz-presidente-do-tre-sp>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁴⁴³ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

sem prejuízo das demais representações que por ali foram ajuizadas. Esclareceu-se, ainda, que 12% do total das demandas submetidas aos três ministros designados para atuar no julgamento da propaganda eleitoral (Luís Felipe Salomão, Sérgio Banhos e Carlos Horbach) foram referentes às chamadas notícias falsas. Foram 16 provimentos parciais ou totais, com retirada de conteúdo considerado ilícito.

Por fim, há menção de que para decidir sobre *fake news*, os magistrados basearam suas decisões em princípios constitucionais consagrados, tais como o direito ao livre pensamento e à liberdade de expressão, essenciais para o debate político-eleitoral no Estado Democrático de Direito.

Em todas as decisões, os juízes da propaganda reforçaram que a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate político e democrático. De acordo com os ministros, as liberdades de pensamento e expressão – nos moldes do artigo 5º, inciso IV, e 220 da Constituição Federal – são inafastáveis, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral. Para eles, esse direito fundamental somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

Em levantamento pessoal deste mestrando, em minha atuação como um dos juízes da propaganda eleitoral pelo Tribunal Regional Estadual de São Paulo, nas eleições em 2018, apenas um número muito reduzido de postagens foram consideradas verdadeiras “fake news” a merecer deferimento de retirada de conteúdo de postagem de notícia sabidamente inverídica.

Acredita-se que uma das causas de ter havido um número não significativo de representações eleitorais, pretendendo a retirada de conteúdo das redes sociais sob o argumento de serem notícias sabidamente inverídicas, foi o fato de ter havido uma parceria entre a Justiça Eleitoral e agências de checagem de fatos (fact-checking)⁴⁴⁴. Por intermédio destas agências, houve uma checagem das informações que

⁴⁴⁴ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/parceria-entre-justica-eleitoral-e-agencias-de-checagem-de-fatos-evitou-disseminacao-de-noticias-falsas-no-segundo-turno-das-eleicoes>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

circulavam pelas redes sociais, desmascarando-se rapidamente uma postagem inverídica.

Na reforma realizada em 2017, houve um endurecimento quanto aos chamados “perfis falsos”, proibindo-se a veiculação de conteúdos eleitorais por intermédio de falso cadastro de usuário. O artigo 57-B, parágrafo 2, da Lei das Eleições (9.504/97), assim dispôs:

A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:
(...)
§ 2º Não é admitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade. (incluído pela Lei 13.488 de 2017).

De todo o acima narrado, nota-se que em termos de notícia falsa, ou desinformação como querem alguns, a notícia sabidamente inverídica, anônima ou não, com potencialidade de ludibriar o eleitor, cabível será a remoção de conteúdo durante a propaganda eleitoral, sendo considerada dentro da normalidade tal atitude por parte do judiciário.

A disseminação de uma notícia falsa traz em si uma potencialidade de mudar uma eleição, podendo, desta forma, ser um fator de desestabilização para o Estado Democrático e de Direito, não devendo ser simplesmente subestimada.

Contudo, embora uma total desinformação possa ter rápida propagação nas mídias sociais, tem igualmente grande chance de ser logo desmascarada. Mais sutil, e de difícil julgamento perante a Justiça Eleitoral é a notícia que possui algum grau de veracidade, mas seu formato final é distorcido de forma a fazer o leitor final chegar a uma conclusão equivocada.

Embora o Tribunal Superior Eleitoral tenha sido bastante rigoroso com a notícia “sabidamente inverídica”, ou seja, aquela que sem qualquer sombra de dúvidas não reflete a verdade, a informação deturpada já engloba outras análises, posto que, se gera algum tipo de debate, não é tão certo assim sua remoção durante a propaganda eleitoral.

Embora fuja ao objeto desta dissertação, a manipulação de informações buscando ludibriar o eleitor é ferramenta infelizmente utilizada nas redes sociais,

havendo verdadeira “guerra” de notícias desencontradas, na forma que ninguém tem mais certeza de nada.

Neste exato momento, a população brasileira se vê às voltas com notícias de toda ordem no sentido que o chamado SARS-CoV 2, causador da Covid-19, é um vírus dos mais agressivos, não havendo alternativa senão a quarentena. Entretanto, outras dão conta de que não se passa de gripe, onde haverá poucas mortes em virtude da idade associada a alguns fatores já preexistentes, como problemas cardíacos, diabetes, pressão alta, dentre outras, sendo o melhor caminho a volta ao trabalho.

Nota-se que há uma série de dados sendo manipulados para se chegar a um resultado preestabelecido, ficando todos sem saber exatamente para onde ir. Numa eleição, o mesmo acontece. Dados são levantados e analisados muitas vezes sob uma luz levemente desviada, tudo para levar o eleitor a uma conclusão que não chegaria se tivesse conhecimento de tudo que cerca um determinado assunto.

A Justiça Eleitoral aqui há de ter dupla cautela, pois facilmente poderá ser taxada de censora, verdadeira castradora da liberdade de pensamento. Aqui, há enorme dificuldade de intervenção, pois há sempre quem defenda um ponto de vista baseado em alguns fatos que são reais, mas a análise não é razoável.

Quando se diz, por exemplo, que o Brasil possui um dos piores sistemas de ensino do mundo, leva-se em conta alguns resultados de provas dos quais jovens brasileiros participam com outros do mundo todo. Será que este dado, visto isoladamente, pode servir de parâmetro para uma conclusão final?

Não deve ser fácil para o candidato que sofre com uma notícia no sentido de que sua atual gestão foi a pior dos últimos tempos, baseados em alguns dados estatísticos vistos isoladamente, tentar se defender, vislumbrando como seu último refúgio a atuação da Justiça Eleitoral. Contudo, como já visto acima, a remoção de conteúdo tem centrado forças numa desinformação tida como totalmente inverídica. A questão ora posta será uma nova fronteira do qual somente o caso concreto poderá ser avaliado, a fim de que a liberdade de expressão não seja tolhida, e a manipulação de “meias verdades” não prevaleça.

4.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA PROPAGANDA ELEITORAL

As conclusões a respeito do cabimento ou não da possibilidade do uso da teoria do direito ao esquecimento junto à propaganda eleitoral, com consequente retirada de conteúdo de determinadas postagens nas redes sociais ou impedimento de efetiva pesquisa dos chamados buscadores da internet ou, em outra nomenclatura, desindexação de notícias antigas durante a propaganda eleitoral diretamente nos sítios onde estão armazenadas ou nos próprios buscadores, é matéria pouco explorada junto à referida Justiça especializada, sendo certo que somente o caso concreto poderá levar o julgador a uma solução ou outra, de forma que as hipóteses que aqui se ventilarão apenas possuem condão de levar o leitor à indagação de qual seria a melhor interpretação à luz de tudo o que já foi exposto, sem qualquer pretensão de ser a “última palavra” sobre o assunto.

Serão expostas algumas hipóteses que nunca foram levadas à Justiça Eleitoral, circunstância que demandará maior esforço para se concluir o que seria a melhor solução para cada uma.

4.2.1 Provedor de serviço de internet/remoção de conteúdo

O direito eleitoral, mesmo sendo um microssistema dentro de nosso ordenamento jurídico, mantém um vasto relacionamento com os outros ramos, como os do direito civil e processual civil, administrativo, penal e processo penal, além, claro, com o constitucional.

Embora relativamente recente, o chamado direito digital entrou de vez na propaganda eleitoral, tendo em vista a possibilidade de alcance das chamadas mídias eletrônicas e redes sociais, em que a difusão de informação e velocidade do número de pessoas atingidas em tempo nunca imaginado atrai até pelo baixo custo, cada vez mais candidatos, motivo pelo qual, talvez, deixarão tanto a rádio quanto a televisão, com o tempo, em segundo plano.

Num primeiro passo, ressalta-se que em termos de regulação da Internet no Brasil, a Lei nº 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, posteriormente regulamentada pelo Decreto 8.771/2016, trouxe ao mundo jurídico conceitos que

antes só eram de conhecimento de poucos *experts*. Claro que referida lei não só serviu para a justiça eleitoral, mas a todas as outras.

A Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.610/19 trouxe (assim como já fizera a da última eleição 23.551/17) em seu art. 37, as diversas espécies de provedores de Internet, a saber:

XVII - provedor de conexão à internet: a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o acesso de seus consumidores à internet;

XVIII - provedor de aplicação de internet: a empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos;

Como meros exemplos do primeiro (provedor de conexão à internet) podemos pensar nas empresas Vivo, Claro, Oi, Tim, Net Virtua, Brasil Telecom, dentre outras, pessoas jurídicas estas que habilitam cada usuário ao uso da internet.

Exemplo do segundo (provedor de aplicação de internet) poderia, igualmente apenas para exemplificação, mencionar o *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp*, *Google*, *Yahoo*, *Bing*, dentre outras, ou seja, empresas que permitem a quem possua internet, a inserção de posts, imagens (fotos/vídeos), ou no caso dos buscadores, permitem a pesquisa de determinado assunto.

Além disso, referida Resolução destacou capítulo específico com relação à remoção de conteúdo da Internet (Seção I – Capítulo IV), ressaltando-se a cautela em se aplicar tal medida, devendo pautar a decisão na menor interferência possível (art. 38, caput), só agindo onde há clara violação às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participarão do processo eleitoral (art. 38, § 1º), devendo haver prazo razoável para seu cumprimento, não inferior a 24 horas (art. 33, § 4º), ou excepcionalmente em tempo inferior, desde que justificada (art. 38, § 5º), sob pena de sanções aplicáveis à espécie (art. 38, § 6º), devendo os valores arbitrados serem revertidos a favor dos cofres da União (art. 38, § 8º).

Portanto, a remoção de conteúdo da internet está limitada a uma série de fatores, devendo o julgador, quando da decisão, ter como norte tais disposições, para somente após efetivamente determinar a retirada de *post/link/url* de algum provedor.

Os provedores de aplicação de Internet, por serem considerados meros intermediários da liberdade de expressão de seus usuários, constantemente destacam não possuírem qualquer responsabilidade sobre o que circula em seu site/página, não lhes competindo o papel de censor (art.18, Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet)⁴⁴⁵.

Claro está que, num primeiro momento, cabe a tais provedores o sigilo dos dados de seus usuários (art. 39 da Resolução 23.610/19), não se atribuindo a eles responsabilidade alguma pelo tráfego de informações. Sua responsabilidade advém de eventual descumprimento de ordem judicial (art. 19, Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet)⁴⁴⁶. Conforme acima já visto, o juiz da propaganda eleitoral irá fixar um prazo de no mínimo 24 horas para a concretização do ali determinado. Há obrigatoriedade de indicação da URL, visto desejar-se que somente um específico conteúdo seja efetivamente removido, tendo em vista que, caso contrário, haveria cerceamento à livre manifestação do pensamento.

4.2.2 Existência de decisão judicial a respeito de determinados fatos passados

O direito ao esquecimento não visa apagar dos registros a história de fatos passados. A perspectiva seria a de que todos têm direito de seguirem em frente, sob a regência da dignidade humana e, por via de consequência, têm direito a terem esquecidos fatos que marcaram negativamente suas vidas, desde que a verificação da relevância pública da divulgação de situações passadas mostra-se insignificante, impedindo-se sua divulgação posterior ou sua busca, principalmente via internet,

⁴⁴⁵ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros

⁴⁴⁶ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

ocorrência esta geralmente praticada e noticiada há muito tempo, episódio que, em tese, a mais ninguém interessa.

Claro fica que o “esquecimento” não significa de forma alguma modificação de fatos passados. O direito à informação deve prevalecer até o provimento jurisdicional contrário.

Uma vez deferido e transitado em julgado o provimento jurisdicional na esfera civil, tornando certa a questão sob o manto da coisa julgada (vide artigos 502 e 503 do Código de Processo Civil), creio que mesmo que não anteriormente pensado sob o prisma do direito eleitoral, tal não poderá ser desrespeitada durante a propaganda eleitoral.

A eficácia *erga omnes* da eventual decisão deverá abranger todas as situações, e por mais relevante que se possa imaginar numa disputa eleitoral, creio que não será possível abrir-se uma exceção se o beneficiário da decisão decidir aventurar-se em disputar uma eleição e seu adversário pretender se utilizar de notícia passada já barrada na esfera judicial comum.

Havendo resolução da questão no âmbito civil, inexistente a meu ver possibilidade da matéria, pelos mesmos fatos, ser rediscutida. O mérito em si não pode ser mais analisado: “Em suma, o art. 503 do Código de Processo Civil se aplica supletivamente ao processo eleitoral na medida em que a extensão da coisa julgada à questão prejudicial se afeiçoa à especialidade desse instrumento.”⁴⁴⁷.

Um clássico exemplo da situação aqui descrita é o da apresentadora Xuxa, que já teve seu pedido de desindexação indeferido e transitado em julgado pela Justiça Comum, o que, salvo melhor juízo, torna inviável qualquer rediscussão a respeito da mesma matéria no âmbito da justiça eleitoral, caso esta venha a se candidatar para algum cargo político futuramente.

⁴⁴⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Novo CPC e o processo eleitoral: solução para o problema do julgamento de demandas fundadas nos mesmos fatos? Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/novo-cpc-e-o-processo-eleitoral-solucao-para-o-problema-do-julgamento-de-demandas-fundadas-nos-mesmos-fatos/15415>>. Acesso em 20.01.2020.

4.2.3 Existência de decisão liminar em processo civil deferindo ou não acesso a determinadas informações, sob o fundamento do direito ao esquecimento

Este item apresenta-se um pouco mais traiçoeiro. Enquanto a decisão judicial transitada em julgado tem que ser respeitada, não podendo ser desconsiderada mesmo levando-se em conta os princípios da liberdade de expressão, informação e do interesse público que devem nortear a propaganda eleitoral, será que o mesmo deve acontecer se houver apenas uma liminar (tutela provisória de evidência/urgência) deferida em processo fora do âmbito da justiça eleitoral?

Não há resposta pronta. Em princípio, havendo pelos mesmos fatos deferimento de liminar em qualquer processo, não será possível, em tese, em outros autos, pretender-se rediscutir a matéria, com o agravante que aqui haveria verdadeira interferência de uma justiça especializada que somente deve apreciar questões atinentes à regularidade de tudo que cerca as eleições. Haveria uma clara litispendência (art. 337, § 1º do Código de Processo Civil), com conseqüente extinção do segundo pedido, ou reunião de feitos por conexão – art. 55 do Código de Processo Civil ou continência art. 56, do Código de Processo Civil por evidente possibilidade de ocorrerem decisões conflitantes (art. 55, § 3º, do Código de Processo Civil), reunião esta que me parece impossível neste caso.

Contudo, na esfera especializada, e principalmente durante a propaganda eleitoral, poder-se-ia indagar se, durante aquele determinado período, mesmo havendo decisão no âmbito da Justiça Comum, deferindo a tutela ali pleiteada, poder-se-ia divulgar fatos a fim de que cada eleitor tenha a ciência das qualidades e defeitos (daí incluindo o passado eventualmente desabonador) do candidato, sendo que tal decisão somente na órbita de período da propaganda eleitoral poderia ser apreciada sob este pontual enfoque?

A solução intermediária que se propõe é no sentido de se aceitar a discussão na justiça eleitoral, durante o período da propaganda e somente nele, caso nos autos em que se requer a impossibilidade de acesso a informações anteriores do qual não se reputa relevante à divulgação, ou remoção de conteúdo de *posts* na internet,

quando omitida daquele primeiro magistrado (âmbito civil) a informação que o autor pretende ser candidato.

Na suposta ação/representação levada à justiça eleitoral, fato mais abrangente poderia estar sendo veiculado, possibilitando, em tese, uma apreciação pontual desta justiça especializada, quer a tutela tenha sido deferida, quer não, visto a discussão poder ser arguida pelo candidato que pretende se valer de possível direito a esquecimento de algum fato, mesmo havendo decisão provisória da Justiça Comum.

Desta forma, não haveria possibilidade de a justiça comum decidir o que irá ou não ser divulgado durante a propaganda eleitoral.

Creio que contornaríamos os impedimentos processuais acima mencionados, podendo-se no campo hipotético pensar-se em tal alternativa. A litispendência por si só acarretaria a extinção da segunda, mas verificada eventual continência (também conhecida como litispendência parcial) na parte mais abrangente (que seria exatamente pedido de aplicação da teoria do esquecimento na propaganda eleitoral), talvez houvesse espaço para uma interpretação desta possibilidade que, repito, só seria possível durante o curto período da propaganda.

Não haveria uma reunião de ações por conexão à luz do art. 96-B na Lei Eleitoral, visto este instituto obrigar a união de ações estritamente eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, o que evidentemente não seria o caso. Aventa-se apenas a possibilidade de apreciação da remoção de conteúdo na internet ou impossibilidade de busca de determinados fatos quando já exista demanda na justiça comum, mas esta não contenha em seu bojo a circunstância de que o autor seria ou é candidato, demanda aquela ainda não transitada em julgado.

Uma dificuldade quase que intransponível será a questão dos debates de candidatos na TV. Caso haja o deferimento de tal medida protetiva, todos os debatedores deverão ser cientificados da decisão. No caso de descumprimento, a questão deverá ser analisada no caso concreto,

Evidentemente, por fugir ao escopo deste trabalho, não se irá tentar discutir todas as possíveis hipóteses de fases processuais no âmbito civil, ficando, claro,

contudo, que a conclusão nesta primeira parte do capítulo é que, em havendo trânsito em julgado de deferimento de pedido baseado no direito ao esquecimento, tal não poderá ser novamente discutido durante a propaganda eleitoral. Em não havendo decisão definitiva, dependendo do caso específico, principalmente se houver omissão de que o autor é ou poderá ser candidato a disputar uma eleição, em tese a justiça eleitoral poderia, durante o curto prazo da propaganda, analisar o cabimento da demanda, inexistindo, contudo, a possibilidade de reunião de ações, perdendo, de qualquer forma, eficácia à decisão após o dia do pleito.

Novamente aqui não se encontrou nenhum caso na jurisprudência que pudesse levar esse mestrando a uma melhor reflexão ou exemplificação.

4.2.4 Prazo em que terá eficácia a remoção de conteúdo da internet

Outra questão preliminar interessante é o prazo que deverá ter eficácia a decisão de remoção de conteúdo da internet.

A Resolução 23.551/2017, que regulou a propaganda eleitoral nas eleições de 2018, em seu artigo 33, § 6º, dispunha:

Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

Claro ficou, ao menos naquela eleição, que toda remoção de conteúdo deferida durante a propaganda eleitoral perdia sua validade após a eleição, ficando a cargo do suposto prejudicado, em querendo, buscar na Justiça Comum a continuação da remoção ou qualquer outro provimento jurisdicional que entendesse cabível.

Neste sentido:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. *FAKE NEWS*. FACEBOOK. TWITTER. YOUTUBE. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. LIMINAR. PERDA DA EFICÁCIA. DESPROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 33, *caput* e § 1º, da Res.-TSE 23.551, a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, a fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, limitando-se às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras

eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

2. Na linha da jurisprudência desta Corte, as ordens de remoção de propaganda irregular, como restrições ao direito à liberdade de expressão, somente se legitimam quando visam à preservação da higidez do processo eleitoral, à igualdade de chances entre candidatos e à proteção da honra e da imagem dos envolvidos na disputa. Assim, eventual ofensa à honra, sem repercussão eleitoral, deve ser apurada pelos meios próprios perante a Justiça Comum.

3. Últimado o período de propaganda eleitoral, a competência para a remoção de conteúdos da internet passa a ser da Justiça Comum, deixando as ordens judiciais proferidas por este Tribunal de produzir efeitos, nos termos do § 6º do art. 33 da Res.-TSE 23.551.

Recurso a que se nega provimento.

Recurso na Representação nº 0601765-21.2018.6.00.0000 – Brasília – Distrito Federal – Rel. Min. Admar Gonzaga. Julgado em 02/04/2019.

Contudo, a Resolução 23.610/19, que dentre outras, regulará as eleições de 2020, em seu artigo 38, § 7º, modificou a redação, para desta feita dispor:

Realizada a eleição, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet não confirmadas por decisão de mérito transitada em julgada deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção de conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

A Justiça Eleitoral, após algumas críticas tanto à antiga Resolução quanto ao voto acima descrito, houve por bem entender que havendo trânsito em julgado da decisão que deferiu a remoção de conteúdo de textos ou vídeos da internet, permanecerão eficazes para todos os efeitos, permanecendo apenas durante a propaganda àquelas liminarmente concedidas, mas posteriormente não confirmadas em definitivo.

Há que se ressaltar, por último, neste ponto, que a Lei nº 13.488/2017, que incluiu o art. 57-J à Lei nº 9.504/1997, deixou a critério das mencionadas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral decisão a respeito dos temas acima abordados, restando à futura jurisprudência, eventual apreciação de seu cabimento, sendo certo que talvez se aceite seu acerto apenas no caso de não haver demanda já proposta no âmbito da justiça comum.

4.2.5 Princípios da liberdade de expressão e informação que devem nortear como regra geral a propaganda eleitoral

Como já vimos, o interesse público tem sido desde o início um fator limitador ao direito ao esquecimento, sendo na grande maioria dos casos, majoritária a ideia de que o interesse particular não pode prevalecer sobre o direito à informação.

Nesse contexto, os princípios da liberdade de expressão, informação e imprensa, em muitos casos concretos, acabam preponderando sobre os da privacidade/intimidade.

Notadamente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência (vide votos dos Ministros Ayres Britto – fls. 121 e Luiz Fux – fls.122), a liberdade de expressão, quando da necessidade de ponderação de princípios, ganha preferência quando da escolha de qual deva prevalecer.

Igualmente nas palavras de Aline Osório:

A primeira consequência envolve o reconhecimento de uma presunção de primazia da liberdade de expressão nas hipóteses de colisão com outros bens, direitos e valores constitucionais. (...)A posição preferencial deverá, assim, servir de guia para o intérprete, exigindo a preservação das liberdades expressivas na maior media possível⁴⁴⁸.

A força dos primeiros princípios acima mencionados ganha especial relevância durante a propaganda eleitoral, onde se somam os princípios da liberdade e veracidade, o que torna num primeiro momento quase que impensável qualquer possibilidade de restrição.

A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo porque o direito de expressar-se – e sua exteriorização (informação e de imprensa) – ostenta uma posição preferencial (preferred position) dentro do arquétipo constitucional das liberdades. A proeminência da liberdade de expressão deve ser transladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assentos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo.⁴⁴⁹

Assim sendo, nota-se que de maneira quase avassaladora, numa primeira indagação, a resposta é invariavelmente de que se um candidato se dispõe a participar de um pleito eleitoral, deve estar disposto a ter sua vida vasculhada, e todos os fatos

⁴⁴⁸ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 94.

⁴⁴⁹ TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 51-24.2016.6.13.0052. Rel. Min. Luiz Fux. J. 18/10/2016.

e circunstâncias passados devem ser levados ao crivo do eleitor. Se não está disposto a tal invasão, que não se candidate.

O interesse público deve prevalecer como regra. Evidentemente, se comparado ao cidadão comum, a publicidade sobre sua vida pregressa é significativamente maior, não se tratando de modo geral de violação à vida privada ou a sua intimidade, e muito menos de ofensa a dignidade humana.

As chamadas críticas ácidas sobre a conduta passada, avaliação sobre sua anterior gestão e a análise de opiniões já externadas de um determinado candidato são amplamente aceitas pela jurisprudência de nossos tribunais.

Contudo, começamos a nos perguntar se existiriam casos que poderíamos inserir numa esfera tipicamente íntima, ou a pensar em fatos relativos a candidatos que eventualmente atinjam injustificadamente a dignidade de terceiras pessoas, sendo sua divulgação sem qualquer relevância prática para o eleitorado. Contudo, deixaremos tais hipóteses para mais adiante.

Há quem defenda a impossibilidade prática da utilização do instituto do direito ao esquecimento na propaganda eleitoral.

Mariana Tagliari Vendruscolo e Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva⁴⁵⁰ destacam existirem cinco motivos que tornariam inviável tal aplicação. As mesmas seriam: a) se as informações se revestissem de forma a denegrir a imagem, tal deve ser punido à luz da legislação já existente; b) as rádios e televisão são proibidas de veicular qualquer informação do candidato depois de 1º de julho do ano das eleições, tanto para beneficiar quanto para prejudicar, e se o fizerem, já haveria punição prevista em lei; c) se as informações não forem ilegais ou agressivas, em tese não ofenderiam a esfera da dignidade humana, não havendo, neste caso, que se deferir a não divulgação; d) a censura prévia não seria possível em caso da rádio e televisão e; e) o direito ao esquecimento só poderia ser invocado após a publicação de algum fato, o que dificilmente teria o processo possibilidade de ser julgado em definitivo, não

⁴⁵⁰ VENDRUSCOLO, Maria Tagliari; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Políticos candidatos e o direito ao esquecimento - (Im) possibilidade de aplicação na propaganda eleitoral obrigatória no rádio e televisão. Revista da Esmesc, Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 49-80, dez. 2014.

possuindo, em última instância, o Tribunal Superior Eleitoral, competência para solucionar a questão.

Outro impedimento seria, segundo os autores acima mencionados, a circunstância de que somente após as convenções partidárias poder-se-ia falar em candidato, não sendo possível, desta forma, antes desta formalização, se ingressar com uma espécie de “direito ao esquecimento preventivo”.

Somando-se ao acima mencionado, acrescente-se que fatos comprovadamente falsos, conhecidos como “Fake News”, os que constituem crimes eleitorais – injúria/calúnia/difamação –, (artigos 324, 325 e 326 do Código Eleitoral), o que empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais emocionais ou passionais (art. 242 da Lei 4737/65), bem como tudo o que já foi dito a respeito da propaganda negativa, já possuem amplo entendimento jurisprudencial sobre o seu cabimento ou não, inexistindo, nestes casos, qualquer necessidade prática de invocação ao direito ao esquecimento, tudo conforme teor do Art. 27, § 1º da Resolução 23.610/19 do Tribunal Superior Eleitoral⁴⁵¹.

4.2.6 Eventual possibilidade de utilização da teoria do esquecimento durante a propaganda eleitoral

Para bom encaminhamento do tema, creio serem importantes algumas considerações.

Conforme já dito alhures, o direito ao esquecimento não visa “apagar” da memória fato passado, nem reescrever a história. O que se busca é o impedimento da utilização indevida destes fatos, pois ao contrário, haveria de forma injustificada eficaz prejuízo ao indivíduo. Tem como fundamento a proteção da honra, imagem e vida privada. Em termos subjetivos, teríamos o direito de sermos deixados em paz, uma vez cumprida a sanção decorrente do ilícito, e decorrido tempo em que determinado fato não mais possui qualquer interesse público.

⁴⁵¹ Art. 27. É permitida a propaganda eleitoral na internet a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição (Lei nº 9.504/1997, art. 57-A). § 1º A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ofender a honra ou a imagem de candidatos, partidos ou coligações, ou divulgar fatos sabidamente inverídicos.

Noto aqui que, a meu ver, duas são as possibilidades de como a teoria do direito ao esquecimento pode ser encarada.

Num primeiro ponto, conforme capítulo já escrito, o referido direito teria o condão de impedir a veiculação de algum fato passado, uma vez que a ninguém mais interessa a relembração de determinadas situações.

Foi o que ocorreu com o “caso Lebach”, Doca Street, Aida Curi e Chacina da Candelária . Buscou-se impedir a divulgação de programas de televisão que visavam reviver fatos passados praticamente esquecidos da opinião pública, inexistindo qualquer relevância real à exposição dos então protagonistas ou de familiares que gostariam que o evento fosse esquecido.

Outra forma, e talvez a mais eficiente delas, seja pedido de provimento jurisdicional de remoção de conteúdo ou impedimento de específicos *links* com suas respectivas URLs (*Uniform Resource Locator*) de aparecerem nos chamados provedores de aplicações de busca na Internet (*Google, Yahoo!, Bing*, dentre outros), também conhecido como desindexação.

No primeiro caso (remoção de conteúdo), o juiz da propaganda eleitoral, como já visto acima, irá determinar aos provedores de aplicação ligados às redes sociais a retirada de específica URL, fundamentando a decisão e dando prazo de no mínimo 24 horas para efetivo cumprimento.

Com relação à desindexação, como se sabe, são dirigidos aos chamados provedores de aplicação de busca, os quais possuem algoritmos que permitem ao usuário a visualização em frações de segundos de uma série de *links* em que, supostamente, encontram-se matérias já publicadas do assunto a que se pretende ter acesso. Poder-se-ia, igualmente, em conjunto, ordenar que as respectivas editoras de onde saíssem cada publicação de absterem-se de divulgar a respectiva notícia.

Dentro da órbita do direito ao esquecimento, evidentemente aqui se encontra a maior arma prática a dar efetividade a um possível deferimento do pedido. Impedindo-se que tais provedores forneçam os *links* de acesso de notícias passadas, dificilmente se encontrará o que se busca.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, durante bom período, rechaçava esta possibilidade (desindexação), sob o argumento de não ser possível responsabilizá-los, visto apenas disponibilizarem acesso ao que já tinha sido publicado e ainda disponível em outros sites, não havendo como lhes emprestar um “papel de censor”. Por outro lado, a Lei 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet, apenas obrigaria os provedores de aplicação de internet à proteção de dados pessoais, não sendo possível a utilização de jurisprudência comparada, em especial do Tribunal de Justiça Europeu, dada as grandes diferenças nas premissas legislativas existentes.

A Ministra Nancy Andrighi foi e, aparentemente ainda é, a principal defensora da tese acima exposta, conforme se pode verificar em voto vencido no REsp nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1).

Contudo, o fato é que, embora não tenha havido unanimidade, em tal julgamento se assentou que, ocorrendo circunstâncias excepcionais, necessária seria a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado nos bancos de busca dos provedores, quando não guardar qualquer relevância para o interesse público. No julgamento acima mencionado, fixou-se na ementa o seguinte:

Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente lembrado e perenizado por sistemas automatizados de busca⁴⁵².

Assim, tanto no caso espanhol (Costeja Gonzáles), argentino (Yésica Toscanini), quanto no brasileiro acima descrito, entendeu-se ser, em alguns casos, possível a determinação específica junto aos provedores de busca da internet, ordem para que não mais deem acesso a *links*, uma vez digitadas determinadas palavras em seu site, de forma a impedir que por mera curiosidade ou maldade, fatos passados sem qualquer relevância fiquem ao alcance de qualquer um.

⁴⁵² Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83459361&num_registro=201402917771&data=20180605&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 dez. 2018.

Nem sempre, porém, tal pedido é provido. Como vimos no caso de famosa apresentadora da televisão, o resultado de sua ação foi a de privilegiar a informação e o interesse público.

Por último, Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo recentíssimo (07/12/2019), dá conta de julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em que se decidiu favoravelmente a demanda no sentido que arquivos on-line necessitam tomar medidas protetivas em relação à divulgação de informações pessoais. Segundo o texto, foram aplicados os direitos fundamentais esculpidos na Constituição alemã de 1949. O julgamento ocorreu em 06.11.2019.

O autor da ação foi condenado em 1982 à pena de prisão perpétua, por ter assassinado duas pessoas, sendo o episódio objeto de reportagens pelo periódico alemão *Der Spiegel*. Com sua soltura, em 2009, tomou conhecimento de que qualquer pessoa que buscasse por seu nome em tal periódico teria acesso a toda a história então noticiada, sendo inviável, desta forma, sua reinserção na sociedade, inexistindo qualquer interesse atual que tal fosse acessível, inclusive por buscadores da internet. Numa ponderação de princípios, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entendeu pelo cabimento do pedido, visto o direito ao esquecimento, que decorre do direito geral de personalidade, neste caso era de rigor.

Contudo, advertiu o autor acima mencionado:

O primeiro registro a ser efetuado, é de que se trata, no caso ora comentado, da primeira decisão do TCF a reconhecer expressamente um “direito ao esquecimento” como manifestação particular do direito geral de personalidade. Note-se que, diferentemente do “caso *Lebach*”, onde embora também estivesse em causa o conflito entre a liberdade de informação e a proteção da personalidade (do direito à reinserção social) de condenado por homicídio, tido como comprometido pela reconstituição televisiva dos fatos, no presente julgado se está diante de uma situação própria do ambiente digital, onde a dimensão temporal e a acessibilidade quase ilimitada às informações assumem uma relevância exponencial, implicando ainda maior impacto sobre os direitos de personalidade. Outro aspecto digno de nota reside no fato de que, no caso da decisão ora anotada, o embate direto se deu, não entre a pessoa alegadamente prejudicada pela informação e o provedor de pesquisas na internet (como ocorreu no caso emblemático julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2014 – caso *Google*), mas sim em face da empresa jornalística (editora) que efetuou e divulgou as reportagens e as deixou acessíveis nos seus arquivos digitais.⁴⁵³

⁴⁵³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-07/observatorio-constitucional-direito-esquecimento-tribunal-constitucional-alemanha>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

Desta forma, de maneira ainda que lenta, os Tribunais vêm procurando adequar-se a “nova” realidade virtual, procurando dentro do possível e, diante do caso concreto, aplicar o direito ao esquecimento, tratamento eficaz diante de um mundo cada vez mais digitalizado.

Dito isso, apresentaremos a seguir hipóteses em que seria razoável a fundamentação do pedido na teoria do direito ao esquecimento junto à propaganda eleitoral. Talvez em nenhum caso se entenda razoável a aplicação, ou talvez apenas uma hipótese. Poderemos até chegar à conclusão que referida teoria não pode ser aplicada nesta esfera especializada. Não importa. A presente dissertação não pretende dar certezas, mas sim trazer reflexões.

4.2.6.1. Candidato Que Possua Familiar Envolvido em Notícia Passada

No caso “Aida Cury”, os autores da ação foram familiares que não queriam relembrar o triste episódio que resultou na morte de ente familiar.

Com tal exemplo, indaga-se se determinado candidato possuísse algum parente, talvez até próximo, já falecido, que no passado tivesse praticado determinado fato desabonador, como um crime. Teria morrido em confronto com a polícia. Seria traficante. Vamos pensar que fosse seu pai, tio ou irmão. Seria viável que as buscas da internet ou candidatos opositores se utilizando deste fato, fizessem publicações ligando um a outro, levando o eleitor a concluir de forma sublinear que na realidade todos teriam, de certa forma, índole criminosa?

Várias seriam as respostas possíveis.

A primeira e mais fácil seria a de que todo candidato está infelizmente adstrito a ataques e, em se tratando de fato verdadeiro, deveria prevalecer a liberdade de expressão, bem como a liberdade de informação por parte de quem a divulga, assim como ao direito à informação do eleitor aqui já delineado. O interesse público seria o de se conhecer tudo o que envolve o candidato, inclusive fatos passados de seus familiares, circunstâncias que até poderiam moldar sua personalidade, estando fora dos limites de atuação da justiça eleitoral, tendo em vista orientação da menor

interferência possível desta justiça especializada (fls. 186 - Lei nº 9.504/1997, artigo 57-J e Resolução 23.610/2019, artigo 38 e § único do Tribunal Superior Eleitoral).

A própria democracia estaria em jogo, pois a possibilidade de livre escolha de representantes pelo eleitor estaria prejudicada, nada havendo de irregular numa possível interpretação de ser a hipótese acima narrada propaganda negativa.

Uma segunda resposta poderia ser no sentido de que tal fato explorado por candidato rival constituiria uma propaganda vedada à luz do artigo 242 do Código Eleitoral, passível no mínimo de direito de resposta ou até mesmo remoção de conteúdo de onde partisse a informação, acompanhada de sugestiva indagação sobre o real caráter do candidato. Se houvesse na rádio ou televisão, veiculação de algo parecido, elas poderiam ser suspensas pela Justiça Eleitoral (Resolução 23.601/19, Art. 72, § 1º).⁴⁵⁴

Para que não haja dúvidas sobre a hipótese ora proposta, a propaganda de candidatos concorrentes se utilizaria da notícia do cometimento do crime de parente próximo do candidato para sugerir, de forma sublinear, haver, no mínimo, mesma índole delitativa entre ambos. Nesta hipótese, não haveria necessidade de outra fundamentação, bastando a que já existe na própria legislação eleitoral. Aqui, a teoria do direito ao esquecimento seria desnecessária.

Contudo, restaria a vinculação de seu nome a fato ao qual não deu causa.

Numa terceira resposta, poder-se-ia pensar em utilização do direito ao esquecimento durante a propaganda eleitoral. O fato não lhe diz respeito e a mera pesquisa de seu nome nos buscadores da internet remetem ao crime de seu parente, ocorrido há muito tempo. A indesejável lembrança de tal fato acarretaria violação a sua dignidade e afetaria seu futuro por crime que não praticou. A utilização do instituto seria em vários sentidos. Uma, a desindexação dos buscadores de pesquisa do

⁴⁵⁴ Art. 72. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos (Lei no 9.504/1 997, art. 53, caput). § 10 É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido político ou a coligação que cometeu infração à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte ao da decisão (Lei no 9.504/1 997, arts. 51, inciso IV e 53, § 11).

noticiado crime de seu parente. Duas, a remoção de conteúdo das postagens e da propaganda de seus opositores.

A legitimidade para a propositura da ação estaria assegurada nos termos do parágrafo único do art. 12 do Código Civil.

Noto que a diferença básica entre a resposta dois e três acima descritas reside no fato que nesta última, se utilizaria da teoria do direito ao esquecimento, inexistente naquela, ou se existente, se requereria a desindexação em provedores de busca. Existem várias formas de se demandar a fim de se realizar o provimento jurisdicional almejado. Contudo, sem a utilização do fundamento da dignidade humana, talvez o problema não seja resolvido somente com as ferramentas disponíveis na Lei Eleitoral e suas Resoluções, sendo certo que no máximo se teria a suspensão da propaganda na rádio e televisão e remoção de conteúdos em eventuais *posts*, mas dificilmente se conseguiria a desindexação.

O confronto de princípios (liberdade de expressão/informação x privacidade intimidade) discutido no capítulo 3 poderia levar, quando do sopesamento do caso concreto, a balança pender para o lado do candidato, inexistindo interesse público real a ser divulgado, havendo flagrante prejuízo, no caso eleitoral, o fato de seu parente constar como primeira opção de busca quando seu nome é pesquisado. Reitero que se possível tal deferimento, o mesmo só teria efeitos práticos durante a propaganda eleitoral, sendo certo que após este período a justiça comum é quem teria que avaliar toda a extensão da pretensão em ação autônoma, embora, como vimos acima, a nova Resolução do TSE induza a outra conclusão.

Voltando à colisão de princípios fundamentais, um deles há que ceder face ao caso concreto, sendo a decisão de qual deve prevalecer realizada por intermédio da ponderação, ou seja, o peso que cada um terá à luz do intérprete, inexistindo resposta pronta a priori.

Diante de algumas hipóteses, neste ponto, necessário complementar o que já se escreveu no capítulo referido no parágrafo acima.

Virgílio Afonso da Silva, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, analisou a questão da proporcionalidade, iniciando seu trabalho destacando que

conceitualmente não podemos considerá-lo como um verdadeiro princípio (embora a expressão seja amplamente utilizada pela prática jurídica brasileira), defendendo, por outro lado, que a razoabilidade não é seu sinônimo, sendo certo que embora o Supremo Tribunal Federal utilize àquela constantemente em seus julgamentos, o faz apenas mecanicamente, sem qualquer critério científico:

1. A proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins; 2. (...) a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana; 3. A aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade; 4. As sub-regras da proporcionalidade guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todas elas; 5. Para que uma medida seja considerada adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, não é necessário que o seu emprego leve à realização do fim pretendido, bastando apenas que o princípio que legitime o objetivo seja fomentado.; 6. A regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos; 7. Se se aceita, portanto, a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois guardam uma relação de implicação.⁴⁵⁵

Seguindo este raciocínio, destaca o autor que num primeiro momento, quando do sopesamento se for utilizar a proporcionalidade como norte, há de se realizar análise quanto à adequação, ou seja, se a medida adotada promoverá o objetivo perseguido no caso concreto, “mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.⁴⁵⁶

Esclarece que somente se deve passar à segunda etapa (necessidade), caso se responda positivamente à primeira. Quanto a esta, haveria a análise no sentido de compreender se a limitação a um ou mais direitos fundamentais é realmente necessário “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.”⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável, in Revista dos Tribunais, 798, abr. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45.

⁴⁵⁶ Idem, p.36.

⁴⁵⁷ Idem, p. 38

Assim, só poderíamos aceitar a restrição, por exemplo, do direito da liberdade de expressão, se por nenhum outro meio se alcançaria, em igual intensidade, o objetivo a ser atingido.

Se o intérprete responder positivamente às duas primeiras (adequação e necessidade), deverá passar à terceira e última fase, ou seja, a da proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”⁴⁵⁸

Não havendo hierarquia, a proporcionalidade deve “entrar em cena” de forma a limitar (ou tentar) uma interpretação meramente subjetiva. Embora já se tenha comentado sobre as dificuldades de se utilizar a ponderação como substituto do “bom senso” do julgador (capítulo 3), resta quase que inevitável que a análise das possibilidades jurídicas e fáticas fique sempre num campo em que dependendo da ótica uma ou outra solução seria viável.

Creio que talvez, quando da análise de cada hipótese, a dignidade da pessoa humana seja o fator que “fará a diferença”.

Voltando a nosso exemplo, creio existir, nesse caso concreto, a possibilidade de os princípios da intimidade e da privacidade prevalecerem sobre os princípios da liberdade de expressão e direito à informação.

Se realizarmos a ponderação acima descrita, o deferimento do pedido seria **adequado**, por promover ou fomentar a defesa da intimidade/privacidade, sob o argumento do direito ao esquecimento sob a ótica da dignidade humana, ainda que se admita que o objetivo possa não ser completamente alcançado; seria **necessário**, pois somente com a desindexação teríamos possibilidade de alcançar o objetivo inicialmente perseguido (impossibilidade junto aos provedores de aplicação de busca, de ligação do nome do candidato a fato passado que não lhe diz respeito),

⁴⁵⁸ Idem, p. 40

determinação esta que somente por este modo atingiríamos tal potencialidade; e, haveria **proporcionalidade** (em **sentido estrito**), visto que o direito fundamental preterido (liberdade de expressão/informação na propaganda eleitoral) não estaria atingido em seu núcleo essencial. A eventual retirada do eleitor da possibilidade de saber que parente do candidato já falecido, cometeu há muitos anos um crime, teoricamente em nada, ou muito pouco, afetaria os princípios acima mencionados, sendo, neste caso, a intimidade preservada à luz da dignidade humana, que no presente exemplo tenderá momentaneamente para este lado da balança do sopesamento.

Penso, neste passo, que nesta última etapa serão encontradas as maiores divergências; contudo, como já externado, o objetivo é trazer o leitor a uma reflexão, não havendo pretensão alguma de que não haverão severas críticas à conclusão acima exposta.

Todas as hipóteses que ainda serão analisadas terão a mesma linha de raciocínio, de forma que não se repetirá o penúltimo parágrafo deste capítulo mais adiante.

4.2.6.2 *Posts* ou qualquer divulgação durante o período da propaganda de fatos passados de candidato em que terceiro é afetado

A hipótese ventilada, desta feita, diz respeito a postagens ou veiculação de notícia antiga e verdadeira, de candidato que, disponibilizada, expõe de forma indevida terceira pessoa.

Seria razoável supor-se durante a propaganda eleitoral, veiculação de notícia antiga abrangendo candidato, sendo que ao fazê-lo, terceira pessoa ficaria totalmente exposta à mídia?

Poderíamos pensar em passado onde o candidato teve filho de relacionamento extraconjugal. Imaginemos que era prefeito de distante cidade do interior, sendo que a notícia foi veiculada em pequeno jornal local. Sua família o perdoou. A mulher e o filho advindo desta união mudaram-se e moram em outro lugar sem que ninguém na nova cidade seja sabedor de tais circunstâncias. Muitos anos se passaram, e agora

o antigo prefeito resolve novamente se candidatar, desta feita a deputado estadual. Ao expor os fatos acima narrados, a criança ou adolescente poderá ter sua condição divulgada.

A fim de dar cabo aos princípios da informação e liberdade de expressão para bem atender o interesse público do eleitor no sentido de tudo saber sobre o candidato, exporíamos de forma impiedosa filho e mulher de relacionamento extraconjugal, bem como a esposa traída que perdoou o marido?

Como sempre, poderíamos responder que neste sopesamento, o eleitor tem o direito de tudo saber sobre o candidato, ainda mais de fato “tão desabonador”.

Ademais, caso este não quisesse correr o risco de sua vida pregressa ser revelada, não deveria ter se candidatado. É uma linha de raciocínio bastante válida e talvez fosse a escolhida pelo julgador.

Mas se mudarmos um pouco o enfoque. Se não fosse o candidato que pleiteasse a cessação das postagens (remoção de conteúdo) ou desindexação em provedores de pesquisa. E se os terceiros prejudicados batessem às portas da Justiça Eleitoral, e sob o manto da dignidade da pessoa, requeressem o direito ao esquecimento de tal fato ao menos junto a propaganda eleitoral.

A hipótese pode parecer de difícil ocorrência na prática, mas gostaria de lembrar dois fatos. Um ocorrido há mais de 25 anos, outro muito recente.

O primeiro deles, hoje de conhecimento público, bastando poucas palavras no principal buscador da internet⁴⁵⁹ para se verificar a história, a gravidez da repórter M. D., na época em que o então senador F. H. C. pretendia alcançar a chefia do Executivo Nacional. O escândalo do possível adultério poderia sepultar sua chance de disputar a eleição à Presidência da República (sucessão a Itamar Franco). A jornalista foi transferida para a Europa, onde a criança nasceu e o caso foi “abafado”.

⁴⁵⁹ Disponível em: <<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2750537/fhc-nao-e-o-pai-de-filho-de-ex-reporter-da-tv-globodois-testes-de-dna-feitos-em-sao-paulo-e-em-nova-york-revelaram-que-o-ex-presidente-do-brasil-nao-e-o-pai-de-tomas-dutra-schmidt-filho-d>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

Como se sabe, F.H.C. ganhou as eleições em 1994 e 1998, sendo que oficialmente tal fato não foi objeto de expressa menção durante sua campanha.

O segundo deles ocorreu durante as eleições ao governo de São Paulo de 2018. Foi veiculada propaganda do então candidato P. A. S., dando conta que seu filho teria recebido valores do governo federal na forma de patrocínio de peça de teatro que iria produzir (Lei Rouanet). Os valores (14 milhões de reais) teriam sido deferidos pelo então Presidente da República M. T. a pedido do referido candidato.

No caso hipotético acima apresentado e no caso da disputa da Presidência da República, poderíamos ter uma violação intolerável à intimidade e privacidade de terceiros, nascituros, menores ou adolescentes, bem como de suas genitoras, por circunstâncias alheias à sua vontade.

O segundo caso acabou por efetivamente expor o filho do candidato P. S. (governo do Estado de São Paulo).

A Resolução nº 23.551/2017, em seu art. 17 deferiu a terceiros prejudicados o ingresso em juízo nas hipóteses de ofensa à sua pessoa, possibilitando, inclusive, direito de resposta. Ademais, a Resolução nº 23.608/2019 que irá reger as eleições de 2020 manteve referida posição em seu art. 34.⁴⁶⁰

O filho A.J.P.S. ingressou com Representação junto aos juízes da propaganda eleitoral, tendo sido negado seu direito de resposta já que seu pai havia conseguido o mesmo provimento jurisdicional e nesta oportunidade poderia expor seu ponto de vista.

Houve recurso, e o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo houve por bem, por maioria, entender pelo cabimento da pretensão, sendo certo que o Tribunal Superior Eleitoral julgou prejudicado o recurso especial em razão do transcurso da eleição⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Art. 34. Os pedidos de direito de resposta formulados por terceiro, em relação ao que foi veiculado no horário eleitoral gratuito, serão examinados pelo juiz eleitoral ou juiz auxiliar e deverão observar os procedimentos previstos na Lei nº 9.504/1997, naquilo que couber.

⁴⁶¹ TRE/SP. Respe nº 0606070-25.2018.8.26.0000. Relator Designado Des. Waldir Sebastião de Nuevo Campos Junior. J. 24/09/2018.

Observo que na ocasião não houve a utilização da teoria do esquecimento à questão tão delicada quanto a acima apontada (exposição do filho). Fica a indagação se além do direito de resposta e cessação da veiculação da propaganda na rádio e televisão, será que se poderia ter requerido a desindexação da notícia junto aos provedores de busca?

Claro que se poderia argumentar que os mecanismos já existentes pela justiça especializada eleitoral já possuem instrumentos para bem decidir a questão.

Mas, com a devida vênia, não é disto que se trata. Como já visto, podem-se trilhar muitos caminhos para se chegar ao mesmo destino. O que a presente dissertação se propõe é expor algumas hipóteses em que, talvez, o direito ao esquecimento pudesse ser levado como melhor fundamento jurídico do pedido, independentemente de outros mecanismos.

Acredito que em alguns casos, como os acima descritos, o prejuízo à intimidade de terceiros pessoas não ligadas à propaganda eleitoral seja de tal monta, que talvez o remédio processual mais adequado seja o do referido instituto, até porque, uma vez exposto o fato ao grande público, dificilmente será esquecido.

As notícias, *posts* e eventual propaganda na rádio e televisão, se não removidos em sua totalidade, poderiam levar em conta apenas a retirada dos nomes do menor e de sua mãe, no primeiro caso, e a desindexação (dentre outras medidas) das divulgações, no segundo caso, de forma a preservar os fatos sem comprometer a lisura e o princípio da veracidade (capítulo 3) que deve nortear a propaganda eleitoral.

Com relação à editora do jornal onde a publicação foi realizada, haveria necessidade, assim como visto na recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de ordem específica de não menção dos nomes envolvidos (mãe e filho) diretamente à editora do jornal onde inicialmente a publicação foi veiculada e que agora, digitalizada, está disponível via Internet.

Desta forma, repete-se, manteríamos o pleito eleitoral com “críticas ácidas” atinentes a uma campanha, com praticamente toda a vida pregressa do candidato

exposto sem permitir, contudo, que pessoas estranhas a este ambiente tenham sua vida privada noticiada e julgada pela população de forma vil e inescrupulosa.

A colisão da forma como sugerida por Virgílio Afonso da Silva, poderia ser aplicada com base nas regras da proporcionalidade (adequação e necessidade, bem como adotando-se uma proporcionalidade vista em sentido estrito).

4.2.6.3 - Fatos Íntimos, Teoria das esferas, Dignidade da pessoa, Questões de ordem sexual ou de gênero

A privacidade pode ser inserida dentro de certos graus de importância. Consagrada dentre outros direitos (intimidade, honra e imagem – Art. 5º, inciso X da C.F.), a privacidade, em tese, está no mesmo patamar de outras garantias, como a da liberdade de expressão e informação.

Neste ponto, interessante voltar-se à teoria das esferas, que defende que os direitos da personalidade poderiam ser vistos dentro de três círculos.

Na primeira e mais abrangente esfera, estariam inseridos aqueles comportamentos e acontecimentos que, em princípio, não se gostaria que fossem divulgados. Talvez, como exemplo, poderíamos pensar em inimizades, antigos laços políticos, fatos embaraçosos como o de ficar bêbado em festas, etc., acontecimentos estes que durante a propaganda eleitoral, creio, não poderiam ser ocultados do eleitor.

A segunda esfera seria um pouco menor, contida dentro da primeira, do qual se almejava que somente pessoas muito próximas e de confiança soubessem de determinados fatos, sendo, igualmente, de muito interesse individual que tal não se tornasse público, como, por exemplo, críticas ao superior hierárquico, opiniões sobre colegas de trabalho, eventual situação financeira ruim, com conseqüente endividamento e atraso em compromissos já assumidos. Também nesta parte, entendo que os fatos não poderiam ser “escondidos” do eleitor. Igualmente, aqui haveria uma preferência e predominância na ponderação de princípios pela liberdade de informação.

A última esfera, e esta é a que mais nos interessa, seria a menor, inserindo-se dentro das duas primeiras acima descritas, podendo-se qualificá-la como um “quase segredo”, fatos estes dos quais pouquíssimas pessoas teriam conhecimento.

Aqui vem à tona a dignidade da pessoa, pontuando-se que esta é a alma do Estado Democrático de Direito. Posiciona-se como verdadeiro norte para todos os demais princípios, constituindo-se como real autonomia da vontade, junto à própria ética do ser racional, uma vez que havendo autonomia e liberdade para uma autodeterminação em busca de seus próprios conceitos, o homem passa a possuir uma dignidade íntima que somente ele no planeta é detentor.

Estaria lado a lado como outros valores como a justiça, segurança e solidariedade, dando origem aos demais direitos e garantias fundamentais e, neste passo, não estaria sujeita a nenhuma ponderação entre a liberdade de expressão, pensamento, informação, intimidade e privacidade.

A dignidade da pessoa humana, como já ressaltado, só é efetivamente considerada em uma sociedade verdadeiramente democrática, ressaltando-se, ainda que de forma bastante resumida, um pouco da evolução deste conceito desde Atenas, até o momento em que foi reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, emanando e irradiando seu ideal a quase todas as constituições modernas.

A dignidade da pessoa humana teria quase um poder matriarcal perante os demais direitos fundamentais. A eles empresta seu conceito e destaca a todos o caminho que devem trilhar. Como uma mãe, que a todos os filhos ama e educa indistintamente, às vezes ficará mais do lado de um deles, às vezes de outro, sem, contudo, entender que possui especial predileção por nenhum.

Traçando-se uma analogia com a propaganda eleitoral, tem-se que num primeiro momento, ficará mais ao lado da liberdade de expressão e direito à informação, mas, às vezes, talvez dê razão aos “filhos” intimidade e privacidade.

Neste sentido, poder-se-ia imaginar situações que talvez o princípio da dignidade humana pudesse vir à tona, para salvaguardar fatos que não guardam, em princípio, nenhuma relevância pública, mesmo durante a propaganda eleitoral.

Uma primeira hipótese seria a de um candidato que no passado tivesse se envolvido em acidente, do qual infelizmente tivesse sido amputada sua genitália. Não importa que o fato tenha sido ocasionado por acidente de trânsito, do trabalho ou até num desentendimento com a companheira.

O infortúnio ocorreu há bastante tempo e por algum motivo foi noticiado.

Novamente, numa singela pesquisa no principal provedor de busca da internet, encontro notícia⁴⁶² dando conta que W.J.de S. teve seu pênis mutilado por sua então noiva M.P. de R.C. em 2002. A motivação teria sido a desistência do casamento três dias antes da cerimônia. Ela e o pai procuraram dois homens e o “serviço” foi contratado. Foi usada uma faca e ao que consta o pênis foi decepado.

A mandante foi condenada a seis anos de prisão em 2009, ocasião que fugiu, sendo depois encontrada e presa.

Se o nome da vítima for, ainda hoje, “buscado” na internet, se verá que entre outras notícias, aparecerá o fato acima narrado, sendo certo que uma delas informa que o mesmo teve que mudar de nome e cidade em 2014.⁴⁶³

O caso sob o ponto de vista desta dissertação é interessante. Note-se que W.J. de S. teve que mudar de nome para tentar se ver livre de seu passado. Creio que poucos seriam os leitores desta dissertação que concordariam que tal fato fosse explorado negativamente durante a propaganda eleitoral caso referida pessoa resolvesse se candidatar.

Não se descarta a hipótese que o fato fosse divulgado pelo próprio, talvez numa tentativa de induzir o eleitor de como superou as dificuldades que a vida lhe impôs e o quanto é corajoso.

Mas se tal pessoa quisesse que o fato fosse esquecido, creio que nada seria melhor para a fundamentação de seu pedido, o direito a dignidade humana e o direito

⁴⁶²Disponível em: <<https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2014/09/05/noticias-saude,191665/homem-que-teve-penis-cortado-por-ex-noiva-em-minas-pode-voltar-a-ter-v.shtml>> Acesso em: 01 fev. 2020.

⁴⁶³ Disponível em: <<https://recordtv.r7.com/cidade-alerta/fotos/homem-que-teve-penis-cortado-pelo-sogro-muda-de-nome-e-de-cidade-20102018#!/foto/1>>. Acesso em: 01 fev, 2020.

ao esquecimento, com conseqüente ordem para que seu nome fosse desvinculado de qualquer notícia relativa ao crime do qual foi vítima.

Além desta desindexação junto aos provedores de busca na internet, também haveria necessidade de impedimento, ao menos durante a propaganda eleitoral, de todos os jornais, revistas onde ainda se mantém em seu banco de dados digitais tais informações. Se a notícia em si devesse continuar a ser divulgada, ao menos o nome da vítima/candidato deveria ser omitido.

Observo que o Tribunal Superior Eleitoral em 2006 já proibiu adesivos com alusão ao mindinho amputado do então candidato Lula⁴⁶⁴.

Numa segunda hipótese teríamos a atual e crescente possibilidade de mudança de sexo.

Para quem vive da mídia, talvez até haja interesse que se divulgue a informação. O público é avido por notícias desta ordem, buscando incessantemente estar atualizado a qualquer mudança de preferência sexual ou de sexo propriamente dito. Poucos segundos de exposição na mídia, principalmente a televisiva, podem render contratos e por conseqüência recursos financeiros.

Conhecido de todos, estória de filha de ex-cantora. T.M. nasceu do sexo feminino em 1982, tendo assumido ser homossexual em 2006 e posteriormente "homem trans" em 2014. Embora a cirurgia de retirada de seio tenha sido amplamente noticiada, o agora ator ainda deixa no ar se realizou ou não a implantação de uma prótese peniana.

Novamente assevera-se ser o fato interessante para o presente estudo. Mesmo uma pessoa que viva da mídia e das fofocas em torno de seu nome e em especial de sua preferência sexual, mantém certo mistério com relação à implantação ou não da referida prótese.

⁴⁶⁴ Disponível em: <<https://www.pressreader.com/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

Assim, imagine-se um candidato que optou por mudar de sexo. Alterou seus documentos, tomou hormônios e finalmente se submeteu a uma ou mais intervenções cirúrgicas. Seguiu sua vida, mudou de cidade e com o passar dos anos, completamente mudado, resolve se candidatar.

Com que sexo nasceu e como anteriormente se chamava a não ser o próprio candidato, em tese, a mais ninguém interessa. Haveria aqui uma possibilidade de representação junto a Justiça Eleitoral, com base no binômio dignidade humana/direito ao esquecimento, legítima tentativa de desindexação, barrando a possibilidade de que toda vez que seu nome seja buscado na internet, sua vida sexual seja alinhada como as primeiras alternativas de pesquisa, tudo organizado pelos secretos algoritmos de cada provedor de busca.

Não haveria propriamente “notícia sabidamente falsa” nem qualquer infração aos artigos 324, 325 e 326, do Código Eleitoral, nem infringência em tese ao artigo 242 do mesmo diploma legal, mas apenas exposição de algo que, talvez, não possua interesse público/eleitoral. A rigor, tão pouco haveria propaganda que pudesse ser enquadrada como preconceituosa de origem, raça, sexo, cor, idade (art. 22, inciso I, da Resolução 23.610/19 do Tribunal Superior Eleitoral), pois o nome do candidato junto aos buscadores apenas estaria ligado a específico fato passado, nada mais.

Neste ponto, deixo claro que a eventual existência dos chamados *posts*, se maldosos, claro, poderão ser removidos pelos juízes da propaganda eleitoral, com fundamentação jurídica já constante na Lei Eleitoral e nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, mas mesmo aqui o direito ao esquecimento pode ser utilizado como um potente argumento técnico e poderá fazer toda a diferença, sendo, claro, que somente o caso concreto poderá levar o julgador a uma conclusão ou outra.

Também concordo com a argumentação que para muitos eleitores tal fato é relevante. Aparentemente boa parte do eleitorado se atém a assuntos como preferência sexual ou mudança de sexo para a escolha de seu candidato. A forma discreta como o candidato conduziu sua vida após “sua escolha”, e sua opção por não querer que isto venha a público pode ser a chave da decisão.

Fica a hipótese para reflexão. Suponho que aqui haverá bastante divergência de opiniões, mas como já se disse, o objetivo do trabalho não é dar respostas finais, mas sim levar a uma reflexão de alguns casos. Cada um terá provavelmente uma opinião.

Apenas observo que o Tribunal Superior Eleitoral já vem se debruçando com a questão das candidaturas de homens e mulheres transgêneros.

Em março de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu ao responder pela Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.000⁴⁶⁵ que suas candidaturas devem ser contabilizadas nas cotas de gênero nas eleições, bem como que, em querendo, poder ser utilizado o nome social, tanto nas eleições proporcionais quanto nas majoritárias.

Sem querer ser pitonisa, a questão eleitoral de homens e mulheres transgêneros deverá ser a partir das eleições de 2020 cada vez mais polêmica e discutida.

Esclarece-se, outrossim, que os exemplos acima e suas possíveis conclusões levam em conta exclusivamente aqueles que pretendem que seu passado não seja revelado, não possuindo este mestrando, por óbvio, nada contra possíveis candidatos que gostariam de tornar público sua mudança de preferência ou sexo. Acredito que haja exatamente este rumo, ou seja, um número expressivo de candidatos que queiram fazer de suas campanhas uma bandeira contra o preconceito.

A hipótese acima apenas seria voltada para aqueles que não quisessem vincular seu nome a um passado do qual, em tese, nenhuma importância possui com a propaganda eleitoral.

A terceira hipótese diz respeito à notícia de “fraco desempenho sexual” ou tamanho do órgão sexual. Em data não muito distante, a mídia publicou notícia de que um famoso ator e diretor de cinema teria desempenho sexual “abaixo da

⁴⁶⁵ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

média”⁴⁶⁶. Outro site divulgou uma lista de “12 atores que usaram próteses para o pênis parecer maior”.⁴⁶⁷

Lembro que infelizmente o nome de cada um dos “famosos” listados, toda vez que pesquisados na internet, estarão vinculados logo nas primeiras opções de busca à notícia acima mencionada.

Resta a pergunta se não seria o caso de desindexação (ao menos durante a propaganda eleitoral) do nome à “notícia”, caso alguma pessoa ligada à mídia resolvesse se candidatar. Todo o esforço de se credenciar a um cargo no executivo ou legislativo poderia ser prejudicado.

Numa última hipótese penso nas infelizes invasões de privacidade que estão sujeitos pessoas ligadas à mídia (atores/diretores/cantores/escritores, etc.) ou políticos.

Conhecido ficou o caso “Carolina Dieckmann”, que teve fotos íntimas vazadas na internet⁴⁶⁸. A circunstância acabou sendo a principal causa da edição da Lei. 12.737/12 (tipificação criminal de delitos informáticos).

Pois bem. Imaginemos que um candidato tenha sua intimidade exposta na internet bem às vésperas da eleição. Claro, novamente, irá se argumentar que a justiça especializada eleitoral já dispõe de instrumentos para bem tentar neutralizar a divulgação. Novamente apenas fica a indagação se o direito ao esquecimento poderia ao menos “ajudar” neste caso, pedido de desindexação (além de outras providências no âmbito eleitoral).

Deixo claro que fiz referência em nota de rodapé às notícias sensacionalistas, apenas para demonstrar como as mesmas permanecem por anos nos principais buscadores da internet, inexistindo, por óbvio, pretensão de dar às mesmas, importância e destaque como as de jurisprudência e doutrina.

⁴⁶⁶ Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/selton-mello-ignora-boatos-sobre-fraco-desempenho-sexual-problema-nenhum/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

⁴⁶⁷ Disponível em: <<https://www.bol.uol.com.br/fotos/2018/09/08/12-atores-que-usaram-proteses-para-o-penis-parecer-maior.htm?mode=list&foto=1>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

⁴⁶⁸ Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann>>. Acesso em: 06 fev. 2020.

Percebe-se que todas estas notícias efetivamente ocorreram. A pergunta permanece. Será que seria possível, de forma a privilegiar a liberdade de expressão e de informação, permitir-se que fossem “lembrados” por fatos em nada ligados aos princípios que devem reger a propaganda eleitoral (igualdade, legalidade, liberdade de pensamento, veracidade, responsabilidade, anualidade e isonomia)?

O simples fato de quando se buscar pelo nome do candidato, o primeiro ou segundo resultado for à antiga notícia, não poderia expô-lo de forma totalmente indevida, desviando o foco do eleitor para o que realmente não interessa?

Poderia a Justiça Eleitoral, repita-se novamente, somente durante a propaganda eleitoral, determinar aos provedores de busca uma desindexação destes *links*?

Espera-se ao menos a reflexão de cada leitor. Nada mais.

4.2.6.4 Questão religiosa, Testemunhas de Jeová, Transfusão de sangue, Transplante de medula

Como é de amplo conhecimento, há muito no Brasil a liberdade de crença religiosa é a todos assegurada.

A liberdade de crença foi introduzida no pensamento jurídico através da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), o qual ditava que “todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência”. A primeira emenda à Constituição americana (1789) previa que o “Congresso não poderá passar nenhuma lei estabelecendo uma religião, proibindo o livre exercício dos cultos”.

Na França, em 1789, a Declaração de Direitos do Homem, no artigo 10, determinava que “ninguém deve ser inquietado por suas opiniões mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”. Posteriormente, em 1795, a Convenção Nacional ordenou a separação da Igreja do Estado. Nesta seara, “Napoleão assinou, em 1802, uma concordata com a Igreja Católica, tornando-a igreja oficial do Estado [...] e em 1803, confraternizou com as igrejas protestantes”, e em 1905 foi novamente votada a separação entre Igreja e o Estado.⁴⁶⁹

Aos poucos, a ideia de que todos têm o direito de cultuar qualquer crença, sendo livre para escolher a seita religiosa que aprouver, ou até a liberdade da

⁴⁶⁹ JUNIOR, Nilson Nunes da Silva. Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/liberdade-de-crenca-religiosa-na-constituicao-de-1988/>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

descrença, irradiou-se para as constituições modernas e não diferentemente a do Brasil, do qual em seu art. 5º, inciso VI consagrou referido direito fundamental⁴⁷⁰.

Tal se deu com o rompimento da igreja católica com o Estado, com a Proclamação da República em 1891, transformando-se o país, a partir deste ponto, em um Estado Laico.

Para os adeptos da religião Testemunhas de Jeová, o sangue é sagrado e, por isso, não pode haver doação de terceiros. Plaquetas e glóbulos são proibidos. Fundamentam tal entendimento argumentando que tanto no Velho como no Novo Testamento há menção de que devemos nos abster de sangue (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29).

Tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário (RE) 1.212.272, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, do qual já teve repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual, bem como a ADPF-618, de relatoria do Min. Celso de Mello, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que visa assegurar às pessoas ligadas a religião Testemunhas de Jeová, maiores e capazes, o direito de não se submeterem a transfusão de sangue.

No primeiro recurso acima apontado, um paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) necessitou junto à Santa Casa de Misericórdia de Maceió (AL) de cirurgia do coração (substituição de válvula aórtica), momento em que se identificou como testemunha de Jeová, negando-se a submeter-se a eventual transfusão de sangue de terceiros (sangue alogênico). O autor da ação aduz que a direção do hospital condicionou a realização da cirurgia à assinatura de termos de consentimento para caso fosse necessária a transfusão.

Sustenta-se que a exigência foi indevida e que o direito à vida não é absoluto, existindo hipótese constitucional (aqui ambos os lados fundamentam seu pedido baseados no princípio da dignidade humana) e flexibilização infraconstitucional (interrupção da gravidez - artigos 128 do Código Penal⁴⁷¹), competindo somente a ele

⁴⁷⁰ VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; Acesso em: 02 fev, 2020.

⁴⁷¹ Não se pune o aborto praticado por médico:

I - Se não há outra maneira de salvar a vida da gestante.

decidir pelos riscos de uma intervenção cirúrgica, devendo o Estado se abster face tal decisão.⁴⁷²

Em 03/01/2017 foi noticiada uma rara cirurgia⁴⁷³. Fez-se um transplante de medula óssea em paciente Testemunha de Jeová sem transfusão de sangue. A medula é o órgão que produz os elementos mais importantes do sangue (glóbulos vermelhos e plaquetas), e após seu transplante, normalmente se demora 15 dias para iniciar esta função. Na cirurgia realizada no Hospital São Camilo, o hematologista R. L. da S. concordou em realizar o procedimento com a ressalva de que caso houvesse risco de vida, a transfusão seria realizada. Aparentemente, neste caso, tudo correu sem que a transfusão fosse necessária.

Dito isso, penso na hipótese de candidato Testemunha de Jeová que recusou a seu filho a aparentemente necessária transfusão de sangue, sendo que o mesmo veio a falecer.

Sem evidentemente entrar no mérito de qual deverá ser a decisão final sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, acredito que haverá grande dor pela perda do filho, por mais que sua crença fique inabalada.

Se por alguma forma o ocorrido fosse noticiado, será que seria razoável que em busca de informações do candidato na internet, referido fato constasse como primeira opção de pesquisa?

Novamente, creio, estamos diante daquela zona íntima (última e menor esfera) do qual mesmo levando-se às últimas consequências o direito a informação que rege a propaganda eleitoral, aqui tal direito fundamental não devesse prosperar. A “mãe” dignidade da pessoa humana, talvez olhe para seu “filho” intimidade e o abraça, chorando por sua perda, não permitindo que na ponderação de princípios, àquele, desta feita, prevaleça.

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal".

⁴⁷² Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428627&caixaBusca=N>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

⁴⁷³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,AA14069105598,00TRANSPLANTE+DE+MEDULA+E+FEITO+SEM+TRANSFUSAO+DE+SANGUE.html>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

Qualquer que seja a conclusão do Supremo Tribunal Federal, a escolha final e sua consequência, se trágica, ficará, em tese, apenas na consciência de quem a tomou. Torná-la pública não tornaria a disputa “mais democrática”.

Apenas quero deixar claro que a opção religiosa, qualquer que seja, poderá ser divulgada durante a propaganda eleitoral, não havendo aqui, por si só, qualquer óbice sua menção. Nas eleições de 2018, mais de 520 candidatos usaram títulos religiosos no nome da urna, tais como pastor, missionário, padre, frei, reverendo, ou irmão⁴⁷⁴, devendo-se fazer a ressalva que campanhas em templos religiosos são ilícitas, caso se comprove a existência de abuso do poder religioso, tema sempre presente entre as Cortes Eleitorais:

RECURSOS ELEITORAIS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. ACOLHIDO O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA DO PRIMEIRO SUPLENTE DA COLIGAÇÃO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE QUE O PEDIDO OSTENSIVO DE VOTOS DURANTE CULTO E A DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAL DE PROPAGANDA NAS IMEDIAÇÕES DA IGREJA CONFIGURARAM ABUSO DE PODER RELIGIOSO. ILÍCITO CONFIGURADO. RECURSOS DESPROVIDOS, MANTENDO-SE A CASSAÇÃO DO REGISTRO E A DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE.
(TRE/SP. Recurso Eleitoral nº 425-31.2016.6.26.0035. Rel. Des. Cauduro Padin. J. 09/04/2018).

Como em todos os casos, ficará a critério do leitor reflexão acerca da específica hipótese aqui aventada (Testemunha de Jeová/Transfusão de Sangue/Morte de Filho/Divulgação/Direito ao Esquecimento/Propaganda Eleitoral), hipótese ao menos na seara eleitoral, inexistente até o momento na jurisprudência.

A colisão de princípios se resolverá conforme já exposto nesta dissertação.

4.2.6.5. Desindexação, Competência para determinação de empresas que possuam ao menos filial no país, Efeito “Barbara Streisand”

De tudo o que se viu até agora, penso que para muitos a conclusão será no sentido de que a Justiça Eleitoral já possui meios suficientes para bem solucionar de forma efetiva eventuais abusos e ofensas aos chamados direitos à personalidade.

⁴⁷⁴ Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/20/mais-de-500-candidatos-usam-titulos-religiosos-no-nome-de-urna.ghtml>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

Talvez até admitam que a teoria do direito ao esquecimento possa ser inserida na fundamentação para a remoção de conteúdo, para casos de desinformação (antiga Fake News), crimes previstos nos artigos 324, 325 e 326 e infringência ao artigo 242, todos do Código Eleitoral.

Contudo, se dúvida ainda persiste, importante pontuar que a hipótese do uso da referida teoria junto à propaganda eleitoral tenha como principal objetivo a obtenção de ordem judicial para a desindexação de notícias junto aos principais provedores de busca da Internet. Aqui reside, a meu modo de ver, toda a força do instituto caso se considere cabível a hipótese.

Ao se desvincular *links*, quase que anulamos a vinculação de um nome a fato passado e, conforme já visto, talvez em algumas hipóteses isto seja razoável, mesmo diante do curtíssimo prazo em que a propaganda eleitoral se realiza.

Para tanto, creio ser pertinente ao leitor a correta dimensão de exatamente o que isso significa.

Para tanto, transcreverei trechos sobre o assunto de Marcel Leonardi, reconhecido *expert* sobre o tema.

Para referido autor:

É preciso compreender que um mecanismo de busca é essencialmente um conjunto de programas de computador que executa diversas tarefas com o objetivo de possibilitar a localização de arquivos e *Websites* que contenham ou guardem relação com a informação solicitada pelo usuário. O funcionamento desse sistema envolve a utilização de palavras-chave fornecidas pelo usuário, as quais são procuradas em índices criados pelo próprio mecanismo de busca a partir de visitas automatizadas a *Websites* realizados por *softwares* específicos, conhecidos como robôs. Quando as palavras chave são localizadas neste índice, uma lista contendo os *links* a elas relacionados é apresentada ao usuário, possibilitando o acesso às informações que foram encontradas conforme os termos da pesquisa especificada.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ LEONARDI, Marcelo. Fundamentos de Direito Digital. Revista dos Tribunais. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019. pp.168/169.

Há constante pesquisa em tudo que circula em termos de publicação pela Internet, indexando-se por meio de algoritmos as palavras digitadas pelo usuário a específicos *links*.

Ainda o mesmo autor:

Note-se que os mecanismos de busca não vasculham todo o conteúdo da *Word Wide Web*. É possível impedir a indexação de partes ou da íntegra de um *Website*, por meio de um procedimento técnico simples: os mecanismos de busca são configurados para respeitar as instruções contidas no *Robot Exclusion Standard*, ou Protocolo de Exclusão de Robôs, que consiste em um arquivo, intitulado *robots.txt*, localizado no diretório raiz de um servidor, *Web*, contendo instruções a respeito de quais arquivos ou subdiretórios devem ou não ser indexados. Porém, esse procedimento apenas impede que essas informações sejam indexadas, mas elas podem ser acessadas por quem utilize o endereço eletrônico correto.⁴⁷⁶

Desta forma, clara fica a possibilidade técnica de se oficial no sentido inverso, ou seja, a da desindexação, impossibilitando-se o aparecimento de *links* considerados impróprios como resultados de uma pesquisa. A fim de se dar mais efetividade ao provimento jurisdicional, quanto mais específica for à palavra-chave e a menção de quais *links* não mais se queira que apareçam no resultado da busca, mais efetiva será a concretização do almejado direito ao esquecimento.

Nunca é demais mencionar que tal procedimento muitas vezes é criticado, sob a argumentação de serem os provedores de busca meros “apanhadores” de *links* que circulam na *WEB*, não lhes competindo qualquer responsabilidade ou atribuição. A demanda deveria, em tese, ser destinada a quem efetivamente fez e publicou a notícia.

Não há como não se concordar com a tese, mas o fato, e entendo não haver como se negar, é que sem a “ajuda” de tais provedores, praticamente zero seria a possibilidade de se buscar uma determinada notícia diretamente na fonte.

O autor acima mencionado posiciona-se contra o direito ao esquecimento, citando vários exemplos de países como Japão, Austrália, Colômbia, Chile e até a França, dos quais praticamente foi decidido, ao menos em sua visão, não ser possível

⁴⁷⁶ Ibid., p. 169.

a aplicação do direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e informação, contudo é obrigado a fazer um contrapondo ao afirmar que:

Não deixa de ser interessante observar, porém, que esse raciocínio pode ser igualmente utilizado para fundamentar a possibilidade de remoção e de alteração de resultados do índice: se o mecanismo de busca funciona de modo automatizado, não faz sentido falar em “liberdade de expressão de pensamento” de softwares; por outro lado, se um mecanismo de busca goza, de fato, dessa liberdade, deve aceitar as limitações que ela pode ocasionalmente sofrer e defesa de outros interesses legítimos.⁴⁷⁷

Outro ponto interessante é a questão da territorialidade. Se todas as hipóteses acima aventadas fossem praticadas no exterior? Teria o magistrado nacional competência para realizar ordem de desindexação?

Parte da resposta está no artigo 21 do Código de Processo Civil⁴⁷⁸, do qual fixa como sendo o domicílio do réu, o local de cumprimento da obrigação. Consideram-se no caso de pessoa jurídica estrangeira a que tiver domicílio no país, sendo agência, filial ou sucursal.

Por outro lado, a lei que instituiu o Marco Civil da Internet sujeitou os provedores de aplicação ou conexão sediados no país, mesmo que por mera filial, à legislação brasileira, a saber:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público

⁴⁷⁷ LEONARDI, Marcelo. Fundamentos de Direito Digital. Revista dos Tribunais. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 174.

⁴⁷⁸ Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Claro que há resistência de toda ordem de empresas que possuem filiais no País, mas é essa a nossa legislação, e a meu ver, se não concordam, que se retirem.

Assim, será perfeitamente possível a determinação de desindexação e remoção de conteúdo aos referidos provedores mesmo com sede matriz sediada fora do País.

Contudo, com relação a empresas que não tem qualquer vínculo no Brasil, como no caso da maioria das revistas, jornais, blogs do exterior, não há como se determinar a elas o cumprimento de ordem judicial.

Antes de terminar, gostaria de mencionar um último ponto.

A experiência mostra que às vezes, a notícia de que se pretende impedir uma divulgação de algum fato, foto ou vídeo aguça ainda mais a curiosidade alheia. Tal é conhecido como “efeito Barbara Streisand”.

Em 2003, a referida cantora e atriz norte-americana acusou um fotógrafo de ter violado sua privacidade ao postar na internet fotos de sua mansão. Na verdade, se tratava de um levantamento de fotos aéreas da costa da Califórnia. Houve demanda judicial, tendo a referida atriz perdido a ação.

Ocorre que antes do ajuizamento, apenas 6 pessoas haviam acessado a referida foto. Posteriormente, com a repercussão do caso, o site onde estava hospedada foi acessado 420 mil vezes só em abril de 2003. Este fenômeno ganhou a nome acima descrito⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/10/o-que-e-efeito-streisand-fenomeno-viraliza-segredos-de-famosos.ghtml>>. Acesso em: 06 fev. 2020.

Fato parecido ocorreu com a apresentadora Xuxa. Com a divulgação da notícia da tentativa da remoção de conteúdo ou de desindexação. A tentativa de impedir acesso a antigo filme do qual foi uma das protagonistas, levou um número enorme de pessoas a tentarem ver o que ela “tentava esconder”. Talvez se deixasse o tempo passar, muito poucas pessoas ainda se lembrariam daquelas cenas.

Acredito que caberá ao candidato a perspectiva da análise da melhor alternativa. O efeito de seu pedido, se divulgado, trará uma avalanche de curiosos que jamais ouviram falar do caso. Talvez, dependendo da específica situação em concreto, poder-se-ia pensar em pedido de segredo de justiça, outro assunto polêmico. Evidentemente, as críticas ganharão força.

Já se estaria barrando a liberdade de expressão e informação e ainda os autos tramitariam em segredo de justiça. O magistrado seria certamente considerado um censor, típico das ditaduras.

Contudo, “data vênia”, caso não se tome esta providência e levando-se em conta do “efeito Barbara Streisand”, na prática a demanda poderá ter consequências desastrosas.

Nota-se que o Art. 14, § 11 da Constituição da República determina que para as ações de impugnação de mandato eletivo devam tramitar em segredo de justiça, circunstância que levou a jurisprudência a entender:

Consulta. TRE. Ação de impugnação de mandato eletivo. Segredo de justiça. O trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público. Precedentes.” (Res. no 21.283, de 5.11.2002, rel. Min. Ellen Gracie, no mesmo sentido o Ac. no 31, de 15.10.98, rel. Min. Edson Vidigal.).

Assim, embora o tramite das chamadas AIME seja em segredo de justiça, seu julgamento deverá ser público. Nesta linha, dependendo do caso, poderá o interessado da desindexação requerer que seu processo seja realizado sob o manto do segredo de justiça, a fim de que não haja indevido aproveitamento de notícias passadas junto a mídia, pois caso contrário, irá aguçar a curiosidade da grande maioria que sequer tinham conhecimento dos fatos ali descritos.

O presente trabalho não procurou trazer certezas, mas sim reflexões sobre a possibilidade do uso do direito ao esquecimento junto à propaganda eleitoral.

Tratando-se de tema pouco explorado, a reflexão do tema pode trazer novas soluções a eventuais abusos durante a propaganda eleitoral e, quem sabe, dar maior efetividade a esta justiça especializada.

CONCLUSÃO

Historicamente, a origem da democracia está atrelada à Atenas, na Grécia Antiga, onde era exercida diretamente pelos cidadãos que influenciavam nas decisões da sociedade e no destino da *pólis*. Dessa forma, as decisões gozavam de maior aceitação, pois eram tomadas com base na vontade popular.

Após o fracasso da experiência dos antigos, o que aliás, como visto, foi bem tímida para os padrões atuais, a democracia vista como possibilidade de participação popular na escolha de representantes e de um Estado que garanta as liberdades individuais pouco se destacou ou evoluiu, prevalecendo no mundo ocidental outras formas de governos, em especial as monarquias absolutistas.

Posteriormente, o primeiro movimento no sentido de restringir o poder do soberano, considerado o cerne do pensamento democrático, está na Magna Carta assinada por João Sem Terra, rei da Inglaterra, em 1215. O documento, também conhecido como *Magna Charta Libertatum*, dentre outros itens, destacava que aumento de impostos e criação de novas leis deveriam passar obrigatoriamente pelo conselho de nobres.

Com a Revolução Gloriosa (1688), a Independência das 13 Colônias Americanas (1786) e a Revolução Francesa (1789), abriu-se caminho para o Estado de Direito e ao Estado Democrático e de Direito, que por sua vez começaram a garantir os chamados direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade de expressão e de pensamento, bem como o direito à informação, à intimidade e à privacidade.

A alternância de poder, vinculada a uma estrutura de partidos fortes e representativos de todas as vertentes da sociedade, onde as ideias sejam livremente debatidas, é a essência de um país que respeita seus cidadãos. A possibilidade de todos se elegerem ou de participarem efetivamente da eleição de seus representantes é o cerne da verdadeira democracia, havendo um longo caminho a percorrer.

A teoria do direito ao esquecimento é centrada no conceito da dignidade humana, representada pelo combate de dois exércitos - de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação, e de outro a privacidade e a intimidade -,

verdadeiros combatentes, lutando frente a frente, para, em cada caso, verificar-se quem irá vencer.

O princípio da dignidade humana em muitos sentidos é a alma do Estado Democrático e de Direito, verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, refletindo, mesmo que abstratamente, os maiores ideais do constituinte. Age a dar a cada cidadão, sob a égide da constituição, uma proteção quase matriarcal. O homem não pode ser tolhido em sua liberdade, tem direito a pensar e de se expressar, tem direito a ser bem informado, de ter sua intimidade e privacidade protegida, tem direito de participar da escolha de seus representantes, tem direitos que devem ser minimamente atendidos, como a alimentação, moradia, educação, saúde, e assim por diante.

Os direitos fundamentais, como decorrentes da dignidade humana, começaram a ser pensados como regime jurídico diferenciado, posto possuir superioridade sobre os outros institutos, sendo um limite à vontade das majorias que porventura queiram traspor estes direitos. Contudo, não são absolutos. Possuem limites imanentes, que fazem parte das coisas (direitos dos outros), ou limites expressos no ordenamento. Estão sujeitos a colisões. É uma reserva de justiça face o estado, mas há conflitos. O art. 60, § 4º da Constituição Federal, trata como cláusula pétrea referidos direitos. Possui eficácia, aplicação imediata, segundo art. 5º, § 1º do mesmo diploma legal, ou seja, se o legislador mitigar desfavoravelmente algum destes direitos, caberá intervenção do Poder Judiciário.

A liberdade de expressão é fundamento e elemento essencial da própria ideia de democracia, sendo certo que a garantia de seu exercício é fundamental para que prevaleça efetivamente a supremacia da vontade do povo. Não se podem conceber restrições à forma de pensar e de se expressar livremente num estado democrático e de direito, sem que tal situação não seja taxada de retrógada e ditatorial. Há necessidade de se falar e de se ouvir o que todos têm a dizer, realizando-se numa etapa posterior, cada um diante do seu livre arbítrio, as conclusões para a tomada de posição diante de cada fato da vida.

Embora constitua espécie da liberdade de expressão, a liberdade de informação tem conteúdo próprio, por corresponder ao direito de transmissão e comunicação de fatos por qualquer meio, diferenciando-se tanto da liberdade de expressão em sentido estrito quanto da liberdade de imprensa.

Contudo, é certo que a liberdade de expressão e o direito à informação não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição, notadamente com relação a possível colisão com os direitos da personalidade (arts. 5º, X, e 220, §1º), garantia da segurança pública (art. 5º, XIII) e da infância e adolescência (art. 21, XVI), e regramentos dos meios de comunicação social (art. 221).

O interesse público na veiculação de informações é presumido, sendo certo que essa presunção somente pode ser afastada por decisão judicial, após ponderação da liberdade de expressão frente a outros direitos fundamentais também protegidos constitucionalmente.

No âmbito eleitoral, a eventual colisão da liberdade de expressão com outros direitos da personalidade assume especial relevância, notadamente diante do fato de que a crítica, ainda que contundente agressiva ou imprópria, faz parte do debate eleitoral, sendo essencial à discussão de ideias e à formação do convencimento do eleitor. Nesse contexto, os direitos à privacidade, intimidade e segredo têm proteção mitigada frente ao direito dos cidadãos de obterem informações de interesse público para formação do voto.

Em caso de colisão de princípios, de acordo com os conceitos de Dworkin e Alexy, em que não haja solução expressa na lei para o caso concreto, os princípios devem ser obrigatoriamente sopesados. Assim, caberá num primeiro momento fixar normas e princípios relevantes para a solução do litígio, para posteriormente verificar os fatos e circunstâncias do que se apresenta em concreto. Numa terceira etapa decisória, a repercussão e peso de cada grupo normativo será avaliado e, ao final, será fixado qual deve prevalecer.

As críticas sobre o subjetivismo a que pode ser levado o julgador ao realizar eventual ponderação são mais realizadas quando se declara inconstitucional lei que não está, em tese, contrária a nenhum artigo expresso da constituição. Mas quando

da colisão de princípios, mesmo se utilizando da ponderação acima disposta, não há como de uma forma ou outra, levar-se em conta alguns aspectos subjetivos, que dependendo do ponto de vista de cada intérprete, deve ou não prevalecer.

O direito ao esquecimento possui papel relevante no debate público brasileiro, pois, embora não esteja explicitamente delineado por norma jurídica, tem proteção assegurada como corolário do princípio da dignidade humana e e, notadamente, da proteção à intimidade, vida privada, honra e a imagem.

O direito ao esquecimento nasce quando se verifica a ausência de necessidade da divulgação da informação indesejada, tendo lugar quando ocorre abuso no exercício da liberdade de expressão e do direito à informação. A ideia central se baseia no conceito de que embora verdadeiro, o fato não é mais relevante, inexistindo interesse público em sua divulgação.

O que se geralmente almeja, no ponto de vista pragmático, com a proteção do referido direito, é que, por intermédio do controle exercido pelo indivíduo detentor do direito, também chamado de autodeterminação informativo, ocorra o abrandamento dos efeitos do fato antigo que gera desonra ao indivíduo, de modo que sua repercussão não venha a se perpetuar ao longo de sua vida, trazendo-lhe angústia, tristeza e desprezo social.

O marco inicial é o famoso “Caso Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF). No Brasil, todavia, o direito ao esquecimento, embora reconhecido pela doutrina, jurisprudência e implicitamente protegido pela legislação, sofre com enorme óbice ante a amplitude de proteção que se confere ao direito de expressão e de informação.

O direito ao esquecimento se relaciona substancialmente com a restrição de veiculação de informações depreciadoras quando estas não sejam devidamente justificadas no tempo em que se encontrarem disponíveis.

O direito ao esquecimento não visa “apagar” da memória fato passado nem reescrever a história. O que se busca é o impedimento da utilização indevida destes fatos, com prejuízo ao indivíduo.

Nos casos Lebach, Doca Street, Aida Curi e Chacina da Candelária, buscou-se impedir a divulgação de programas de televisão que visavam reviver fatos passados praticamente esquecidos da opinião pública, inexistindo qualquer relevância real a exposição dos então protagonistas ou de familiares que gostariam que o evento fosse esquecido.

A União Europeia, pelo Tribunal de Justiça Europeu, abriu a porta para a extensão da responsabilização pela disponibilização de informação ofensiva aos responsáveis pelos motores de busca.

O direito à informação, embora pouco enfatizado quando confrontado com outros princípios fundamentais (liberdade pensamento/expressão), mostra-se particularmente importante na propaganda eleitoral. O eleitor tem o amplo direito de ser informado de todos os aspectos passados e presentes tanto do partido quanto do candidato, para somente após firmar seu convencimento de qual é a melhor escolha.

No âmbito eleitoral, o interesse público deve prevalecer como regra. Evidentemente, se comparado ao cidadão comum, a publicidade sobre a vida pregressa do candidato é significativamente maior, não se tratando de modo geral de violação à vida privada ou à sua intimidade, e muito menos de ofensa à dignidade humana.

Embora relativamente recente, o chamado direito digital entrou de vez na propaganda eleitoral, tendo em vista a possibilidade de alcance das chamadas mídias eletrônicas e redes sociais, em que a difusão de informação e velocidade do número de pessoas atingidas em tempo nunca imaginado atrai, até pelo baixo custo, cada vez mais candidatos, motivo pelo qual, talvez, deixarão tanto a rádio quanto a televisão, com o tempo, em segundo plano.

Uma vez deferido e transitado em julgado o provimento jurisdicional na esfera civil, tornando certa a questão sob o manto da coisa julgada (vide artigos 502 e 503 do CPC), creio que mesmo que não anteriormente pensado sob o prisma do direito eleitoral, tal não poderá ser desrespeitada durante a propaganda eleitoral.

Em não havendo decisão definitiva, dependendo do caso específico, principalmente se houver omissão de que o autor é ou poderá ser candidato a disputar uma eleição, em tese a justiça eleitoral poderia, durante o curto prazo da propaganda, analisar o cabimento da demanda, inexistindo, contudo, a possibilidade de reunião de ações, perdendo, de qualquer forma, eficácia à decisão após o dia do pleito.

A Resolução nº 23.551/2017, que regulou a propaganda eleitoral nas eleições de 2018, dispôs que toda remoção de conteúdo deferida durante a propaganda eleitoral perdia sua validade após a eleição, ficando a cargo do suposto prejudicado, em querendo, buscar na Justiça Comum a continuação da remoção ou qualquer outro provimento jurisdicional que entendesse cabível. Já a atual Resolução nº 23.610/19, houve por bem entender que havendo trânsito em julgado da decisão que deferiu a remoção de conteúdo de textos ou vídeos da internet, permanecerão eficazes para todos os efeitos, permanecendo apenas durante a propaganda àquelas liminarmente concedidas, mas posteriormente não confirmadas em definitivo.

A jurisprudência internacional e nacional já reconheceu ser possível a desindexação, em provedores de busca da internet, de determinadas palavras, de forma a impedir que por mera curiosidade ou maldade, fatos passados sem qualquer relevância fiquem ao alcance de qualquer um.

A análise do cabimento do direito ao esquecimento na propaganda eleitoral, com conseqüente retirada de conteúdo ou vedação de pesquisa em buscadores da internet (desindexação), deve ser feita no caso concreto.

No contexto da propaganda eleitoral, surgem indagações. Seria viável que as buscas da internet ou candidatos opositores, utilizando-se de fato ocorridos no passado com familiar de candidato, fizessem publicações ligando um a outro, levando o eleitor a concluir de forma sublinear que na realidade todos teriam, de certa forma, índole criminosa? Seria possível a veiculação de posts ou qualquer divulgação durante o período da propaganda de fatos passados de candidato em que terceiro é afetado? Seria possível que fatos íntimos ou de ordem sexual ou de gênero, sem o consentimento do candidato, fossem encontrados como primeiro item de pesquisa quando buscado nos provedores de acesso a internet? Seria possível que fatos trágicos relativos a questões religiosas, especialmente com as chamadas

Testemunhas de Jeová, no tocante a transfusão de sangue/transplante de medula, fossem exploradas e constassem como primeira opção de busca na internet?

Sem ter a pretensão de ser a “última palavra”, o presente trabalho busca a reflexão, propondo-se, com base na ponderação, a aplicação da teoria do esquecimento durante a propaganda eleitoral a cada um dos casos.

De acordo com os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, o deferimento do pedido seria adequado, por promover ou fomentar a defesa da intimidade/privacidade sob o argumento do direito ao esquecimento sob a ótica da dignidade humana, ainda que se admita que o objetivo possa não ser completamente alcançado; seria necessário, pois somente com a desindexação teríamos possibilidade de alcançar o objetivo inicialmente perseguido (impossibilidade junto aos provedores de aplicação de busca, de ligação do nome do candidato a fato passado que não lhe diz respeito/exposição de terceiros alheios ao processo eleitoral/fato íntimo ou de gênero/negativa de transfusão de sangue de Testemunha de Jeová), determinação esta que somente por este modo atingiríamos tal potencialidade; e, haveria proporcionalidade (em sentido estrito), visto que o direito fundamental atingido (liberdade de expressão/informação na propaganda eleitoral) não estaria atingido em seu núcleo essencial. A eventual retirada do eleitor da possibilidade de saber os fatos acima narrados teoricamente em nada, ou muito pouco, afetaria os princípios acima mencionados, sendo, neste caso, a intimidade preservada a luz da dignidade humana, que nos presentes exemplos tenderá momentaneamente para este lado da balança do sopesamento.

Embora o tramite das chamadas AIME seja em segredo de justiça, seu julgamento deverá ser público. Nesta linha, dependendo do caso, poderá o interessado da desindexação, requerer que seu processo seja realizado sob o manto do segredo de justiça, a fim de que não haja indevido aproveitamento de notícias passadas junto à mídia, pois caso contrário, irá aguçar a curiosidade da grande maioria que sequer tinham conhecimento dos fatos ali descritos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Lenine Póvoas de. **Os limites da Liberdade de Expressão em Matéria Eleitoral**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 20 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4).

ALENCASTRO, Emiliane. **Interconexões do Direito Eleitoral com o Direito Constitucional**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 20 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4).

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, José Mauricio Pinto de. **O Poder Judiciário Brasileiro e sua Organização**. Curitiba: Juruá, 1992.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. **Direitos Humanos**. LTr: São Paulo 2016. pp. 12/13.

ARISTÓTELES. **A Política**. Livro IV – seções 1290a-1290b.

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

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade**. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. *Temas de direito constitucional – tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004.

BECKER, Paula. **O que é democracia?** Luanda: Friedrich Ebert Stiftung, 2011.

BERNARDES, Camila Fernandes Santos. CALCAGNO, Matheus Braga. **A dignidade da pessoa humana como norma-princípio e seus reflexos frente à concretização dos direitos fundamentais sociais**. Direitos sociais e políticas públicas II. ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende... [et al.] (Coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c929f2210333206f>>. Acesso em 08 jun. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Humor, política e jurisdição constitucional** – O Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 130.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAZANS, Paulo Murillo. **A liberdade de expressão como expressão da liberdade**. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). Temas de constitucionalismo e democracia, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro**. Revista Seqüência: Florianópolis, n. 76. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. 14ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> Acesso em: 20 dez. 2018.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. **Evolução da doutrina da dignidade da pessoa humana**. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/evolucao-da-doutrina-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELITTI, Luana Souza. **Qual a diferença entre sufrágio, voto e escrutínio.** Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2157529/qual-a-diferenca-entre-sufragio-voto-e-escrutinio-luana-souza-delitti>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

DER SPIEGEL. VERBRECHEN/LEBACH: Das Trio. 1970. Disponível em <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44944051.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

DER SPIEGEL. VERBRECHEN/LEBACH: **Der dritte Mann.** 1969. Disponível em <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45741420.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos** – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Direito de Informação:** Dimensão Coletiva da Liberdade de Expressão e Democracia. Revista Jurídica Cesumar, v. 16, n. 3. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4973>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados:** direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, v.88, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira.** Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FIORITO, Mauricio. Justiça Distributiva e a Equidade. Visão de Aristóteles. Aplicação na Justiça Eleitoral. In: **XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO**, 28, 2019. Anais (on-line). Goiânia, GO: CONPEDI, 2019. pp 181-201. Disponível em:

<<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/4vwz838t/uz1QF9pAXz5s75gV.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

FIORITO, Mauricio. Soberania Popular Exercida pelo Sufrágio Universal e pelo Voto Direto e Secreto – Constituição Federal, art. 14 – Urna Eletrônica no Brasil – Segurança e Agilidade. In: **Direito e Justiça**. Número VIII, Ano V. Curitiba: Juruá Editora, 2019, pp. 321/336.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. Vol. 1. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FUX, Luiz. **Princípios de Direito Eleitoral**. In: Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coord.). São Paulo: Atlas, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. v. I. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 153.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 9ª ed. Malheiros: São Paulo, 2018.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do direito constitucional**: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 859/2007. pp. 81-91. Mai/2007. DRT\2007\339. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2018/03/HORBACH-A-nova-roupa-do-Direito-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

JORGE, André Guilherme Lemos. **Manual de Estudos de Direito Eleitoral e Jurisprudência**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2016.

JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. **Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas**: a influência do poder econômico sobre a democracia. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 87-104, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p87>. Acesso em 09 abr. 2019.

JUNIOR, Nilson Nunes da Silva. **Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988**. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/liberdade-de-crenca-religiosa-na-constituicao-de-1988/>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 1. Ed. Lisboa: Edições 70, 2007, pps. 77/78.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. **As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEONARDI, Marcelo. **Fundamentos de direito digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Democracia na atualidade**. Folha de São Paulo, São Paulo, 04/12/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/12/democracia-na-atualidade.shtml>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Revoluções Burguesas**: Contribuições para a Conquista da Cidadania e dos Direitos Fundamentais. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 7, n. 12 (2016), pp. 95/114. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3588/2559>. Acesso em: 11 fev. 2019.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento**: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 199, jul./set. 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights Americano**: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: DelRey, 2016.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **O direito ao esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de direitos fundamentais**: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista Seqüência: Florianópolis, n. 48, p. 100, jul. de 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. Volume 1. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Filomeno. **Sufrágio, voto e sistema eleitoral no Brasil**: descaminhos e caminhos da inclusão política. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 188-189 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 1).

OSORIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PINHEIRO, Marcio Alves. **As características dos superprincípios jurídicos estabelecidos nos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil**. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9834/as-caracteristicas-dos-superprincípios-jurídicos-estabelecidos-nos-princípios-fundamentais-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

PINO, Martim Manuel; GONÇALVES, Diego Marques. **Os direitos à intimidade e à privacidade em face aos mecanismos de coleta de dados pessoais na rede mundial de computadores**. Revista PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 n. 03. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/102017/01102017.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PREZOTTO, Mauro Antônio. **Propaganda eleitoral negativa como instrumento de convencimento do eleitor**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4).

RAIS, Diogo e CASTRO, L.N. **A comunicação em tempos de Big DATA e inteligência artificial**: a campanha digital de Donald Trump e o futuro de marketing eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA,

Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Constitucional Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 4).

RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGGETTI, Pamela. **Direito eleitoral digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dário. **História da filosofia**. Antiguidade e Idade Média. Vol. I, 4 ed. São Paulo: Paulus, 1990, pag. 567.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3ª ed., São Paulo: Publifolha, 2013.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. In: ROLLO, Alberto (Org.). **Eleições no Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSENFELD, Denis L., **O que é democracia**. 5ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTANA, Raquel Santos. **Dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**. 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito ao esquecimento e a nova decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**. Revista Consultor Jurídico, 07.12.2019, 8h00. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-07/observatorio-constitucional-direito-esquecimento-tribunal-constitucional-alemanha>. Acesso em 25 jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Revista Consultor Jurídico, 22.05.2015, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 13 set. 2019.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHREIBER, Simone. **Liberdade de expressão**: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no direito público no Brasil**, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SILVA FILHO, Lídio Modesto. **Propaganda eleitoral**: De acordo com a minirreforma eleitoral e com as Resoluções 23.551/2017 e 23.554/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Evolução dos Direitos Fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005).

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, 798, abr. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243.

SZANIAWSKI, ELIMAR. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade**. In: MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JR., Antônio Jorge (coords.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras e Centro de Extensão Universitária, 2005.

TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero, 2012.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, nº 200, out./dez/ 2013, p. 61-62.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, nº 200, out./dez/ 2013.

UNESDCO. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Universal Declaration of Human Rights**. 1948. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em 20/12/2018

VARGAS, Marco Antônio Martins; KIM, Richard Pae. **Fundamentos da democracia e o voto facultativo**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Cord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VENDRUSCOLO, Maria Tagliari ; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. e. **Políticos candidatos e o direito ao esquecimento** - (Im) possibilidade de aplicação na propaganda eleitoral obrigatória no rádio e televisão. Revista da Esmesc, Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 49-80, dez. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. **O direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira**: Incompreensões sobre o Tema, Limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual. Rio de Janeiro, 2017. Tese de Doutorado; Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 14.

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. **A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro**. PublicaDireito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Novo CPC e o processo eleitoral**: solução para o problema do julgamento de demandas fundadas nos mesmos fatos? Jornal Carta Forense, 02.06.2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/novo-cpc-e-o-processo-eleitoral-solucao-para-o-problema-do-julgamento-de-demandas-fundadas-nos-mesmos-fatos/15415>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZILIO, Rodrigo López. Direito eleitoral. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.