



Rodrigo Gaspar de Mello

**Liberdade de Expressão, Honra e
Responsabilidade Civil**

**Uma proposta de adoção da doutrina da malícia real
como meio de combate à censura judicial no direito
brasileiro**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Volume I

Rio de Janeiro
Setembro de 2016



Rodrigo Gaspar de Mello

Liberdade de Expressão, Honra e Responsabilidade Civil

Uma proposta de adoção da doutrina da malícia real como meio de combate à censura judicial no direito brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Caitlin Sampaio Mulholland

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Florian Fabian Hoffmann

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Cláudio Márcio de Carvalho Chequer

Faculdade Redentor – Itaperuna

Prof. Mônica Herz

Coordenadora Setorial de Pós-Graduação e Pesquisa do
Centro de Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2016

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, orientador e da universidade.

Rodrigo Gaspar de Mello

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (dezembro de 1995) e Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (julho de 2012). Atuou como advogado e procurador federal e foi membro da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia-Geral da União. É juiz federal desde novembro de 2007.

Ficha Catalográfica

Mello, Rodrigo Gaspar de

Liberdade de Expressão, Honra e Responsabilidade Civil. Uma proposta de adoção da doutrina da malícia real como meio de combate à censura judicial no direito brasileiro / Rodrigo Gaspar de Mello; orientador: Fábio Carvalho Leite. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

342fls.; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas

1. Direito – teses. 2. Liberdade de expressão. 3. Honra. 4. Responsabilidade Civil. 5. Censura judicial. 6. Doutrina da Malícia Real. I. Leite, Fábio Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Dedicatória

À Debora, companheira de sempre, incentivadora de tudo, você tinha razão (de novo!);

À Giuliana, para que persevere nos estudos, não só para entender e interpretar o mundo, mas, principalmente, para modificá-lo: “amanhã, tudo seremos!”

A meus pais, Sérgio e Regina, e a meus avós, Cinira de Mello Pinheiro e Narciso Pinheiro Filho, *in memoriam*, saudades sempre;

Aos jornalistas independentes que exercem em seu dia a dia o direito à liberdade de expressão, apesar de todas as restrições – não apenas legais – ainda hoje existentes em nosso país;

Aos advogados, juízes e professores de Direito que atuam em defesa da liberdade de expressão.

Agradecimentos

Ao Professor Fábio Leite que, há alguns anos, despertou-me a vontade de enfrentar o desafio que é o estudo da liberdade de expressão. Trata-se de um dos direitos fundamentais mais relevantes para o exercício do governo democrático, mas que é pouco estudado entre nós. Se não é completamente desconhecido em seus aspectos jurídicos, é certamente negligenciado por grande parte dos juristas brasileiros, inclusive os constitucionalistas. Agradeço-lhe por ter, mais uma vez, aceitado orientar a elaboração de um trabalho acadêmico de minha autoria sobre a liberdade de expressão, agora em nível de doutorado. Espero poder corresponder às expectativas, apresentando um trabalho que contribua para o avanço do conhecimento sobre a liberdade de expressão e para o fortalecimento da democracia.

À Professora Christine Cervenak que, generosamente, abriu-me as portas da University of Notre Dame, permitindo-me explorar a riquíssima biblioteca da ND Law School com seu grandioso acervo de livros e artigos jurídicos e aprofundar os estudos sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos.

A todos Coordenadores, Professores e Secretários do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC–Rio pela sempre generosa acolhida e pelos valiosos ensinamentos ministrados.

À Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pelo apoio concedido durante todo o período de estudos de doutorado, no Brasil e nos Estados Unidos.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio e à University of Notre Dame, que me abriram as portas para a aquisição da maior riqueza que uma pessoa pode receber: o conhecimento.

Resumo

Mello, Rodrigo Gaspar de; Leite, Fábio Carvalho. **Liberdade de Expressão, Honra e Responsabilidade Civil – Uma proposta de adoção da doutrina da malícia real como meio de combate à censura judicial no direito brasileiro.** Rio de Janeiro, 2016, 342p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Atualmente, no direito brasileiro, a liberdade de expressão corre perigo e a censura judicial é exercida de diversas maneiras. Dentre elas, figura a condenação de jornalistas e demais cidadãos que, sob o pretexto de violação da honra das pessoas afetadas pela expressão do pensamento, se vêem obrigados ao pagamento de indenizações indevidas e excessivas mesmo quando em debate assuntos de interesse público. As pessoas afetadas, geralmente políticos, empresários e outros poderosos, se valem do poder judiciário para silenciar o pensamento e gerar autocensura. O Superior Tribunal de Justiça convalida este meio indevido de restrição da liberdade de expressão na medida em que adota, em sua jurisprudência, um critério de posição preferencial da honra quando em conflito com a liberdade de expressão. Esta tese busca uma solução para este problema. A doutrina da malícia real, desenvolvida no direito norte-americano a partir do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* pela Suprema Corte em 1964, consiste em poderoso mecanismo de proteção da liberdade de expressão nos Estados Unidos, conferindo a ela a posição preferencial quando em questão assuntos de interesse público. A partir da análise da doutrina da malícia real, seus critérios de proteção da liberdade de expressão foram identificados e transpostos para um sistema romano-germânico de responsabilidade civil como o brasileiro. A tese propõe uma reforma legal no direito brasileiro, apresentando um anteprojeto de lei da proteção da liberdade de expressão elaborado com base na doutrina da malícia real. A tese também convoca o Supremo Tribunal Federal a exercer o seu papel de guardião das normas constitucionais de proteção da liberdade de expressão e sugere, por fim, que todos os juízes e tribunais brasileiros considerem a adoção dos critérios de proteção da liberdade de expressão elaborados pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave

Liberdade de expressão; honra; responsabilidade civil; censura judicial; doutrina da malícia real.

Abstract

Mello, Rodrigo Gaspar de; Leite, Fábio Carvalho(Advisor). **Freedom of Expression, Reputation and Civil Liability – actual malice doctrine as a way to prevent judicial censorship in the Brazilian legal system.** Rio de Janeiro, 2016, 342p., Doctoral Thesis. – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Nowadays, in the Brazilian legal system, freedom of expression is in danger and judicial censorship is imposed in many different ways. Among them, the presumed and punitive damages awarded over journalists and other citizens for violating someone's reputation on the basis of mere negligence even when speech about public affairs is at stake. Powerful people, politicians, and corporations go to court to silence the criticism and generate self-censorship. The Brazilian Superior Court of Justice does not oppose this restriction on freedom of expression as far as its jurisprudence assumes that reputation has a preferred position in the Brazilian law. This dissertation seeks a solution for that issue. The real malice doctrine, construed in the American law since the Supreme Court's ruling in *New York Times v. Sullivan* in 1964, is a powerful device to protect the freedom of expression in the United States, granting the speech a preferred position when public measures are at stake. The dissertation tries to identify the tools and mechanisms adopted by the real malice doctrine and make them work in a civil law jurisdiction as the Brazilian legal system. It proposes a legal reform in the Brazilian law by submitting a new statute containing legal rules to protect the freedom of expression based on the real malice doctrine. The thesis also exhorts the Brazilian Federal Supreme Court to exercise its constitutional powers to grant effective protection to the freedom of expression and makes to all Brazilian judges and courts a suggestion to consider the adoption of the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence on freedom of speech, and of the press.

Keywords

Freedom of expression; reputation; libel action; damage awards; censorship; actual malice doctrine.

Sumário

1. Introdução	13
2. Notas sobre os fundamentos e a fundação da liberdade de expressão nos Estados Unidos	25
2.1. Os três fundamentos da liberdade de expressão	25
2.2. A fundação da liberdade de expressão no direito norte-americano: o período colonial	28
2.3. A fundação da liberdade de expressão no direito norte-americano: da Primeira Emenda à Lei de Sedição	36
2.4. A fundação da liberdade de expressão no direito norte-americano: os debates sobre a Lei de Sedição e o surgimento de uma teoria democrática	40
3. A responsabilidade civil por violação à honra como meio de restrição da liberdade de expressão	45
3.1. Os limites e as restrições do direito à liberdade de expressão	45
3.2. O que é a honra e em que medida deve ser protegida?	56
3.3. Censura e autocensura	64
3.4. O poder judiciário como órgão de censura aos jornalistas brasileiros	69
4. A doutrina da malícia real como meio de proteção da liberdade de expressão	80
4.1. A posição preferencial da liberdade de expressão em assuntos de interesse público (introdução)	80
4.2. A doutrina da malícia real aplicada ao conflito entre a liberdade de expressão e a honra: o caso New York Times v. Sullivan e a proteção da liberdade de expressão em ações propostas por agentes públicos	82

4.3.Os elementos da doutrina da malícia real: identificação e possibilidades de aplicação no direito brasileiro	101
4.3.1.O elemento subjetivo na doutrina da malícia real: dolo direto ou eventual	101
4.3.2.O agente público na doutrina da malícia real	107
4.3.3.O ônus da prova e a necessidade de se demonstrar a falsidade dos fatos que violam a honra	108
4.4.A doutrina da malícia real e a responsabilidade criminal	112
5.Os desdobramentos da aplicação da doutrina da malícia real: as figuras públicas, a diferença entre afirmação de fatos e expressão de opiniões e as manifestações ofensivas	116
5.1.A proteção da liberdade de expressão em ações propostas por candidatos a cargos eletivos, figuras públicas e particulares	116
5.2.Afirmação de fatos, expressão de opiniões e a proteção da liberdade de expressão	129
5.3.Paródias, sátiras, insultos, epítetos, hipérboles retóricas e outras manifestações de críticas ofensivas	132
5.4.Os critérios de proteção da liberdade de expressão na doutrina da malícia real	140
6. A posição preferencial da honra: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o 'direito vigente' no ordenamento jurídico brasileiro	144
6.1.'Direito vigente' e regulamentação da liberdade de expressão e da honra no ordenamento jurídico brasileiro.	144
6.2.A ponderação como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais e a ausência de critérios objetivos de proteção da liberdade de expressão no Brasil	151
6.3.A responsabilidade civil por violação à honra na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	160
6.4.Perspectivas para a solução do problema da posição preferencial da honra no direito brasileiro	205

7. Proposta de solução judicial: modificação do papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro	208
7.1.A liberdade de expressão e os limites do papel exercido pelo Supremo Tribunal como guardião da Constituição	208
7.2.O direito à liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	220
7.2.1.A fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas que regulam o direito à liberdade de expressão	221
7.2.2.A liberdade de expressão e as decisões proferidas em sede de reclamação	227
7.2.3.O 'direito de crítica' e as decisões proferidas pelo Ministro Celso de Mello em favor da liberdade de expressão	232
8.Proposta de solução judicial: modificação do papel da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro	239
8.1.Os fundamentos da doutrina da malícia real e o direito à liberdade de expressão na jurisprudência interamericana	239
8.2.A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração no ordenamento jurídico brasileiro	242
8.3.As duas dimensões da liberdade de expressão e o padrão democrático: os fundamentos da jurisprudência interamericana	247
8.4.Os critérios para imposição de responsabilidade por violação à honra na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.	254
9. Proposta de solução legislativa: a necessidade da promulgação de lei de proteção da liberdade de expressão e da adoção da doutrina da malícia real no direito brasileiro	280
9.1.Por que se deve editar uma lei para regular o conflito entre a liberdade de expressão e a honra no direito brasileiro?	280
9.2.As leis e projetos de lei nos ordenamentos jurídicos estrangeiros	286
9.3.A doutrina da malícia real e os critérios a serem adotados pelo anteprojeto de lei	291

9.4. Anteprojeto de lei de proteção da liberdade de expressão	308
10 Conclusão	315
11 Referências bibliográficas	321
12 Anexo – Anteprojeto de Lei	333

“Some degree of abuse is inseparable from the proper use of everything; and in no instance is this more true, than in that of the press”; *The Virginia Report of 1799-1800*, p. 222.

James Madison

1 Introdução

A liberdade de expressão e manifestação do pensamento é direito fundamental garantido pela Constituição, que a reconhece em seus artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e 220.¹ Diversos tratados internacionais de direitos humanos também a tutelam, merecendo especial menção o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Esses dispositivos constitucionais e convencionais buscam assegurar não apenas a livre manifestação do pensamento, a publicação de informações e a expressão de opiniões e ideias, mas também a ampla possibilidade de se ter acesso à informação e de se conhecer o pensamento alheio. A liberdade de expressão é direito que se exerce em duas dimensões: a individual (direito de divulgar informações, opiniões e ideias) e a social (direito à informação, direito de buscar e receber informações, opiniões e ideias alheias). Sua proteção jurídica tutela não apenas a pessoa que, em seu aspecto individual, pretende manifestar o pensamento, mas a pessoa, como parte da sociedade, a quem interessa buscar informações e conhecer as opiniões e as ideias das outras pessoas. O direito à liberdade de expressão abrange a transmissão do pensamento, de informações, opiniões e ideias, pela imprensa ou por qualquer meio.

Apesar de a liberdade de expressão estar atualmente garantida, nas sociedades democráticas, por constituições e tratados internacionais, sendo reconhecida a sua relevância para a própria existência do regime de autogoverno, a censura, meio mais severo de restrição da liberdade de expressão, é uma

¹ Neste trabalho utilizaremos as locuções ‘liberdade de manifestação do pensamento’, ‘liberdade de expressão’, ‘direito à liberdade de manifestação do pensamento’, ‘direito à liberdade de expressão’, como expressões equivalentes e ‘liberdade de imprensa’ como espécie da liberdade de expressão, o que será esclarecido ao longo deste capítulo. O mesmo se aplica às locuções ‘honra’ e ‘direito à honra’. Exceto se expressamente ressalvado, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão, liberdade de imprensa e honra serão tratados neste trabalho em seus aspectos jurídicos.

realidade ainda hoje em vários países do mundo, inclusive no Brasil. Censura que se impõe não apenas pelo estado,² por qualquer dos órgãos dos três poderes – mas especialmente nos dias de hoje pelo poder judiciário (ou seja, censura judicial)³ – mas também a que se impõe pela violência, isto é, com o uso de violência ou grave ameaça contra os jornalistas, defensores de direitos humanos e todas as pessoas que procuram livremente transmitir informações sobre determinados fatos, emitir ideias e opiniões e, principalmente, apontar irregularidades, formulando denúncias contra agentes do estado ou grupos criminosos.

Quanto à censura pela violência, independentemente do ataque à liberdade de expressão, os problemas por ela gerados relacionados à própria violência são evidentes, não existindo qualquer questionamento sobre a urgência e necessidade de seu enfrentamento. Segundo os relatórios da organização para a defesa da liberdade de expressão Artigo 19, ocorreram no Brasil, no ano de 2012, 16 (dezesesseis) homicídios de jornalistas e comunicadores sociais (vinculados ou não a um veículo permanente de comunicação social, como rádio, jornal, revista ou emissora de televisão) e defensores de direitos humanos, 7 (sete) tentativas de homicídio, 27 (vinte e sete) ameaças de morte e 2 (dois) desaparecimentos, somando 52 (cinquenta e duas) graves violações à liberdade de expressão pela violência.⁴ Em 2013, segundo a mesma organização, a situação não foi diferente: 12 (doze) mortes violentas, 9 (nove) tentativas de homicídio, 22 (vinte e duas) ameaças de morte e 2 (dois) seqüestros.⁵ Em 2014, apesar de não ter sido registrado nenhum sequestro, ocorreram 15 (quinze) homicídios, 11 (onze) tentativas de homicídio, 28 (vinte e oito) ameaças de morte e 1 (caso) de tortura⁶ e, em 2015, foram registrados 7 (sete) homicídios, 6 (seis) tentativas e 22 (vinte e duas) ameaças de morte.⁷ Todos os casos foram verificados e a violência está comprovadamente relacionada ao exercício da liberdade de expressão. Os

² A censura pelo estado pode se qualificar como a censura prévia ou censura formal (proibição de publicar o pensamento) e como censura posterior ou censura material (imposição de sanções penais e civis a quem publicou o pensamento), podendo ser praticada por todos os poderes estatais.

³ LEDESMA, H.F., *Los Límites de la Libertad de Expresión*, p. 376: “Não cabem dúvidas de que a censura constitui a forma mais radical de interferir com as possibilidades de comunicação”.

⁴ ARTIGO 19, *Graves violações à liberdade de expressão de jornalistas e defensores de direitos humanos. Relatório anual - 2012*, p. 13

⁵ ARTIGO 19, *Violações à liberdade de expressão. Relatório anual - 2013*, p. 18

⁶ ARTIGO 19, *Violações à liberdade de expressão. Relatório anual - 2014*, p. 14

⁷ ARTIGO 19, *Violações à liberdade de expressão. Relatório anual - 2015*, p. 11

relatórios, porém, não incluem as lesões corporais e as demais agressões físicas sofridas pelos jornalistas e defensores de direitos humanos, o que aumentaria ainda mais os números da violência. Situações semelhantes de violação à liberdade de expressão são registradas no Informe Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2013⁸ e 2014⁹ e nos relatórios sobre liberdade de imprensa da Associação Nacional de Jornais, que apontam a violência praticada contra jornalistas no exercício da profissão ou em razão dela.¹⁰ Embora o estado, atuando oficialmente, não seja o agente direto desse tipo de censura, sua participação na censura pela violência se caracteriza pela omissão na pronta e devida apuração dos fatos criminosos ou pelo fato de que, em muitos casos, são os políticos ou outros agentes estatais, especialmente os policiais, os autores da violência contra os jornalistas e comunicadores em geral. Essa situação se verifica geralmente na denúncia de casos de corrupção e de outros crimes praticados por autoridades ou nas críticas à sua atuação. No que diz respeito à censura pelo estado, imposta por meios que não envolvem a prática de violência física ou grave ameaça contra a pessoa, os mencionados relatórios sobre liberdade de imprensa da Associação Nacional de Jornais somaram 20 (vinte) casos de imposição de censura pelo poder

⁸ BOTERO MARINO, C., Informe Anual de la Relatoria Especial para la Libertad de Expresión – 2013, volume 2, p. 70-79

⁹ LANZA, E., Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 2013, volume 2, p. 70-79

¹⁰ O Relatório de Liberdade de Imprensa da Associação Nacional de Jornais (agosto de 2010 a julho de 2012) está disponível na página <http://www.anj.org.br/relatorios>. Em sua introdução, o relatório alerta: “No período abrangido por este relatório – o biênio 2010-2012 –, é motivo de especial alarme o aumento de assassinatos de jornalistas no exercício da profissão. Assassinatos, atentados e ameaças a jornalistas, além de representarem crimes contra a pessoa humana, visam a atingir a própria liberdade de imprensa”. O relatório abrange o período compreendido entre agosto de 2010 e julho de 2012 e a Associação Nacional de Jornais registrou 12 (doze) mortes de jornalistas, 22 (vinte duas) agressões e 7 (sete) ameaças. O Relatório de Liberdade de Imprensa da Associação Nacional de Jornais (agosto de 2012 a agosto de 2013) está disponível na página <http://www.anj.org.br/relatorios>. Registra a introdução do relatório: “A situação da liberdade de expressão no Brasil continua a ser motivo de grave apreensão por parte da ANJ e de entidades internacionais que acompanham o assunto. Em consequência, o Brasil tem sido apontado por instituições como a Repórteres Sem Fronteiras como país em que existem ‘problemas dignos de nota’, uma situação intermediária entre a vigência de plena Liberdade de a ausência total dela. Os casos de assassinatos impunes de jornalistas e de outros profissionais de veículos de comunicação continuam a ser o fato mais grave no cenário de Liberdade de Expressão no Brasil, com três novos casos em 2013”. Entre agosto de 2012 e agosto de 2013, o relatório anotou 6 (seis) mortes, 62 (sessenta e duas) agressões, 13 (treze) ameaças e 5 (prisões). O relatório também registrou agressões, intimidações e insultos que partiram da polícia ou de populares e que ocorreram no contexto dos movimentos e manifestações de maio e junho de 2013.

judiciário apenas nos anos de 2012¹¹ e 2013,¹² e um total de 77 (setenta e sete) até setembro de 2015.¹³

A censura judicial, por sua vez, quando não se manifesta previamente na forma de decisão em caráter liminar e *inaudita altera parte*, proibindo *ex ante* a manifestação do pensamento e obstando completamente a sua divulgação, surge na forma de sentença que indevidamente impõe sanções civis ou criminais a quem regularmente exerceu a liberdade de expressão. As sanções posteriormente impostas produzem efeitos equivalentes sobre a liberdade de expressão na medida em que inibem a livre circulação de informações e do livre debate de ideias, gerando a autocensura e o efeito de resfriamento no debate público (*chilling effect*).¹⁴ No primeiro caso, a inibição ocorre pela direta ordem do juiz, impondo uma proibição de publicar; no segundo, os embaraços decorrem da adoção de um comportamento de contenção ou autocensura por quem pretende expressar o pensamento, mas teme as consequências judiciais que decorrerão de sua manifestação. Consideradas as sanções posteriores (muitas vezes desproporcionais e intimidantes) aplicáveis àquele que pretende manifestar o seu pensamento, o possível emissor da mensagem — por medo, receio ou cuidado excessivo — tende a renunciar à crítica e a não mais fazer uso da palavra.

Aliado a isso, tem-se no Brasil um ambiente favorável à judicialização da censura porque o poder judiciário ou vem proferindo um conjunto de decisões que não segue padrões normativos a favor da liberdade de expressão e que não observa critérios estáveis de julgamento, ou, pior ainda, vem adotando um

¹¹ O Relatório de Liberdade de Imprensa da Associação Nacional de Jornais (agosto de 2010 a julho de 2012) está disponível na página <http://www.anj.org.br/relatorios>. Quanto à censura, o relatório não se absteve de registrar: “A ANJ destaca ainda neste relatório a recorrência de decisões judiciais proibindo previamente a divulgação de informações pelos meios de comunicação. A censura prévia por via judicial é uma afronta ao princípio maior da liberdade de expressão definido pela Constituição”.

¹² O Relatório de Liberdade de Imprensa da Associação Nacional de Jornais (agosto de 2012 a agosto de 2013) está disponível na página <http://www.anj.org.br/relatorios>. O relatório assim se manifestou sobre a censura judicial: “A persistência dos casos de censura judicial também é motivo de alarme, posto que praticado por magistrados, de que se esperariam a proteção dos princípios constitucionais que asseguram a Liberdade de Expressão no país e o veto a qualquer forma de censura”.

¹³ O Relatório de Liberdade de Imprensa da Associação Nacional de Jornais (agosto de 2014 a setembro de 2015) está disponível na página <http://www.anj.org.br/relatorios>.

¹⁴ Para uma melhor compreensão entre a equivalência de efeitos das censuras formal prévia e material posterior, v. TOLLER, F.M., O Formalismo na Liberdade de Expressão

posicionamento claramente restritivo dessa liberdade e excessivamente protetor da honra e de outros direitos.¹⁵ No relatório sobre a liberdade de imprensa da organização Freedom House para o ano de 2013 (Freedom of the Press – 2014), o Brasil é classificado como um país em que a liberdade de imprensa é apenas parcial (*partly free*), não se enquadrando dentre os países livres para a liberdade de imprensa como são a maioria dos países da Europa Ocidental, os Estados Unidos e o Canadá e, na América Latina, o Uruguai e a Costa Rica. O relatório Freedom of the Press – 2014, ao abordar a situação brasileira, além de ressaltar a morte de jornalistas e os constrangimentos ao exercício da profissão ocorridos durante os protestos de maio e junho de 2013, destaca as ações judiciais contra blogueiros e provedores de internet e o grande número de ordens judiciais determinando remoções de conteúdo.¹⁶ O relatório da mesma organização de 2015 apontou que, em 2014, a situação no Brasil não se modificou substancialmente, permanecendo uma prática comum a censura judicial.¹⁷

A organização Repórteres sem Fronteiras, por sua vez, edita anualmente o relatório sobre a liberdade de imprensa no mundo (World Press Freedom Index). No relatório publicado no ano de 2014, o Brasil foi classificado como país com ‘problemas dignos de nota’ quanto à liberdade de imprensa e situado na 111^a (centésima décima primeira) posição do ranking de proteção à liberdade de imprensa no mundo (entre a Uganda e a Nigéria). O relatório aponta não só os problemas relacionados à violência física contra jornalistas, mas também os que ocorrem por meio da violência institucional. Segundo o relatório, a violência institucional se configura pelo ajuizamento de ações contra jornalistas. O caso do jornalista Lúcio Flávio Pinto e das 33 (trinta e três) ações a que responde por haver denunciado o tráfico ilegal de madeira na Amazônia é expressamente apontado no relatório, que também destaca o paradoxo de que, após o fim do regime de ditadura militar, é ao poder judiciário que os governantes pleiteiam a imposição da censura.¹⁸ No relatório publicado no ano de 2015, o país avança

¹⁵ O posicionamento restritivo à liberdade de expressão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça será analisado no capítulo 6.

¹⁶ O relatório Freedom of the Press – 2014 está disponível na seguinte página: http://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP2014_Overview_Essay.pdf.

¹⁷ O relatório Freedom of the Press – 2015 está disponível na seguinte página: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP%202015%20Full%20Report.pdf>.

¹⁸ O relatório está disponível na página http://rsf.org/index2014/data/index2014_en.pdf

para a 99ª posição mundial, situando-se entre o Líbano e Quênia. A organização destaca como aspectos positivos a proteção que a lei do marco civil da internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) confere à liberdade de expressão online e a diminuição do número de jornalistas assassinados (de cinco no ano anterior, 2013, para dois em 2014), mas ressalta como aspectos negativos os problemas que ainda se verificam quanto à segurança dos jornalistas (o país ocupou o segundo lugar dentre os países do hemisfério ocidental no assassinato de jornalistas, perdendo apenas para o México) e à concentração da propriedade dos órgãos de comunicação social.¹⁹

No âmbito desta tese, examina-se como, no direito brasileiro, a censura judicial vem sendo praticada por meio da imposição de sanções civis em decorrência da manifestação do pensamento e como a honra, quando em conflito com a liberdade de expressão, goza, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de posição preferencial mesmo em assuntos de interesse público. O objetivo do trabalho é oferecer, a partir do exame da doutrina da malícia real elaborada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, propostas de solução para o problema da posição preferencial da honra e da imposição de censura por meio da indevida imposição de responsabilidade civil aos que regularmente manifestaram o pensamento. As propostas passam pela modificação do papel que as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm desempenhando no direito brasileiro e pela elaboração de um anteprojeto de lei de proteção da liberdade de expressão. Mesmo sendo uma tese sobre direito brasileiro, o estudo da jurisprudência da Corte Interamericana, em conjunto com a dos tribunais nacionais, se justifica por algumas razões. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é norma internacional que vige no direito brasileiro e que reconhece amplamente o direito à liberdade de expressão. O STF já reconheceu o caráter supralegal das normas previstas nesse importante tratado internacional de direitos humanos.²⁰ A Corte IDH, por sua vez, definiu a liberdade de expressão como ‘pedra angular da democracia’²¹ e produziu ampla

¹⁹ O relatório está disponível na página <http://index.rsf.org/#!/>

²⁰ Confirmam-se os julgamentos proferidos no Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP, no Habeas Corpus nº 87.585 – TO e no Habeas Corpus nº 92.566 – SP.

²¹ A definição foi formulada na Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafos 69 e 70

jurisprudência sobre esse direito, garantido pelo art. 13 da Convenção. É, portanto, necessária a verificação da influência desse tratado internacional no direito brasileiro e do cumprimento dos deveres internacionais a que o Brasil se obrigou. Na medida em que incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se relevante o estudo das normas da convenção e da jurisprudência da corte que tem como função interpretá-la.

Para melhor delimitar o tema da tese, uma breve explicação sobre o conceito de censura judicial é necessária. O conceito formal de censura judicial se circunscreve àquela restrição à manifestação do pensamento que se impõe previamente.²² A censura prévia ou formal é o mais grave meio estatal (censura pelo estado) de restrição da liberdade de expressão na medida em que proíbe, em caráter absoluto, a manifestação do pensamento. Não é especificamente sobre essa forma de censura que esta tese vai versar.²³ O conceito material de censura judicial, por sua vez, contempla não o controle prévio da manifestação do pensamento, mas as sanções que posteriormente se impõem em razão do pensamento já manifestado (a censura material, posterior ou *ex post facto*).²⁴ Esta tese assume que o conceito de censura judicial alcança não apenas a decisão judicial liminar que proíbe a publicação de um pensamento (um livro, um discurso no rádio, um artigo de jornal), mas também a sentença que indevidamente impõe responsabilidades ulteriores, ou seja, que indevidamente condena a manifestação do pensamento protegida pela liberdade de expressão.²⁵ O tema da tese está

²² MACHADO, J.E.M., *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*; Coimbra Editora, p. 490: “A primeira consiste em utilizar o conceito de censura em termos restritos, para designar as violações da liberdade de expressão ocorridas através da sujeição dos conteúdos expressivos a um controle prévio por parte de uma autoridade pública, geralmente de natureza político-administrativa”.

²³ O tema foi por mim abordado em dissertação de mestrado, remetendo-se a ela o leitor interessado: MELLO, R.G., *A Censura Judicial como Meio de Restrição da Liberdade de Expressão. Análise Comparativa da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e do Supremo Tribunal Federal*; orientador: Fábio Carvalho Leite, disponível em http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=19667@1

²⁴ MACHADO, op.cit., p. 491-492: “consiste na condenação a uma sanção penal, civil ou de mera ordenação social, ocorrida num momento previsível, posterior à comunicação”.

²⁵ Outros meios de restrição são tradicionalmente impostos pelos poderes públicos à liberdade de expressão, além das formas de censura judicial. Por exemplo, os direitos de retificação ou resposta e os meios indiretos de restrição como, por exemplo: (a) o abuso de controles oficiais sobre a distribuição de frequências radioelétricas e televisivas, (b) o controle sobre o papel para impressão de jornais, (c) a obrigatoriedade de registro de jornalistas e (d) a distribuição de verbas oficiais de propaganda governamental apenas a empresas de comunicação social que sejam politicamente alinhadas. Há, ainda, restrições circunstanciais à liberdade de expressão que podem ocorrer em

dirigido aos aspectos civis da censura material, não se ocupando detalhadamente das consequências penais. Embora os assuntos estejam conectados, as sanções penais por crimes de calúnia, injúria e difamação não são objeto específico do estudo, e são abordados apenas quando necessário. Ilícitos civis e penais, embora decorram dos mesmos fatos, têm pressupostos próprios de apuração e imposição de responsabilidades, não sendo objetivo específico do trabalho a incursão na esfera criminal. A tese aborda a responsabilidade civil por violação à honra e os problemas que as sanções civis geram pela inibição do discurso em uma sociedade democrática, procurando oferecer, a partir do exemplo do direito norte-americano e da doutrina da malícia real, uma proposta de solução adequada para o problema no direito brasileiro. No curso da tese, são apresentados a título de exemplo de censura judicial material os casos dos jornalistas Lúcio Flávio Pinto, Paulo Henrique Amorim, Luiz Carlos Azenha, Juca Kfourir, dentre outros jornalistas atacados por um sem número de ações judiciais visando a bloquear indevidamente denúncias e críticas a políticos e empresários poderosos.

Cabe reconhecer, não obstante, que a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Sendo assim, o abuso no exercício desse direito ou o seu uso para além dos limites constitucionalmente protegidos admitem a aplicação legítima das sanções previstas em lei e necessárias em um ordenamento jurídico democrático. O direito à honra e outros direitos fundamentais e bens jurídicos também são garantidos pela Constituição, não caracterizando censura a imposição de sanções quando esses direitos são efetivamente violados pela manifestação do pensamento. A tese procura identificar em que consiste o direito à honra e delimitar as específicas hipóteses em que a expressão manifestada não está constitucionalmente protegida, violando a honra.²⁶

Por oportuno, cabe um esclarecimento preliminar quanto à diferença entre os conceitos de liberdade de expressão e liberdade de imprensa. A liberdade de imprensa nada mais é do que a liberdade de expressão que se exerce por meio dos

situações excepcionais, em caso de estado de emergência ou estado de sítio. Limitar-mos-emos neste trabalho a examinar a censura judicial posterior como meio de restrição da liberdade de expressão: a censura que se manifesta pela imposição de sanções civis por violações à honra.

²⁶ Discursos de ódio e pornografia infantil são dois exemplos de manifestação do pensamento que não são protegidas pelo direito à liberdade de expressão. No curso da tese, serão abordadas as restrições e limites ao exercício do direito à liberdade de expressão.

veículos de comunicação de massa: em jornal (impresso ou eletrônico), rádio, televisão ou página de internet.²⁷ Liberdade de expressão e liberdade de imprensa mantêm relação de gênero e espécie. Os fundamentos jurídicos que amparam, ampliam ou limitam a liberdade de expressão se aplicam à liberdade de imprensa. Liberdade de expressão e liberdade de imprensa devem estar igualmente garantidas e protegidas. O jornalista profissional, embora mereça atenção especial do estado porque utiliza o direito à liberdade de expressão como ferramenta para o exercício de sua profissão, não goza de proteção superior a de que goza qualquer outro comunicador não profissional, como um defensor de direitos humanos, um blogueiro ou qualquer outra pessoa. A liberdade de expressão contempla o direito de manifestar qualquer espécie de pensamento, seja prestando uma informação, seja emitindo uma ideia ou opinião.²⁸

O direito à liberdade de expressão está contraposto a diversos outros direitos. Por exemplo: é possível proibir a publicação ou, uma vez publicado, impor condenação a um jornalista que, recebendo documentos sigilosos de um militar ou de um agente de órgão de segurança pública, resolva divulgá-los por meio de matéria jornalística em meio impresso ou eletrônico? E se esses documentos sigilosos contiverem informações imprescindíveis para a prisão de um grupo criminoso organizado que vem corrompendo servidores públicos? Ou se a divulgação dos documentos frustrar a prisão de outro grupo que está traficando armas e drogas, dentro das fronteiras do país e até mesmo internacionalmente? Ou, pior ainda, se a publicação dos documentos sigilosos puder colocar em risco, concretamente, a vida de policiais e civis inocentes? O direito ampara a condenação do jornalista que, mesmo conhecendo todas as consequências dos seus atos, resolve publicar os documentos sigilosos? O jornalista pode, sem risco de sofrer posteriormente uma condenação, publicar informações sobre uma pessoa que não participa de vida pública e não exerce cargo público e que tenham sido obtidas por meio do acesso aos autos de inquérito policial sigiloso? E se essa informação envolver um senador da República com um ato de corrupção? Pode

²⁷ BADENI, G., Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, 2ª edição, p. 614

²⁸ Em sentido diverso e apartando os conceitos de liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de imprensa, BARCELLOS, A.P., Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdade de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória, disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf>

divulgar a informação verdadeira de que determinada pessoa é usuária de drogas ilícitas? E se essa mesma pessoa é candidata ao cargo de Presidente da República? Pode publicar lista contendo nome de todos os membros de partido nacionalista de extrema direita que defende ideias racistas e neonazistas? Caso positivo, pode fornecer o endereço residencial dos membros filiados ao partido?

As hipóteses enumeradas tratam de casos difíceis em que há fundamentos jurídicos relevantes tanto em favor do direito à liberdade de expressão como dos direitos que lhe são contrapostos. É certo, portanto, que os direitos à honra, à privacidade, à segurança pública e muitos outros podem limitar legitimamente o exercício da liberdade de expressão. Embora vários direitos possam ser contrapostos à liberdade de expressão,²⁹ a tese está circunscrita ao estudo da responsabilidade civil por violação do direito à honra como meio de restrição da liberdade de expressão. A partir do estudo da jurisprudência do STJ que se encontra no capítulo 6, foi possível verificar que, no direito brasileiro, a liberdade de expressão não goza de caráter preferente. A liberdade de manifestação do pensamento é excessivamente limitada e a proteção jurídica é dirigida preferencialmente ao direito à honra. Como anteriormente se mencionou, a tese propõe soluções de ordem legislativa e judicial para estabelecer a posição preferencial da liberdade de expressão quando em conflito com a honra em assuntos de interesse público. As soluções propostas estão inspiradas nas regras da doutrina da malícia real, que serão estudadas nos capítulos 4 e 5, e passam pela via judicial (atuação da jurisprudência do STF ou da Corte IDH) e pela via legislativa (anteprojeto de lei de proteção da liberdade de expressão, adotando-se as regras da doutrina da malícia real). A tese assume uma visão em favor do caráter preferencial da liberdade de expressão em conflito com a honra, quando em questão assuntos de interesse público.

No capítulo 2, serão mencionados os três fundamentos da liberdade de expressão e, em maior extensão, a fundação da liberdade de expressão e de imprensa no direito-norte americano, desde a época colonial, passando pela

²⁹ Mencionem-se, dentre outros, os direitos à privacidade, à imagem e à segurança pública. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também contrapõe ao direito à liberdade de expressão “a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública” (art. 13, 2, a).

ratificação da Constituição, da Primeira Emenda e chegando à controvérsia sobre a Lei de Sedição, de 1798. Os debates políticos e jurídicos que se seguiram à promulgação desta lei possibilitaram o surgimento de uma teoria democrática sobre a liberdade de expressão, especialmente no que diz respeito ao conflito com a honra em assuntos de interesse público. O capítulo 3 tratará da diferença entre os limites e as restrições da liberdade de expressão, do conceito de honra e da responsabilidade civil decorrente de sua violação como um meio de restrição da liberdade de expressão. Procura-se identificar qual é, afinal, o valor que o direito à honra verdadeiramente protege e em que medida esse valor deve ser protegido. Em que consiste a honra? Qual é a sua origem? Qual é o seu fundamento? Será analisada de que maneira a responsabilidade civil por violação à honra constitui um meio de restrição da liberdade de expressão, abordando-se os conceitos de censura, autocensura e abuso de direito e de que forma o poder judiciário se transformou em órgão de censura da imprensa brasileira. Nos capítulos 4 e 5, será estudada a doutrina da malícia real, construída pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, em 1964, procurando-se identificar as contribuições que o direito brasileiro pode receber do direito norte-americano, especialmente quando o conflito entre a liberdade de expressão e a honra envolve agentes públicos, figuras públicas e candidatos a cargos eletivos. Também são abordadas as contribuições da doutrina da malícia real para a diferença de tratamento jurídico das afirmações de fatos e expressões de opinião e, ainda, das possibilidades de manifestação do pensamento por meio de paródias, sátiras, insultos e críticas ofensivas em geral. A análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana permite verificar como funciona, em termos práticos, a posição preferencial da liberdade de expressão. O capítulo 6 analisa a jurisprudência do STJ no que diz respeito ao conflito entre a honra e a liberdade de expressão e procura demonstrar que no direito vigente brasileiro, mesmo em assuntos de interesse público, prevalece a posição preferencial da honra. Os capítulos 7, 8 e 9 apresentam propostas de solução para o problema da posição preferencial da honra no direito brasileiro. Dentre as soluções propõe-se a modificação do papel que desempenham, no direito brasileiro, a jurisprudência do STF e da Corte IDH no conflito entre os direitos à honra e à liberdade de expressão, o que se denominou de proposta de solução judicial, e a adoção, por meio de uma lei de proteção à liberdade de

expressão, dos critérios da doutrina da malícia real no direito brasileiro, o que se denominou de proposta de solução legislativa. O anexo traz uma minuta do anteprojeto de lei proposto como solução legislativa para o problema da posição preferencial da honra no direito brasileiro.³⁰

³⁰ Os textos em língua inglesa e espanhola foram traduzidos do texto original

2

Notas sobre os fundamentos e a fundação da liberdade de expressão nos Estados Unidos

2.1.

Os três fundamentos da liberdade de expressão

Nos dias atuais, a liberdade de expressão é reconhecida pelos mais relevantes tratados internacionais de direitos humanos, dentre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. As constituições dos estados democráticos também asseguram à liberdade de expressão o caráter de direito fundamental. Segundo sustentam diversos autores, a liberdade de expressão, em confronto com os outros bens jurídicos relevantes ou direitos fundamentais, inclusive a honra, deve ser assegurada em caráter preferencial. Isso se justifica por alguns fundamentos, dentre os quais se podem destacar os seguintes: (a) a liberdade de expressão é condição necessária para a existência de um autogoverno democrático; (b) ela permite a formação de um livre mercado de ideias; (c) assegura o exercício livre da crítica como meio de controle político; (d) permite aos indivíduos a autorrealização pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade e (e) recupera os vínculos de representação política, permitindo o controle dos representados sobre os representantes. São fundamentos que se prestam, em conjunto, a justificar a preferência da liberdade de expressão frente a outros valores sociais.³¹

A associação direta entre a liberdade de expressão e a democracia é evidenciada pelo inafastável vínculo que as une: verifica-se historicamente que,

³¹ VENTURA, A., El Secreto Periodístico: Garantía Constitucional Absoluta del Derecho a la Información

em uma democracia constitucional, quanto mais se protege a liberdade de expressão, mais plural é o regime. E vice-versa: quanto mais autoritário é um governo, mais se restringe a liberdade de expressão e mais censura se impõe. Nesse contexto, a função da imprensa deve ser, como apontou Marx, o “cão de guarda público, o denunciador incansável dos dirigentes, o olho onipresente, a boca onipresente do espírito do povo que guarda com ciúme sua liberdade”.³² Ademais, apenas em um ambiente de liberdade de expressão e de imprensa, torna-se possível o desenvolvimento do livre mercado de ideias, meio indispensável para o alcance da verdade, principalmente pela possibilidade de colisão da verdade com o erro. A busca da verdade depende da existência do livre mercado das ideias.³³ Apenas por meio do livre confronto de ideias, é possível se aproximar da verdade, não cabendo a nenhuma autoridade ou ao governo arbitrar essa disputa. É o público, portanto, e não o governo, que deve julgar o valor das informações e opiniões que recebe.

Quanto ao livre desenvolvimento da personalidade como fundamento da liberdade de expressão, é preciso observar que o pensamento — como atividade intelectual que permite ao ser humano deduzir ou inferir conclusões para alcançar o conhecimento de determinado objeto — conduz a que, posto um determinado problema, se alcance uma solução. Esta solução, segundo Badeni, se denomina opinião.³⁴ Para Badeni, o pensamento configura a característica que distingue o homem dos demais animais e o dignifica, permitindo que satisfaça suas necessidades. “O pensamento, que se produz no âmbito mais íntimo do homem, é essencialmente livre”.³⁵ Como não vive isolado, o homem necessita, além de pensar, de comunicar o seu pensamento aos outros homens, bem como de conhecer o pensamento dos outros homens: “O ser humano necessita de comunicar o seu pensamento, e assim como o pensamento é essencialmente livre, sua livre exteriorização é uma seqüela inevitável”.³⁶ A comunicação de seus pensamentos aos outros reafirma a dignidade do homem e seu valor como membro da sociedade, permitindo-lhe o desenvolvimento de todo o seu

³² MARX, K., *Liberdade de Imprensa*, p. 103

³³ VENTURA, op.cit., p. 324

³⁴ BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edição, p. 609

³⁵ *Ibid.*, p. 611

³⁶ *Ibid.*

potencial.³⁷ O reconhecimento da liberdade de pensamento, portanto, implica necessariamente o reconhecimento da liberdade de manifestação e expressão do pensamento. Sendo assim, a liberdade de expressão pode ser justificada e valorada, não apenas como um meio para o exercício do autogoverno democrático ou para desenvolvimento do livre mercado de ideias, mas como um fim em si por ser parte essencial da liberdade do homem.³⁸ A liberdade de expressão permite o pleno desenvolvimento da personalidade, dando ao homem a possibilidade de desenvolver e manifestar todas as suas potencialidades criativas, em todos os ramos do conhecimento, bem como conhecer as potencialidades dos demais. Como meio de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão também constitui ferramenta para o exercício de outras liberdades fundamentais: liberdade de religião, liberdade de contratar, liberdade de profissão, liberdade de associação, etc. Por isso, Badeni a classifica como liberdade estratégica: “quanto maiores são as restrições que se impõem [à liberdade de expressão], maiores serão os limites para exteriorizar as restantes liberdades humanas”.³⁹

Embora o direito à liberdade de expressão esteja justificado por três fundamentos básicos – necessidade de constituição do autogoverno em uma sociedade democrática, fomento do livre mercado de ideias e livre desenvolvimento da personalidade – interessa a este trabalho abordar mais de perto o primeiro deles, ou seja, aquele que vincula a existência da democracia constitucional à liberdade de expressão. Isso porque o conflito entre a honra e a liberdade de expressão geralmente (mas não exclusivamente) ocorre no âmbito dos debates sobre assuntos de interesse público e estes devem ser tão livres quanto possível em uma sociedade democrática e que tem a pretensão de instituir um autogoverno do povo.⁴⁰ Rememore-se que objetivo deste trabalho é, dada a premissa de que a censura judicial é prática corrente no direito brasileiro, propor soluções para esse problema. Estas soluções passam pelo estudo das regras da doutrina da malícia real formulada pela Suprema Corte norte-americana, em

³⁷ LEDESMA, op.cit., p. 45

³⁸ VENTURA, op.cit., p. 345

³⁹ BADENI, op.cit., p. 615

⁴⁰ Meiklejohn, ao formular severa crítica à doutrina do ‘clear and present danger’, que considerava insuficiente para a proteção da liberdade de expressão, destacava que a liberdade de expressão é “um postulado básico de uma sociedade que é governada pelo voto dos seus cidadãos” e ainda que “se sustentava como a pedra angular da estrutura do autogoverno” Cf. MEIKLEJOHN, A., *Free Speech and Its Relation do Self Government*, p. 46 e 63.

março de 1964, no julgamento de *New York Times v. Sullivan*. Neste capítulo, então, mais do que o estudo dos fundamentos da liberdade de expressão, opta-se pelo estudo da fundação da liberdade de expressão nos Estados Unidos, abordando-se o contexto histórico que permitiu florescer uma teoria democrática da liberdade de expressão em que esta liberdade, quando em conflito com a honra, goza de uma posição preferencial ao menos nos assuntos de interesse público. A opção pelo relato da história desse direito no ordenamento norte-americano se justifica, portanto, na medida em que este trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade de se adotarem normas para maior proteção da liberdade de expressão no Brasil inspiradas na doutrina da malícia real.

2.2.

A fundação da liberdade de expressão no direito norte-americano: o período colonial

Apesar dos ataques que diariamente sofre e das garantias de proteção ainda precárias, pode-se dizer que, em comparação com períodos históricos anteriores, a liberdade de expressão é realidade nos estados democráticos de direito. Se comparadas às restrições existentes nos séculos anteriores, os cidadãos atuais dos estados constitucionais exercem o direito de manifestar o pensamento sem maiores temores de represálias ou punições pelos agentes de estado. A censura prévia imposta por autoridades do poder executivo na forma de concessão ou denegação de licenças para a publicação de um livro, uma revista, um programa audiovisual, uma peça teatral ou qualquer outra forma de manifestação do pensamento não é mais uma rotina na vida dos cidadãos. No entanto, nem sempre foi assim. As raízes históricas e a fundação da liberdade de expressão remontam a diversas fontes,⁴¹ mas se faz neste trabalho a opção pelo estudo do caso norte-americano porque, cabe reiterar, foi a partir do desenvolvimento histórico da luta por essa liberdade nos Estados Unidos e do desenvolvimento da jurisprudência de seus tribunais que foi percebida a importância de se assegurar o livre exercício desse direito em razão de sua conexão com as bases da democracia. Ledesma observa que, nos Estados Unidos, a liberdade de expressão se promove como valor fundamental e isso ocorreu em função das necessidades históricas do povo

⁴¹ LEDESMA, H.F., *Los Límites de la Libertad de Expresión*, p. 21

americano, que reivindicava maior tolerância e respeito às suas ideias e crenças religiosas.⁴² Os fatos históricos e as necessidades deles decorrentes propiciaram aos norte-americanos um aprimoramento doutrinário e jurisprudencial para o exercício da liberdade de expressão que não foi experimentado em outros lugares, ao menos na mesma intensidade. A necessidade de constituição do autogoverno em uma sociedade democrática foi o mais importante fundamento que, ao longo da história, impulsionou o desenvolvimento do direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos. Tal como em outras realidades, a liberdade de expressão nos Estados Unidos, como atualmente é entendida e praticada, resulta de uma luta que se desenvolveu ao longo da história daquele país, que também enfrentava, em seus momentos iniciais, uma série de restrições à manifestação do pensamento.

Para compreender o direito à liberdade de expressão atualmente em vigor nos Estados Unidos, tão importante quanto o entendimento de seus principais fundamentos, é a compreensão do movimento histórico e da luta para sua afirmação. Inicialmente, então, é preciso voltar à Inglaterra e verificar as regras vigentes no *common law* que foram recepcionadas e praticadas pelas treze colônias até que o próprio direito norte-americano formulasse o seu próprio entendimento sobre a liberdade de expressão e de imprensa. No direito inglês, vigorava até 1694 um sistema de licenças para a publicação de livros e outros impressos. Nada poderia ser publicado sem o ‘imprima-se’ das autoridades reais. Tratava-se de um verdadeiro aparato para imposição de censura prévia organizado pela coroa inglesa, conferindo-se a diferentes agências reais (*Stationer’s Company*, *Court of High Commission* e *Court of Star Chamber*) atribuições de verificar o conteúdo dos escritos antes de sua publicação. Durante a revolução puritana, os órgãos encarregados da censura foram reformulados, mas o sistema, inicialmente abolido em 1640 foi logo retomado em 1643, permanecendo após a restauração da monarquia, embora a partir de então por determinação não mais do rei, mas do parlamento.⁴³ Este sistema de censura prévia sofreu críticas e um dos mais relevantes discursos contrários a ele foi proferido por John Milton. Este autor escreveu uma obra em que procurava fazer a justificação do divórcio. Não

⁴² Ibid., p. 267

⁴³ LEVY, L.W., *Emergence of a Free Press*, p. 6

obteve, contudo, licença para publicação. Escreveu, então, a *Areopagitica*,⁴⁴ discurso publicado em 1644, que promoveu um frontal e aberto ataque à censura prévia.⁴⁵ O sistema de licença prévia foi abolido em 1694, mas seu fim não significou a plena liberdade de expressão e manifestação do pensamento na Inglaterra.⁴⁶ Submetidos às normas gerais do *common law*, os autores, embora não mais estivessem obrigados a obter uma licença para publicar, o faziam sob o risco de sofrer as sanções civis e criminais previstas nas leis de difamação. William Blackstone, o mais influente dos juristas ingleses de então, em seus ‘Comentários sobre as Leis da Inglaterra’, de 1765, sustentava que a liberdade de expressão e imprensa é verdadeiramente essencial em um estado livre. Advertia, porém, que ela consistia na impossibilidade de se impor censura prévia à expressão do pensamento, não alcançando as sanções posteriores. Blackstone entendia que sujeitar a imprensa ao poder de um censor é sujeitar toda a liberdade de sentimentos aos preconceitos de um homem, tornando-o um juiz arbitrário e infalível de todos os pontos controvertidos a respeito do conhecimento, da religião e do governo. Segundo o autor, porém, as responsabilidades posteriores eram plenamente admissíveis. Punir as palavras e os escritos ofensivos seria necessário para preservar a paz, a boa ordem e os sólidos fundamentos da liberdade civil. Dentro deste contexto, a vontade do indivíduo de manifestar o seu pensamento seria deixada livre e apenas o abuso da liberdade estava sujeito às sanções legais.⁴⁷

Abolido o sistema de censura prévia na Inglaterra, as decisões judiciais subsequentes que compuseram o *common law* identificaram quatro espécies de normas punitivas da violação da honra ou da privacidade. A difamação da religião, estabelecendo leis contra a blasfêmia e a heresia; as leis contra obscenidades e em defesa da moral pública; as leis para a proteção da privacidade dos indivíduos; e, por fim, as leis de difamação para a proteção da honra e da reputação, inclusive das autoridades governamentais (estas denominadas pela

⁴⁴ Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/608/608-h/608-h.htm>

⁴⁵ Maiores detalhes a respeito da publicação de *Areopagitica* podem ser verificados em BERTONI, E.A., *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, p. 88

⁴⁶ LEVY, op.cit., p. 6

⁴⁷ BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books*

tradição inglesa de leis contra a sedição ou contra a difamação sediciosa).⁴⁸ No que diz respeito ao conflito entre a liberdade de expressão e a honra em assuntos de interesse público e as restrições impostas à liberdade de expressão, Levy indica como ponto de partida de formação do *common law* o relatório de Edward Coke (*De Libellis Famosis*) sobre um julgamento ocorrido em 1606 na *Star Chamber*. De acordo com o entendimento que o tribunal adotou em seu julgamento de 1606, a difamação consistente na violação da honra ou da reputação de outrem merece punição porque provoca a vingança e pode levar a uma ‘ruptura da paz’ (*breach of the peace*). Se essa difamação atinge um agente do estado, a punição deve ser mais severa porque, além da ruptura da paz, a expressão pode provocar também um ‘escândalo de governo’. Curioso notar que os estatutos medievais anteriores a esse julgamento estabeleciam que a difamação apenas se consumava se os fatos imputados fossem falsos. Para a *Star Chamber*, porém, tanto as verdadeiras, quanto as falsas imputações constituíam difamação e mereciam punição. As imputações verdadeiras eram ainda mais graves do que as falsas porque teriam maior potencial de provocar uma ruptura da paz. Nada muito diferente do que vigora em muitos sistemas jurídicos até hoje. Após a abolição do sistema de licenças prévias para publicação, muito embora os escritos pudessem livremente ser impressos e divulgados, os seus autores estavam sujeitos a sanções civis e criminais. A censura não deixou de existir, apenas mudou de forma: de prévia a posterior. Aqueles que ousassem exercer a crítica, especialmente contra o governo, estavam sujeitos aos processos criminais e civis, independentemente de serem verdadeiros ou falsos os fatos imputados aos governantes.⁴⁹

A experiência jurídica inglesa sobre a liberdade de expressão atravessou o Atlântico e se transferiu às treze colônias norte-americanas. Tal como na Inglaterra, nas colônias norte-americanas, a liberdade de expressão sofria todo tipo de restrições: “A imagem persistente da América colonial como uma sociedade em que a liberdade de expressão era cultuada é uma alucinação que ignora a história”.⁵⁰ Segundo ressalta Levy, a América colonial não era uma sociedade plural, e sim uma sociedade aberta para a formação de pequenos

⁴⁸ LEVY, op.cit., p. 7-8

⁴⁹ Ibid., p. 7

⁵⁰ Ibid., p. 16

enclaves. Dentro deles, uma sociedade uniforme exercia verdadeira opressão sobre os pensamentos dissidentes. Nas colônias, a liberdade de pensamento era punida pelas próprias assembléias legislativas (sob o fundamento de que elas próprias não poderiam ser alvo de críticas e de que a liberdade de expressão era um privilégio somente dos parlamentares), pelos agentes do executivo e também, em menor medida, pelo judiciário.⁵¹ Perseguições e processos criminais de toda a ordem eram levados a efeito contra quem ousasse criticar o governo, fosse a crítica justa ou injusta, fossem os fatos falsos ou verdadeiros. Houve, porém, um momento de virada, que ocorreu no julgamento do famoso caso Zenger em Nova Iorque no ano de 1735. Este julgamento foi considerado um divisor de águas no que diz respeito à proteção da liberdade de expressão em conflito com a honra, quando em jogo assuntos de interesse da sociedade. John Peter Zenger era um imigrante alemão, com formação educacional precária, que apenas imprimia o jornal *New York Weekly Journal*, periódico que publicava artigos, denunciando as irregularidades cometidas pela administração do governador da colônia, William Cosby. Zenger não era o editor do jornal, nem escrevia qualquer coluna. O comando intelectual era exercido pelo jornalista e advogado James Alexander e os artigos críticos eram redigidos por diversos líderes opositoristas, todos escrevendo sob pseudônimos. Em novembro de 1734, Zenger foi preso, acusado de perturbar a paz pública, de criar facções entre o povo e de publicar artigos desrespeitosos ao governo real. Em seguida, foi denunciado por publicar *falsas* informações sobre o governo. O julgamento ocorreu no dia 4 de agosto de 1735. Zenger foi defendido por Andrew Hamilton, então considerado o melhor advogado da América colonial, que assumiu o caso após o afastamento, por determinação do juiz, de seu primeiro advogado James Alexander. A estratégia da defesa, preparada por James Alexander e seguida por Andrew Hamilton, foi ousada: não negar a prática da difamação e a publicação dos artigos — a negativa era, até então, o único meio de defesa disponível em favor dos réus nos processos por difamação — mas sustentar o direito de publicar a verdade. Para que fosse punível, a difamação deveria estar referida a uma falsa imputação. A acusação, por sua vez, seguindo a tradição do *common law*, requereu a condenação do réu sob o fundamento de que a verdade não exclui o crime, ao contrário, o agrava.

⁵¹ LEVY, op.cit., p. 17-18

Sempre (ou ao menos desde 1606) havia sido assim no direito inglês e, por consequência, no norte-americano. A defesa ressaltou, porém, que o réu havia sido denunciado por publicar *falsas* informações; sendo assim, seria ônus da acusação comprovar a falsidade. Mesmo assim, a defesa ofereceu-se para comprovar a verdade das informações publicadas. O juiz presidente do tribunal do júri esclareceu às partes que não havia necessidade de se comprovar a verdade ou falsidade dos fatos porque, de acordo com a lei, a difamação constituía crime, fossem os fatos afirmados falsos ou verdadeiros. Mesmo assim, dirigindo-se aos jurados, o advogado de defesa Andrew Hamilton afirmou que esse entendimento remontava aos julgamentos da *Star Chamber*, corte há muito tempo extinta na Inglaterra. A defesa apelou aos jurados que superassem a doutrina de que a verdade agravava a difamação: “será a verdade um pecado maior do que a mentira?”.⁵² O juiz advertiu os jurados de que o papel do júri se limitava a estabelecer se o réu Zenger havia imprimido e publicado os jornais. O caráter difamatório estava fora de questão. A defesa insistiu, dizendo que o protesto de um homem livre contra um mal governo apenas pode ser punido quando está fundado em falsas afirmações e que o júri não estava naquele dia julgando um caso isolado, mas decidindo sobre o direito de se opor a um governo arbitrário, falando e escrevendo a verdade. O júri, após retirar-se por um curto período, decidiu que o réu era inocente. A platéia entusiasmou-se, exaltando o resultado e Zenger foi imediatamente posto em liberdade.⁵³ Embora não tenha havido alteração nas legislações então vigentes nas colônias, que repudiavam a exceção da verdade como defesa nas ações de difamação, as lições do caso Zenger repercutiram por todas as colônias: “a memória do caso Zenger sustentou o standard da verdade como defesa apesar de a lei haver permanecido inalterada”.⁵⁴

Durante os séculos XVII e XVIII, os defensores da liberdade de expressão de origem inglesa, os mais notáveis Locke e Milton, embora combatessem sem tréguas o sistema de censura prévia, eram homens de seu tempo e, assim, admitiam a possibilidade de punição posterior aos que, abusando do exercício da liberdade, proferissem declarações difamatórias, sediciosas ou blasfemas,

⁵² LEVY, op.cit., p. 37-43

⁵³ Ibid, p. 37-43

⁵⁴ Ibid., p. 44

independentemente da veracidade ou falsidade das afirmações proferidas. A partir de 1720, porém, foram publicados na Inglaterra, e nos anos posteriores nos Estados Unidos, sob a forma de colunas de jornal, os ensaios de John Trenchard e Thomas Gordon, que escreviam sob o pseudônimo conjunto de ‘Cato’. Nessas colunas, os autores desenvolveram uma bem elaborada teoria sobre as liberdades públicas, inclusive sobre a liberdade de expressão, relacionando-a com suas funções e objetivos e com as diferentes formas de governo. Os ensaios ficaram conhecidos como as ‘Cartas de Cato’. Em relação àquilo que mais interessa a este trabalho, como o papel das leis de difamação e de proteção à honra como meio de restrição da liberdade de expressão, Cato publicou alguns ensaios, como as Reflexões sobre a Difamação,⁵⁵ o (primeiro) Discurso sobre a Difamação e o Segundo Discurso sobre a Difamação, em 20 e 27 de outubro de 1722, respectivamente.⁵⁶ Nestes ensaios, Cato teorizou e defendeu que a verdade, ao menos quando em jogo assuntos de interesse público, não poderia ser punida pelas leis de difamação. Em outras, palavras, seguindo as ideias levantadas pelos advogados James Alexander e Andrew Hamilton no julgamento do caso Zenger, Cato sustentava que a verdade deveria ser admitida como defesa nos processo por difamação quando em questão assuntos de estado. Como bem afirmou Cato, “a melhor maneira de se evitar uma difamação é não a merecer” e, então, “rir dela, menosprezá-la”, e não processar o seu autor. As Cartas de Cato foram publicadas por diversos jornais norte-americanos de “Boston a Savannah”. John Adams e Thomas Jefferson citavam Cato e Jefferson mantinha um exemplar do livro em sua biblioteca.⁵⁷

Cabe observar, no entanto, que a doutrina que reivindicava a incidência dos fundamentos políticos da liberdade de expressão sobre as leis de difamação sustentada por Cato e pelos advogados do caso Zenger, embora tenha sido um primeiro passo na defesa da liberdade de criticar os governantes, ainda era de alcance limitado. Isso porque as ideias de Cato, James Alexander e Andrew Hamilton estavam circunscritas à alegação de que a verdade deveria funcionar como defesa nas ações de difamação. Era sem dúvida um avanço em relação às

⁵⁵ TRENCHARD, J. e GORDON, T., *Cato’s Letters*, vol. 1

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ LEVY, *op.cit.*, p. 109-118

leis até então vigentes fundadas na doutrina *Star Chamber* porque, segundo o *common law*, a difamação deveria ser punida pelo simples fato de provocar a ‘ruptura da paz’, independentemente de as afirmações serem falsas ou verdadeiras. A verdade das afirmações, reafirme-se, constituía um agravante na medida em que a possibilidade de ‘ruptura da paz’ seria maior se as declarações fossem verdadeiras. A verdade predispunha a vítima, em maior grau, à vingança; a mentira poderia ser até mesmo desconsiderada. Mas o caso Zenger mostrou-se, em certo sentido, um ‘caso fácil’, uma vez que se tratava de uma acusação criminal proposta por um governo extremamente impopular contra um jornalista. Outras questões relevantes para a proteção da liberdade de expressão não foram percebidas ou levantadas por Cato, Alexander ou Hamilton. Que tratamento jurídico se deveria conferir às declarações que não imputam fatos, mas são meras opiniões? Como se deve considerar que um fato não é verdadeiro? A partir do ponto de vista de quem o pronuncia ou daquele a quem o fato é imputado? A quem cabe a comprovação da falsidade dos fatos declarados? A doutrina Cato-Alexander-Hamilton não se pronunciou sobre essas questões. Mas ainda assim destacou outro aspecto relevante para as tradições jurídicas inglesa e norte-americana: a necessidade de se atribuir ao júri – e não a um juiz que não gozava de independência em relação aos governantes – a competência não apenas para se pronunciar sobre a autoria das declarações, mas também sobre o caráter difamatório das declarações.

Nada de substancialmente novo no que diz respeito à efetiva defesa da liberdade de expressão e de imprensa surgiu no período da Revolução Americana, da declaração de independência e das guerras contra a Inglaterra. Embora a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, proclamasse que: “que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”,⁵⁸ o fato é que, no mundo jurídico, prevalecia por toda a América do Norte o entendimento blackstoniano sobre a liberdade de expressão: liberdade para publicar sem a necessidade de licença prévia e possibilidade de sofrer sanções pelos abusos decorrentes da publicação, inclusive e especialmente, em relação às críticas dirigidas ao governo

⁵⁸ disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>

e aos governantes. A declaração da Virgínia, na verdade, não explicitava o que se devia considerar uma restrição sobre a liberdade de imprensa. E o direito vigente, aplicado pelos tribunais das colônias, depois estados, continuou a considerar ausência de restrição sobre a liberdade de imprensa apenas a ausência de restrição prévia, não de sanção posterior. Nenhuma das constituições dos estados recém independentes assegurava aos cidadãos o julgamento por júri e a possibilidade de alegar a verdade como defesa (a exceção da verdade) nas ações de difamação. Nenhum dos estados revogou as leis de difamação vigentes no *common law*, ao contrário, doze dos treze estados originais (a exceção foi Connecticut) mantiveram expressamente as leis do *common law* herdadas da Inglaterra. Todos continuaram a considerar como crime a difamação e a crítica dirigida ao governo e aos governantes. Entre 1776 e 1789, nenhum estado considerou que a exceção da verdade poderia ser usada como argumento de defesa pelos acusados nas ações de difamação. Em 1792, o Estado da Virgínia publicou uma lei contra divulgação de notícias falsas, curiosamente indicando que a liberdade de imprensa poderia ser restringida, mas não poderia ser regulada.⁵⁹ Após a reunião da Convenção da Filadélfia entre maio e setembro de 1787 e a aprovação da Constituição dos Estados Unidos, o panorama também não se modificou. A Constituição não trazia uma declaração de direitos, nem protegia, em nenhum de seus artigos, a liberdade de expressão e de imprensa.

2.3.

A fundação da liberdade de expressão no direito norte-americano: da Primeira Emenda à Lei de Sedição

Aprovada pela Convenção Constitucional da Filadélfia em 17 de setembro de 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América, para entrar em vigor, deveria ser ratificada por ao menos 9 (nove) dos 13 (treze) estados que formavam a nova federação. Seguiu-se, então, um debate entre os que apoiavam a ratificação, chamados de federalistas, e os que se opunham a ela, os antifederalistas. Não há qualquer indicação de que os constituintes e os defensores da Constituição tivessem a intenção de afastar as leis de difamação e os processos criminais contra os que criticassem os governantes. Imediatamente após a

⁵⁹ LEVY, op.cit., p. 171-219

aprovação da Constituição e no curso dos debates para a sua ratificação, a compreensão da liberdade de expressão não se modificou entre os norte-americanos. Tal como no período colonial, a liberdade de expressão continuou a ser entendida como liberdade para publicar sem necessidade de licença prévia, mas com possibilidade de posterior imposição de sanções civis e criminais.

No debate entre federalistas e antifederalistas, a ausência de uma declaração de direitos emergiu como argumento principal dos que se opunham à ratificação da Constituição. Esta questão assumiu um papel central no destino do direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos. John Adams e Thomas Jefferson, que à época da Convenção da Filadélfia serviam como embaixadores em Londres e Paris, embora defendessem a ratificação da Constituição, estranharam, quando receberam uma cópia do documento, a ausência de uma declaração de direitos. Os federalistas sustentavam que uma declaração de direitos seria desnecessária porque, no esquema republicano construído pela Constituição, não se conferia ao governo federal qualquer poder de restringir os direitos fundamentais do povo. As teses dos federalistas não se sustentavam, nem de um ponto de vista estritamente jurídico. Se uma declaração de direitos é desnecessária na nova ordem constitucional, indagavam ao antifederalistas, por que a Constituição, em seus artigos originalmente aprovados, previra ao menos algumas garantias fundamentais: *habeas corpus*; julgamento pelo júri nas acusações criminais; proibição de discriminação religiosa para acesso aos cargos públicos; proibição de aprovar leis incriminadoras *ex post facto* e atos legislativos que impunham punições não precedidas de processo e julgamento? Mesmo discordando da ausência de uma declaração de direitos na Constituição, os representantes de vários estados a ratificaram, conclamando o primeiro congresso eleito sob a nova constituição a elaborar uma declaração de direitos por meio de emendas constitucionais. Embora sustentassem a necessidade de assegurar proteção constitucional à liberdade de expressão e de imprensa e a outros direitos fundamentais, os defensores da declaração de direitos não se manifestaram sobre o que entendiam por liberdade de imprensa, sobre o seu conteúdo ou sobre as possibilidades de restrição dessa liberdade. Passaram ao largo do debate questões como se a verdade deve ser admitida como defesa em ações de difamação ou se deve caber ao júri, e não ao juiz, determinar se a manifestação tem conteúdo

difamatório, além de decidir se foi o acusado quem fez a declaração. Levy destaca que:

Verificadas todas as publicações antifederalistas, percebe-se que ninguém lidou com nenhum dos problemas relevantes ligados à liberdade de imprensa. Censura prévia não levantava nenhum problema real; sanções posteriores sim, seja em forma de violação de privilégios parlamentares, punição por difamação do governo ou qualquer outra forma de difamação.⁶⁰

Ratificada a Constituição, o primeiro congresso começou a trabalhar na elaboração da declaração de direitos. Esta tarefa foi assumida pelo deputado James Madison, eleito pelo povo da Virginia. Em 8 de junho de 1789, ele propôs a seus colegas da Câmara de Representantes a aprovação de 20 (vinte) projetos que, após alterações de redação, foram submetidos aos Estados e viriam a se tornar as 10 (dez) primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos. Para o texto da norma que protegia a liberdade de expressão e de imprensa, Madison elaborou a seguinte redação: “O povo não pode ser privado ou restringido em seu direito de falar, escrever ou publicar seus sentimentos; a liberdade de imprensa, que é um dos grandes baluartes da liberdade, deve ser inviolável”. Das 20 (vinte) propostas de emenda redigidas por Madison, 17 (dezesete) foram enviados ao Senado, que as reduziu a 12 (doze). A terceira proposta, que acabou se tornando a Primeira Emenda à Constituição, garantiu a liberdade de expressão e de imprensa nos termos da redação elaborada pelo Senado: “O Congresso não fará nenhuma lei (...) restringindo a liberdade de palavra, ou da imprensa”.⁶¹ Nove estados levaram apenas seis meses para ratificar as dez primeiras emendas. Vermont, o primeiro, ratificou em novembro de 1789 e Virginia, dois anos após, em dezembro de 1791. Ao tempo de sua aprovação pelo primeiro Congresso e posterior ratificação pelas assembleias estaduais, a Primeira Emenda, no que toca à liberdade de expressão e de imprensa, nos termos em que redigida, não suscitou oposição, nem controvérsia, não havendo, tampouco, relato de como juridicamente a compreendiam os congressistas, que a aprovaram, e os representantes estaduais, que a ratificaram. Os jornais não reportaram ou reportaram superficialmente a

⁶⁰ LEVY, op.cit., p. 220-281

⁶¹ Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (redação completa): “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”.

ratificação da Primeira Emenda pelas assembleias estaduais. Dos debates congressuais, ficou apenas o registro de um pronunciamento de Madison sobre a liberdade de expressão: “nós queremos dizer não mais que isso: que o povo tem o direito de expressar e comunicar seus sentimentos e desejos (...). O direito à liberdade de expressão é assegurado; a liberdade de imprensa é declarada expressamente fora do alcance deste governo [federal]”.⁶² É muito pouco para arriscar qualquer opinião sobre o conteúdo que os congressistas norte-americanos pretendiam dar à liberdade de expressão.⁶³ Estava em jogo, naquele momento histórico, a necessidade de delimitar os poderes e competências dos governos federal e estaduais. E os poderes do governo central eram apenas os que estavam expressamente enumerados na própria Constituição. Ao proclamar que o Congresso não poderia legislar sobre a liberdade de palavra e de imprensa, a Primeira Emenda deixava claro que essa competência era reservada aos estados. Nada mais. O conteúdo do direito à liberdade de expressão ainda estava por ser preenchido. Embora a definição popular da liberdade de imprensa contemplasse o “direito de discussão irrestrita sobre os assuntos públicos”,⁶⁴ ainda vigoravam no *common law* dos estados as lições de Blackstone que, sob o aspecto jurídico, consideravam como conteúdo da liberdade de expressão apenas o direito de publicar sem censura prévia. Na realidade cotidiana dos jornais, porém, a liberdade de imprensa praticada nos Estados Unidos admitia, além da publicação independentemente de licença oficial, o debate fervoroso, às vezes até ofensivo, dos assuntos de interesse público. As acusações criminais contra os críticos do governo não eram frequentes e não gozavam do apoio popular. O debate livre era entendido e praticado como um pressuposto da sociedade democrática. Porém, ainda, não haviam emergido as teorias jurídicas mais avançadas sobre a liberdade de expressão e de imprensa. Ainda não estava juridicamente consolidado o entendimento de que as críticas deliberadas e ofensivas ao governo e aos

⁶² LEVY, *op.cit.*, p. 267

⁶³ Em sentido contrário se manifestou CHAFEE JR., Z., *Free Speech in the United States*, p. 21: “A Primeira Emenda foi redigida por homens para quem as palavras de Wilkes e Junius [escritores da época que defendiam radicalmente a liberdade de expressão] eram familiares e que pretendiam varrer o mundo jurídico as leis comuns de sedição e tornar as acusações por crime de proferir críticas ao governo, sem qualquer incitação à violação das leis, impossíveis para sempre nos Estados Unidos da América”. E ainda, p. 22: “Em resumo, os pais da Primeira Emenda buscavam preservar os frutos da antiga vitória [sobre a Inglaterra] abolindo a censura e conquistando uma nova vitória abolindo as acusações de sedição”.

⁶⁴ CHAFEE JR., *op.cit.*, p. 19

governantes, desde que fundadas em fatos verdadeiros, gozavam de total imunidade. A consolidação dessas teorias começou a ocorrer a partir dos debates que decorreram da promulgação da Lei de Sedição de 1798 (*Sedition Act*).

2.4.

A fundação da liberdade de expressão no direito norte-americano: os debates sobre a Lei de Sedição e o surgimento de uma teoria democrática

Em 14 de julho de 1798, o Congresso dos Estados Unidos, em meio a uma controvérsia política entre os recém formados partidos Federalista e Republicano,⁶⁵ aprovou a Lei de Sedição (*Sedition Act*) tipificando como infração penal, dentre outras, as condutas de “escrever, imprimir, proferir ou publicar (...) qualquer escrito falso, escandaloso e malicioso contra o governo dos Estados Unidos, qualquer das casas do Congresso ou o Presidente, com a intenção de difamar, desrespeitar ou incitar a raiva do povo dos Estados Unidos ou de promover a sedição ou excitar condutas ilegais contra o governo”. A lei estabelecia pena de multa de 2.000 (dois mil) dólares e prisão de até 2 (dois) anos e permitia que o acusado oferecesse a exceção da verdade em sua defesa. Os republicanos, que se opunham à lei, consideravam-na inconstitucional por violação ao direito à liberdade de expressão e de imprensa previsto na Primeira Emenda. Os federalistas, partido ao qual pertencia o então presidente John Adams, reputavam a lei um avanço nas liberdades públicas porque, em caráter inédito, admitia expressamente que a verdade poderia ser comprovada como matéria de defesa nas ações de difamação contra o governo, incorporando, em parte, as regras que derivavam do julgamento do caso Zenger. A lei realmente admitia em favor do réu a exceção da verdade, assegurando-lhe “apresentar como prova a verdade dos pronunciamentos considerados difamatórios”, além de prever a competência do júri, e não do juiz, para determinar se o réu havia publicado a declaração e se esta tinha natureza difamatória. Os federalistas, porém, consideravam que as críticas e opiniões políticas contra o governo deveriam ser punidas pela nova lei. A esse entendimento, correspondeu uma reação dos

⁶⁵ O Partido Republicano do final do século XVIII e início do século XIX não é, nem originou, o partido de mesmo nome atualmente existente nos Estados Unidos. Em 1798, o partido fazia oposição ao Presidente John Adams, que era vinculado ao Partido Federalista. O então Partido Republicano corresponderia, na verdade, ao atual Partido Democrata e o Partido Federalista ao hoje denominado Partido Republicano.

republicanos, então liderados por Thomas Jefferson, no sentido de avançar ainda mais as liberdades de manifestação do pensamento que estariam protegidas pela Primeira Emenda. Como anotou Levy: “As pressões geradas pela Lei de Sedição conduziu os ‘jeffersonianos’ a criar uma ampla teoria da liberdade de expressão que repudiava o conceito da difamação contra o governo e advogava para as opiniões políticas isenção contra todas as restrições”.⁶⁶

As Resoluções de Kentucky e da Virginia sobre a Lei de Sedição, escritas por Jefferson e Madison, respectivamente, julgavam inconstitucionais as regras de restrição da liberdade de expressão da nova lei sob o fundamento de que a União não detinha competência legislativa sobre essa matéria, admitindo, porém, que os estados poderiam legislar a respeito. Os debates ocorridos na assembléia-geral da Virginia indicam que os legisladores estaduais começavam a repudiar o entendimento blackstoniano da liberdade de expressão e sua distinção entre liberdade e libertinagem e entre censura prévia e sanções posteriores. Eles sustentavam que “as opiniões políticas deveriam estar livres de qualquer restrição legal e não poderiam ser medidas ou protegidas pelo teste da verdade”.⁶⁷ Levy aponta que, a partir desses debates sobre (e contra) a Lei de Sedição, emerge uma nova teoria democrática da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Além dos bem conhecidos *The Virginia Report of 1799-1800*,⁶⁸ de James Madison, e da nota G, volume 2 do apêndice de *Blackstone’s Commentaries with Notes of Reference (1803)*⁶⁹ de St. George Tucker, várias outras obras compuseram a fonte do pensamento jeffersoniano sobre a liberdade de expressão e de imprensa segundo Levy: *An Essay on The Liberty of The Press*, de George Hay; *Treatise Concerning Political Enquiry, and the Liberty of the Press*, de Tunis Wortman; *Political Essays*, de Thomas Cooper; *A Dissertation upon Constitutional Freedom of the Press in the United States of America*, de James Sullivan; *An Enquiry, Concerning the Liberty and Licentiousness of the Press, and the Uncontrollable Nature of the Human Mind*, de John Thomson. Em seu discurso de posse como presidente dos

⁶⁶ LEVY, op.cit., p. 301

⁶⁷ LEVY, op.cit., p. 309

⁶⁸ Virginia General Assembly, House of Delegates; *The Virginia report of 1799-1800, touching the Alien and Sedition laws; together with the Virginia resolutions of December 21, 1798, the debate and proceedings thereon in the House of Delegates of Virginia, and several other documents illustrative of the report and resolutions*; Clark: New Jersey, 2005

⁶⁹ Disponível em <http://lonang.com/library/reference/tucker-blackstone-notes-reference/>

Estados Unidos, em março de 1801, Jefferson declarou: “Se houver alguém entre nós que queira dissolver a União ou mudar sua forma republicana de governo, que se manifeste sem ser perturbado como prova segura de que a opinião errônea deve ser tolerada quando a razão é deixada livre para combatê-la”.

O relatório que James Madison escreveu sobre as Resoluções da Virgínia de 21 de dezembro de 1798, *The Virginia Report of 1799-1800*,⁷⁰ tornou-se a obra de referência da nova teoria democrática da liberdade de expressão. O relatório incorporava as ideias dos já mencionados autores jeffersonianos e, em resumo, sustentava: (a) que a Lei de Sedição era inconstitucional; (b) que o governo federal não poderia fundamentar suas acusações de difamação nas leis estaduais; (c) que um governo republicano não poderia ser considerado vítima de difamação; (d) que a Primeira Emenda revogou o *common law* (a ideia blackstoniana) da liberdade de expressão; (e) que a Primeira Emenda garantia a liberdade de expressão em caráter absoluto, não podendo sofrer qualquer restrição do governo federal.⁷¹ Madison anotava que a mera proibição da censura prévia não era suficiente para preencher a ideia americana a respeito da liberdade de imprensa porque “uma lei infringindo penas às publicações impressas teria um efeito similar à lei autorizando uma censura prévia à publicação. Seria ridículo dizer que nenhuma lei pode ser aprovada proibindo a impressão de publicações, mas possibilitando a punição posterior”.⁷² Madison percebia claramente o poder destrutivo para liberdade de expressão da autocensura que deriva da possibilidade de imposição de responsabilidades ulteriores pelo judiciário. Após esclarecer as condições do exercício do poder legislativo na Inglaterra, Madison sustentava que, nos Estados Unidos, era diferente. Na América é “o povo, não o governo, que possui soberania absoluta”.⁷³ Entre os britânicos, dizia Madison, a Coroa detinha a soberania e as pessoas a ela estavam sujeitas. No entanto, quanto à liberdade de expressão e imprensa a ser exercida sob um governo republicano, dizia Madison que: “Nós devemos considerar que o poder de censura é do povo sobre o governo, e não do governo sobre o povo”.⁷⁴ Ademais, em uma democracia constitucional,

⁷⁰ Virginia General Assembly, op.cit.

⁷¹ LEVY, op.cit., p. 315-316

⁷² Virginia General Assembly, op.cit.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

não só o poder executivo, mas também o poder legislativo tinha seus poderes limitados. A liberdade de imprensa, então, deveria estar protegida das restrições prévias impostas pelo executivo e das restrições posteriores estabelecidas pelo legislativo. Essas limitações, para serem efetivas, deveriam alcançar, segundo Madison, “não apenas a prévia inspeção dos censores, mas também a penalidade subsequente das leis”.⁷⁵ Madison superava os limites da doutrina de Blackstone e entendia que a proteção dada pelo *common law* à liberdade de imprensa da Inglaterra não poderia ser o standard da liberdade nos Estados Unidos. Sob a constituição americana, em se tratando de liberdade de expressão e imprensa, estavam proibidas, segundo Madison, tanto a censura prévia como as sanções posteriores. Madison não admitia a imposição da censura prévia, nem da censura *ex post facto*. Em essência, a teoria madisoniana sustentava a necessidade de uma ampla possibilidade de crítica política, uma vez que apenas um eleitorado informado e livre é capaz de tomar as melhores decisões. Mesmo a possibilidade de comprovar a verdade como argumento de defesa contra uma ação de difamação seria insuficiente para proteger adequadamente a liberdade de expressão. Madison clamava por uma liberdade absoluta de criticar os agentes públicos e a conduta da administração. Em passagem que ficou conhecida com a premissa madisoniana,⁷⁶ Madison registrou no *Virginia Report* que: “o direito de examinar livremente as medidas e os personagens públicos, e o direito de livremente sobre eles se manifestar, é o único guardião efetivo de todos os outros direitos”.⁷⁷

A Lei de Sedição tinha vigência temporária e vigorou até 3 de março de 1801, véspera da posse de Thomas Jefferson como presidente dos Estados Unidos. Catorze jornalistas e políticos republicanos, críticos ao governo de John Adams, foram processados, multados e presos entre 1798 e 1801 com base na Lei de Sedição. Era intenção do governo silenciar a imprensa oposicionista. O judiciário norte-americano não declarou a inconstitucionalidade da lei. Jefferson, ao ascender à presidência, perdoou todos os condenados e o Congresso aprovou lei, restituindo multas pagas em decorrência das condenações e custas processuais.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ LEWIS, A., *Liberdade para as Ideias que Odiamos – Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*; tradução de Rosana Nucci; São Paulo: Aracati, 2011, p. 34-35. LEWIS chama de premissa de Madison a premissa do sistema político americano: “o direito de examinar livremente medidas e personagens públicos”.

⁷⁷ Virginia General Assembly, op.cit.

Com o fim da vigência da Lei de Sedição, os embates políticos arrefeceram e as lições de Madison e dos demais seguidores da teoria democrática da liberdade de expressão permaneceram em suspenso por muitos anos. As normas sobre difamação no âmbito estadual acabaram seguindo os critérios formulados por uma lei aprovada pela assembleia do Estado de Nova Iorque em 1804, após o julgamento do caso *People v. Croswell*: admissão da verdade como defesa, se a declaração é proferida com boas razões e com fins justificáveis, e competência do júri, não do juiz, para decidir a respeito do caráter difamatório da declaração. Esses critérios estabelecidos na lei de Nova Iorque sobre difamação permaneceram regulando por muitas décadas, os conflitos entre os direitos à honra e à liberdade de expressão, inclusive nos assuntos de interesse público, em todos os Estados Unidos e somente foram substancialmente alterados em 1964 quando a Suprema Corte proferiu seu julgamento no caso *New York Times v. Sullivan*, que será objeto de estudo nos capítulos 4 e 5.

3

A responsabilidade civil por violação à honra como meio de restrição da liberdade de expressão

3.1.

Os limites e as restrições do direito à liberdade de expressão

‘A liberdade de expressão não é um direito absoluto’, eis a mais frequente afirmação, presente em dez entre dez decisões judiciais, quando o tema a ser decidido é a liberdade de expressão em conflito com qualquer outro direito. No panorama do direito norte-americano, ressalvada a posição minoritária dos juízes Hugo Black, William Douglas e Arthur Goldberg da Suprema Corte, que tinham a liberdade de expressão em assuntos de interesse público como um direito absoluto,⁷⁸ grande parte dos demais juízes e juristas estão de acordo quanto à impossibilidade de que o direito à liberdade de expressão possa se exercer em termos absolutos, mesmo quando em questão assuntos de governo e de estado.⁷⁹ Isso porque, ao lado da liberdade de expressão, o ordenamento jurídico protege diversos outros direitos fundamentais e bens jurídicos com os quais o direito de manifestar livremente o pensamento deve conviver. Mas o que significa dizer que ‘a liberdade de expressão não é um direito absoluto’? Em que termos esta afirmação deve ser compreendida? Será um passaporte para limitar a expressão toda vez que outro direito é afetado (apenas afetado, e não necessariamente violado)? Afinal, se o direito não é absoluto, é possível impor-lhe limitações. Mas

⁷⁸ LEWIS, A., *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*, p. 97-98: “Ele [Hugo Black] louvava a Primeira Emenda sobre todas as demais normas da Constituição e entendia seus comandos como ‘absolutos’. As palavras ‘nenhuma lei’ [O Congresso não fará nenhuma lei restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa], ele costumava falar, significam ‘nenhuma lei’”.

⁷⁹ LEDESMA, H.F., *Los Límites de la Libertad de Expresión*, p. 264: “Tendo em conta que o uso da palavra – ou de símbolos – pode ofender ou causar dano a terceiros e inclusive ao conjunto da sociedade, não é possível assumir que a liberdade de expressão seja um direito absoluto e que pode ser exercido sem medida. Trata-se de uma liberdade regulada, de um direito que se encontra sujeito a diversas limitações e restrições que de forma explícita ou implícita estabelecem quais são os seus contornos e que determinam até onde se encontra garantida”.

isso pode ocorrer sem critérios previamente estabelecidos em lei e decididos caso a caso segundo a livre apreciação do juiz ou depende de prévia regulamentação legal? Quais são os requisitos constitucionais e legais que autorizam que essas limitações sejam impostas?⁸⁰

Como se mencionou no capítulo 2, a liberdade de expressão é direito que, em muitas situações e especialmente quando em jogo assuntos de interesse público, deve ocupar uma posição preferencial quando em conflito com outros direitos. Isso decorre dos próprios fundamentos da liberdade de expressão: (a) do caráter fundamental que desempenha para a constituição do governo em uma sociedade democrática ('pedra angular da democracia', como apontou a Corte Interamericana de Direitos Humanos)⁸¹, (b) do caráter necessário para, em uma sociedade plural, alcançar a verdade no livre mercado de ideias e (c) de sua própria natureza de direito da personalidade, essencial ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Como, então, conciliar a ideia de que a liberdade de expressão não consagra um direito absoluto e considerar, ao mesmo tempo, que se trata de direito que assume, especialmente quando envolvidos assuntos de interesse público, uma posição preferencial?

O encaminhamento da resposta, em uma primeira aproximação, passa pela enumeração, ainda que não exaustiva, de outros direitos e bens jurídicos que são aptos a validamente limitar e restringir o direito ao amplo exercício da liberdade de expressão. Em uma democracia constitucional, o estado não está autorizado a limitar ou restringir o direito constitucional à liberdade de expressão de acordo com o que lhe aprouver, mas apenas para a promoção e defesa de outros direitos fundamentais e bens jurídicos que, como a liberdade de expressão, também estão protegidos. Diversos são os limites e as restrições do direito à liberdade de expressão. A honra, a imagem e a privacidade, a proteção da infância e da

⁸⁰ SUNSTEIN, C.R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, p. 121-122: "Algumas pessoas pretendem ser 'absolutistas' da liberdade de expressão, advogando proteção constitucional para toda forma de discurso; mas ninguém realmente pensa dessa maneira. O governo pode impedir muitas maneiras de expressão, incluindo falso testemunho, tentativa de corrupção, ameaças, violação à honra privada, publicidade enganosa, exercício ilegal da medicina e da advocacia, conspirações e apologia ao crime. E pode fazer isso mesmo que ainda que o único alvo da regulação seja a 'palavra', mais do que a conduta. O absolutismo na liberdade de expressão é quando muito uma teologia, e não tem seguidores verdadeiros".

⁸¹ Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafos 69 e 70

juventude, a proteção da segurança nacional ou saúde pública são direitos e bens jurídicos que limitam e restringem o direito à liberdade de expressão; diversos também são os meios de restrição dessa liberdade, tais como a proibição de discursos racistas ou de ódio, o reconhecimento de responsabilidades civis e penais ulteriores, o direito de retificação e o direito de resposta e a proibição de vários outros discursos que não estão protegidos pela liberdade de expressão. A liberdade de expressão também pode estar sujeita a restrições de tempo, forma e lugar e a restrições circunstanciais que podem ocorrer em situações de exceção, quando é decretado estado de emergência ou de sítio.

Como o objetivo da tese é o estudo do conflito da liberdade de expressão com a honra e das restrições que esta impõe àquela, seguindo-se uma proposta de solução para as restrições indevidas à liberdade de expressão, é necessário, preliminarmente, esclarecer quais são as diferenças entre os limites e as restrições à liberdade de expressão. Quando se fala dos limites à liberdade de expressão, está-se a referir aos contornos, às fronteiras da liberdade de expressão, ou seja, à esfera normativa, constitucional e legalmente definida, do direito de manifestar livremente o pensamento. Um limite à liberdade de expressão atua reduzindo *ex ante* o âmbito de proteção desse direito e se opõe à manifestação do pensamento em caráter absoluto e permanente. O limite está referido ao próprio conteúdo da mensagem. A doutrina norte americana a ele se refere como discurso não protegido (*unprotected speech*).⁸² O discurso racista é um exemplo de limite à liberdade de expressão no direito brasileiro. A Constituição proíbe a prática do racismo (art. 5º, XLII) e a Lei nº 7.716, de 1989, pune as condutas racistas, estabelecendo crimes e penas. As restrições, por sua vez, se apresentam como circunstâncias de tempo, lugar, modo ou mesmo conteúdo a partir da qual um discurso que em princípio está protegido pelo direito à liberdade de expressão deve ceder quando em conflito com outro direito ou bem jurídico fundamental também protegido pela Constituição ou por um tratado de direitos humanos. Assim, por exemplo, o discurso que dolosamente imputa falsas acusações a uma

⁸² CHEMERINSKY, E., *Constitutional Law – Principles and Policies*, 3ª edição, p. 986-1.121

pessoa privada merece receber sanções civis, e até mesmo penais em alguns casos, em atenção ao direito fundamental à honra, também garantido pela Constituição.⁸³

O conteúdo e o alcance dos limites e das restrições que o ordenamento jurídico reconhece como válidos a delimitar a liberdade de expressão passa pela definição do caráter preferencial ou não-preferencial que essa mesma liberdade ocupa no interior do ordenamento. Em outras palavras, como ressaltou Ledesma, passa por uma aproximação ‘maximalista’, que entende que os limites e as restrições à liberdade de expressão devem ser interpretados restritivamente, prevalecendo, em princípio, o direito de manifestar livremente o pensamento, ou por uma postura ‘minimalista’, que sustenta o contrário, ou seja, que a liberdade de expressão deve ter um alcance mais restrito, sendo sacrificada quando em conflito com outros direitos. Como bem apontou o mencionado autor: “No fundo, trata-se de determinar quanto apreciamos a liberdade de expressão, e saber qual o preço que estamos dispostos a pagar pela sua vigência”.⁸⁴ Embora não seja o caso de enumerar exaustivamente todos os direitos e bens jurídicos que podem limitar ou restringir a liberdade de expressão, é necessário ao menos apresentar os mais relevantes. Uma análise mais detalhada, porém, ficará concentrada, no item subsequente deste capítulo, nas restrições referentes ao direito à honra que compõem o núcleo central do objeto deste trabalho.

Quanto aos limites ao direito à liberdade de expressão no direito brasileiro, vale reiterar que a Constituição proíbe a prática de racismo (art. 5º, XLII), determinando sua configuração como crime inafiançável e imprescritível apenado com reclusão. A Lei nº 7.716, de 1989, tipificou os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O art. 20, que foi acrescentado pela Lei nº 9.459, de 1997, proibiu os discursos de ódio no direito brasileiro e definiu como crime “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, o que também alcançou a propaganda nazista na medida em que constitui crime a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda com a utilização da cruz

⁸³ LEDESMA, op.cit., p. 269

⁸⁴ Ibid., 266-267

suástica ou gamada para divulgação do nazismo. No direito brasileiro, o caso paradigmático foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 82.424 – DF (caso Ellwanger), ocasião em que a corte negou-se a anular a condenação por crime de racismo imposta a um editor de livros de conteúdo antissemita.

No direito nacional também está em vigor a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Diploma legal de aplicação controversa, porque editado no regime da ditadura civil-militar, a Lei nº 7.170, de 1983, embora contenha diversos dispositivos que foram revogados pela Constituição de 1988, proíbe por exemplo, em seu art. 22, a propaganda de guerra, de perseguição religiosa, de discriminação racial, de violência entre as classes sociais e também a propaganda de “processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política e social”. Em tempos de recrudescimento do ódio às classes trabalhadoras e menos favorecidas e de defesa da quebra da ordem constitucional por meio da incitação de golpes militares, talvez fosse o caso de se considerar uma releitura de alguns jamais formalmente revogados dispositivos da Lei nº 7.170, de 1983, de acordo a Constituição de 1988, em defesa do regime democrático constitucional.

Dois importantes tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no ordenamento nacional também excluem do âmbito de proteção da liberdade de expressão as propagandas de guerra e os discursos de apologia ao ódio nacional, racial ou religioso. O art. 13, 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no ordenamento nacional pelo Decreto nº 678, de 1992, determina que: “A Lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. No mesmo sentido são os termos do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 1992: “1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”. O texto das normas internacionais insta os ordenamentos nacionais a proibir, por meio de lei, os discursos de guerra e de ódio, o que, no âmbito do direito brasileiro, foi

parcialmente atendido pelas disposições da já referida Lei nº 9.459, de 1997. Em nível internacional, também são proibidas as expressões referentes à incitação pública e direta ao genocídio (Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, III – c) e à pornografia infantil (Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 34, c).

No direito norte-americano, a jurisprudência da Suprema Corte, ao longo de sua trajetória, vem definindo discursos e expressões que não merecem proteção ou que merecem uma proteção menos rigorosa da Primeira Emenda à Constituição. Embora a regulamentação baseada em conteúdo mereça da jurisprudência das cortes federais norte-americanas uma análise rigorosa (parte-se da presunção de que a lei que regula o conteúdo de uma expressão viola, em princípio, o direito à liberdade de expressão), a Suprema Corte, em diversas ocasiões, reconheceu limites à liberdade de expressão. Também nos Estados Unidos a liberdade de expressão não é um direito absoluto, embora, indubitavelmente, goze de posição preferencial em assuntos de interesse público. Os discursos de ódio, por exemplo, não são absolutamente proibidos. O caso *Skokie* indica, se não a permissão, ao menos a inexistência de uma proibição expressa da apologia ao ódio racial e a expressões de caráter nazista. No ano de 1977, o Partido Nacional Socialista da América programou uma marcha pacífica para a cidade de Skokie, subúrbio de Chicago. Na localidade, vivia um grande número de judeus sobreviventes dos campos de concentração e seus descendentes. As cortes estaduais proibiram em caráter liminar que os manifestantes usassem uniformes nazistas, exibissem a cruz suástica e expressassem ódio aos judeus. A Suprema Corte, porém, não reconhecendo que as expressões de apologia ao ódio racial e de propaganda nazista estariam absolutamente proibidas pelo direito norte-americano, anulou as decisões liminares sob o fundamento de que os recursos oferecidos pelo partido nazista ainda pendiam de julgamento de mérito (*National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (432 U.S. 43 – 1977)). Novas medidas administrativas foram adotadas pela municipalidade de Skokie e novas ações foram propostas pelo partido nazista perante as cortes federais. A Corte Federal de Apelações para o Sétimo Circuito reconheceu a inconstitucionalidade de todas as medidas de restrição ao protesto programado. O partido nazista, porém, após sair-se vencedor nos tribunais, resolveu cancelar a

marcha na cidade de Skokie e promover uma manifestação, em menores proporções, em Chicago. O importante a ressaltar desse caso é que a Suprema Corte norte-americana negou-se a definir claramente que os discursos de ódio estão fora do âmbito de proteção da Primeira Emenda. Ao contrário, após a decisão das cortes federais, acabou prevalecendo o direito de manifestação do partido nazista, inclusive para exibição de seus símbolos. O governo local não foi autorizado a impedir a expressão do pensamento dos nazistas, mesmo ante a possibilidade de reação e resposta violenta do público espectador. No entanto, a posição do direito norte-americano a respeito dos discursos de ódio não constitui regra, é antes exceção no cenário internacional.⁸⁵

As restrições à liberdade de expressão, por sua vez, alcançam as expressões que são em princípio protegidas, mas que, presentes certas circunstâncias, podem ser limitadas no conteúdo ou na forma a fim de que também se observem outros direitos fundamentais ou bens jurídicos que, como a liberdade de expressão, merecem o amparo do direito. Dentre essas restrições, destacam-se as, por exemplo, “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” previstos no art. 5º, X da Constituição a elas se vinculando, como meios de restrição, o direito de resposta e retificação e as indenizações por danos materiais e morais decorrentes do exercício abusivo da liberdade de expressão (Constituição, art. 5º, V e X). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 13, 1, *a* e *b* também impõe como restrições ao exercício da liberdade de expressão a proteção da segurança nacional, da ordem pública e da saúde e moral públicas. O art. 11 do mesmo tratado internacional reconhece a honra e a dignidade como direitos fundamentais, proclamando que: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”. Na medida em que o direito à honra, em muitas ocasiões, pode estar em conflito com o exercício da liberdade de expressão, o reconhecimento da honra como direito fundamental impõe evidente restrição ao direito à liberdade de expressão. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 11, determina que: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida

⁸⁵ SARMENTO, D., *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, p. 207-262

privada (...)). Vê-se, então, aí a privacidade como outra restrição à liberdade de expressão.

As restrições decorrentes da honra serão examinadas em apartado no item subsequente porque compõe o núcleo central do objeto da tese como anteriormente se esclareceu. O direito à privacidade assegura a inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas. Protege “as pessoas na sua individualidade e resguarda(m) o direito de estar só”.⁸⁶ Tradicionalmente associado ao direito de estar só, tal como concebido por Warren e Brandeis,⁸⁷ em 1890, o direito à privacidade restringia-se a proteger a esfera privada, a vida doméstica de uma pessoa contra o ingresso não autorizado de terceiros. Procurava, então, garantir um espaço livre de interferências externas ou uma esfera livre da interferência de terceiros. Já o direito à imagem, que se caracteriza pela proteção da representação física do corpo ou de partes do corpo da pessoa humana, de sua voz ou de qualquer outro sinal que possa identificar o indivíduo, constitui importante restrição à liberdade de expressão.⁸⁸ A imagem de uma pessoa ou a transmissão de sua voz, em regra, não pode ser reproduzida sem sua autorização para fins comerciais ou quando relacionada a circunstâncias de caráter estritamente privado. Porém, havendo interesse público ou captação da imagem em local público, a divulgação da imagem (em conjunto com uma notícia, por exemplo) prescinde da autorização do retratado e está protegida pela liberdade de expressão do jornalista ou de quem quer que pretenda divulgar a imagem. Além da proteção constitucional, o direito à imagem está regulado pelo art. 20 do Código Civil que autoriza a proibição da publicação da imagem ou a transmissão da palavra da pessoa, a seu requerimento, quando essa utilização implicar concomitantemente a violação de sua honra ou reputação ou se destinar a fins comerciais. O art. 45, II e §§ 3º e 4º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, procurou regular o direito à imagem de candidatos nas eleições, proibindo a trucagem ou montagem de imagens com o fim de ridicularizar ou degradar o candidato. A constitucionalidade da regra foi impugnada por ação direta e o STF,

⁸⁶ BARROSO, L.R., Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa in Revista Trimestral de Direito Civil, volume 16, p. 59-102

⁸⁷ WARREN, S. e BRANDEIS, L., The Right to Privacy in Harvard Law Review, 193, volume 4

⁸⁸ BARROSO, op.cit.

em decisão liminar, reconheceu-lhe a inconstitucionalidade por violação às normas constitucionais que protegem a liberdade de expressão e de imprensa. Reconheceu o tribunal, ao apreciar o requerimento de medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 – DF, que a regra impugnada visava promover a censura da crítica jornalística, em especial dos programas humorísticos. O art. 20 do Código Civil também vem sofrendo impugnações acerca de sua constitucionalidade. O estudo do direito à imagem e das questões que ele suscita, inclusive em razão das frequentes colisões com a liberdade de expressão, é de superior relevância, mas não se comporta no âmbito deste trabalho. Basta registrar, por ora, que o direito à imagem pode configurar restrição ao direito à liberdade de expressão.

O direito de propriedade, especialmente o direito autoral em sua expressão econômica, também se apresenta como restrição à liberdade de expressão. Com efeito, o direito de autor é protegido pelo art. 5º, XXVII da Constituição e pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que regula os direitos autorais no território nacional, considerando-os bens móveis. A proteção dos direitos autorais se justifica na medida em que permite aos autores a obtenção do proveito econômico de sua obra. A proteção do direito autoral, contudo, limita o direito de liberdade de expressão, não quanto ao conteúdo da mensagem, mas quanto ao acesso e à utilização. Trata-se certamente de uma restrição de caráter econômico ao direito de buscar e receber informação. Mas o direito de propriedade tem nesse caso uma dupla função uma vez que ajuda a promover a produção das informações e ideias por meio da proteção do incentivo econômico de seu autor.

A Convenção Americana, na alínea *b* do art. 13, 1, autoriza a imposição de sanções civis e penais para proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moral públicas em caso de abuso da liberdade de expressão: “o exercício [da liberdade de expressão] não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar: b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. Como definir juridicamente o conceito de segurança nacional? A simples dissidência política interna, ainda que contundente, autorizaria essa restrição? Ledesma se opõe a essa possibilidade e

apresenta um conceito estrito de segurança nacional: “pode entender-se [por segurança nacional] a necessidade de preservar a existência mesma do estado e de suas instituições”, acrescentando que deve haver “mecanismos idôneos de controle, tanto de caráter político como judicial, que permitam evitar que essa noção se utilize como pretexto para combater quem diverge do governo, ou que seja invocada para aplicar medidas de restrinjam a liberdade de expressão de maneira absolutamente desproporcional”.⁸⁹

Considerando que as mesmas restrições à liberdade de expressão também estão previstas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 19, 3), os Princípios de Siracusa podem ser um guia de orientação adequado para entender os conceitos de segurança nacional, ordem pública, saúde e moral públicas. Embora não seja uma fonte oficial, mas uma consolidação de entendimentos de especialistas reunidos na cidade de Siracusa, no ano de 1984, sob o patrocínio da Comissão Internacional de Juristas e outras organizações da sociedade civil, os Princípios de Siracusa procuraram formular valiosos conceitos quanto às limitações e restrições dos direitos fundamentais previstos no mencionado tratado. Quanto à segurança nacional, os princípios 19 a 22 estabeleceram, em resumo, que (a) as restrições de direitos fundamentais com base na segurança nacional somente podem ocorrer para proteção da existência nacional, da integridade territorial e da independência política contra o uso ou a ameaça de uso de força; (b) a segurança nacional não pode ser invocada como restrição da liberdade de expressão em caso de ameaças locais e isoladas contra a ordem pública; (c) não podem ser impostas limitações vagas e arbitrárias e deve haver garantias adequadas e recursos eficazes contra as limitações da liberdade de expressão e (d) o estado que promove uma violação sistemática dos direitos humanos não pode invocar a segurança nacional para justificar limitações à liberdade de expressão. A proteção da ordem pública também pode justificar uma restrição da liberdade de expressão, mas por ordem pública se deve entender “o conjunto de normas que asseguram o funcionamento da sociedade ou de princípios em que a sociedade está baseada”, sendo certo que o respeito aos direitos humanos deve ser parte da ordem pública (Princípios 12 a 14). Em função

⁸⁹ LEDESMA, op.cit., p. 266-267

da redação dos artigos 137 a 139 da Constituição, uma restrição que tenha por fundamento a proteção da segurança nacional ou mesmo da ordem pública no direito brasileiro somente se pode estabelecer circunstancialmente, em situações de exceção, havendo necessidade de decretação de estado de sítio.

Diversos outros bens jurídicos podem restringir a liberdade de expressão, não cabendo alongar demasiadamente este capítulo para tratar de cada um deles. Apenas para que não passem sem menção, vale o registro das seguintes restrições: as decorrentes de segredo profissional ou confessional; a vedação do anonimato; as que se impõem no interesse da justiça e para preservar um julgamento imparcial; a proibição da propaganda comercial e dos anúncios publicitários de advogados; as que decorrem da privação da liberdade; as decorrentes do exercício de função pública, inclusive judicial, e de função militar; as que decorrem da regulação das campanhas eleitorais e muitas outras.

O campo de estudo da liberdade de expressão (e de seus respectivos limites e restrições) é enorme, exigindo o esforço de muitos anos para percorrê-lo. Cada restrição à liberdade de expressão pode dar ensejo a um novo trabalho, requerendo aprofundamento em cada um de seus aspectos, sempre tendo em conta, pelos motivos anteriormente expostos, que a liberdade de expressão deve gozar de posição preferencial em assuntos de interesse público. Interessa-nos neste trabalho – em razão das relevantes consequências para a (restrição da) liberdade de expressão na prática jurídica nacional – aprofundar o estudo das restrições decorrentes da necessidade de respeito à honra das pessoas e analisar um dos meios de restrição que se pode impor em caso de exercício abusivo da liberdade de expressão: a responsabilidade civil por violação do direito à honra e as correspondentes indenizações. Porém, para adequadamente enfrentarmos o tema do conflito entre os direitos à liberdade de expressão e à honra, é necessário entendermos em que consiste a honra, por que e em que medida ela deve ser protegida.

3.2.

O que é a honra e em que medida deve ser protegida?

A liberdade de expressão é assumida nesta tese como direito que goza de posição preferencial em assuntos de interesse público. Para bem delimitar as restrições a essa liberdade, é necessário conhecer os valores e os direitos que com ela conflitam. Cabe, então, indagar: o que é a honra, por que e em que medida ela deve ser protegida?

Tanto o direito à liberdade de expressão quanto o direito à honra protegem valores considerados fundamentais no direito brasileiro, que estão previstos na Constituição e nos dois principais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Todos são direitos fundamentais e nenhum deles é absoluto. A Constituição, ao tempo que assegura a livre manifestação do pensamento em seu art. 5º, inciso IV, garante a inviolabilidade do direito à honra no inciso X. A Convenção Americana, da mesma forma, reconhece a toda pessoa no art. 13 o direito à liberdade de pensamento e expressão, protegendo também no art. 11 o direito à honra. Em seu art. 32, 2 a Convenção Americana estabelece que: “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”. Sendo assim, honra e liberdade de expressão, de nenhuma forma, podem ser estudados isoladamente. Sempre que se discorrer sobre a honra, necessariamente se deve ter em consideração a liberdade de expressão. O estudo de um deles sem considerar os efeitos e limites produzidos em suas respectivas esferas normativas pelo outro será um estudo incompleto.

Considerando que a Constituição tem a honra por inviolável, pode-se dizer que o exercício da liberdade de expressão de forma abusiva em relação a esse direito implicará incursão em conduta inconstitucional e, portanto, ilícita. A manifestação do pensamento que importa na violação da honra não está protegida pela norma constitucional. Ao contrário, o exercício da liberdade de expressão nos limites de seu marco normativo-constitucional, muito embora possa afetar a honra

alheia, não configura violação deste direito fundamental. O exercício da liberdade de expressão, certa e frequentemente, afeta a honra. Mas não necessariamente a viola. Isso apenas ocorre quando o exercício é abusivo e, portanto, ilegal. Afetar não é necessariamente violar. Liberdade de expressão e honra são direitos cujos conteúdos se delimitam reciprocamente. Os limites do direito à liberdade de expressão encontram suas fronteiras nos limites do direito à honra. Liberdade de expressão e honra são, portanto, “antagonistas naturais”.⁹⁰

Além de direito fundamental sob o aspecto constitucional, o direito à honra é considerado direito da personalidade, sendo então classificado dentre os direitos à integridade moral. Embora não receba equivalente atenção da doutrina civilista, o direito à liberdade de expressão também deve ser incluído no rol dos direitos da personalidade na medida em que a expressão do pensamento constitui atributo inerente ao homem, sendo seu exercício necessário ao livre desenvolvimento da personalidade. Quanto à honra, o art. 5º, X da Constituição proclamou sua inviolabilidade nos seguintes termos: “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”. Do texto do dispositivo constitucional, duas normas podem ser depreendidas: (a) o reconhecimento da inviolabilidade da honra não importa em que esteja proibida a restrição desses mesmos direitos (proíbe-se a violação, mas não a restrição desses direitos) e (b) as indenizações por danos moral e material, ao lado do direito de resposta previsto no inciso V do mesmo dispositivo constitucional, são as sanções constitucionalmente previstas em caso de violação desses direitos. Em nível infraconstitucional, o Código Civil proclamou a inviolabilidade do direito à privacidade no art. 21 (“A vida privada da pessoa natural é inviolável (...).”), mas não fez o mesmo em relação à honra. Esta mereceu menção na regulamentação do direito à imagem previsto no art. 20 e também no art. 953, que estabeleceu indenização por injúria, calúnia e difamação nos seguintes termos: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”. O Código Penal protege a honra, estabelecendo os crimes calúnia,

⁹⁰ SMOLLA, R.A., Let the Author Beware: The Rejuvenation of the American Law of Libel *in* The University of Pennsylvania Law Review, vol. 132, n° 1, p. 1-94

injúria e difamação (artigos 138, 139 e 140).⁹¹ A liberdade de expressão não recebe a proteção do Código Civil. Da mesma forma, não são capitulados crimes contra a liberdade de expressão.

Sendo um direito assegurado pelo ordenamento constitucional, o direito à honra procura proteger a reputação da pessoa quer em relação ao modo como os demais a consideram (o que se denomina honra objetiva), quer em referência aos sentimentos da pessoa a seu respeito (ou o valor que a pessoa se atribui, o que se costuma chamar de honra subjetiva). A doutrina costuma vincular a honra à proteção da própria dignidade pessoal: “A honra é (...) um direito da personalidade previsto constitucionalmente. Por ele se procura proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido”.⁹² O direito à reputação como direito fundamental liga-se à ideia de proteção da honra objetiva. Sendo assim, direito à reputação equivale ao direito à honra, protegida em seu caráter objetivo. O direito à honra não se confunde com o direito à imagem. Este também é direito da personalidade

⁹¹ O art. 138 do Código Penal tipifica a calúnia a conduta de imputar falsamente a alguém um fato definido como crime. Sendo a falsidade da imputação um elemento constitutivo do crime, se a imputação é verdadeira não há crime. Em um sistema acusatório, o ônus de provar a falsidade da imputação deveria recair inteiramente sobre o autor da ação penal, e não sobre o réu, a quem não se deve atribuir qualquer ônus de comprovar a verdade, seja por exceção ou por qualquer outro meio. Não é esse, porém, o entendimento que domina a doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais. Nelson Hungria, por exemplo, entendia presumida a falsidade da imputação até prova em contrário pelo réu por meio de exceção: “A falsidade da imputação se apresenta não só quando o fato imputado não é verdadeiro, como quando, verdadeiro o fato, é inocente a pessoa acusada. Até prova em contrário, a falsidade se presume” (HUNGRIA, Nelson; Comentários ao Código Penal, vol. VI; Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 60). A difamação, por sua vez, está tipificada no art. 139 e consiste em imputar a alguém fato que ofenda a sua reputação. Havendo ofensa à reputação, “pouco importa que a imputação seja falsa ou verdadeira”, como ressaltou Nelson Hungria. Trata-se de crime que se configura não porque se imputou um fato falso a outrem, mas apenas porque se imputou um fato difamatório, ainda que verdadeiro. Quanto maior a verdade, maior a difamação. Verifica-se, então, que, em sede criminal, nem a verdade protege a liberdade de expressão! Exceção seja feita à possibilidade de o réu comprovar a verdade de suas afirmações quando o ofendido é servidor público. O Código Penal admite nessa hipótese a exceção da verdade. Mas também aqui, segundo o anacrônico modelo da lei penal, caberá ao réu comprovar que suas afirmações são verdadeiras, não havendo ônus para o autor da ação penal. Calúnia e difamação visam à tutela da reputação, ou seja, da honra em seu aspecto objetivo. O art. 140 do Código Penal define como injúria a ofensa à dignidade ou decoro de alguém, ligando-se à proteção da honra em seu aspecto subjetivo. O estudo doutrinário dos crimes contra a honra se faz basicamente sem referência à liberdade de expressão. Trata-se de um estudo isolado – e, portanto, incompleto – da (tutela penal da) honra. A imposição de responsabilidade penal por violação à honra suscita diversas questões concernentes à liberdade de expressão (por exemplo, na medida em que a Constituição previu como sanção por violação a honra apenas o direito de resposta e as indenizações por dano material e moral, não seria inconstitucional a tipificação de crimes contra a honra?) que, no entanto, não serão aqui abordadas porque não constituem objeto desta tese.

⁹² BARROSO, op.cit.

que, além do amparo constitucional, também recebe a proteção do art. 20 do Código Civil. O direito à imagem se caracteriza pela proteção da representação física do corpo humano, de qualquer de suas partes ou ainda de quaisquer traços característicos da imagem-retrato da pessoa, como, por exemplo, a voz.⁹³

Para que melhor se possa compreender a honra em seu aspecto jurídico, é relevante o estudo dos conhecimentos de história e de outros ramos do saber sobre esse valor. Pesquisadores da antropologia, da sociologia e de outros campos do conhecimento já alertaram para multiplicidade de ideias que envolve o conceito de honra, valor que não pode ser tomado com termo unívoco e imutável: “Os autores dizem que é um erro olhar a honra como um conceito único e constante. Ao contrário, deve estar em foco a noção de um campo conceitual, no qual as pessoas encontram meios para expressar sua estima por si mesmas ou pelos outros”.⁹⁴ No antigo regime, por exemplo, a Igreja e a nobreza entendiam a honra ou em termos de graça divina ou de conquista corajosa pelo uso das armas: “Cada classe ou grupo instituiria sua própria honra e avaliar-se-ia e aos outros nestes termos”.⁹⁵ Tal como os demais valores, também a honra é um valor que se define historicamente e se constrói a partir da visão e do interesse de classe de quem o formula. Sob uma perspectiva da história ocidental medieval e moderna, a honra pode ter sua origem identificada com as práticas da nobreza. A honra, tal como a entendemos hoje em dia, é o resquício de um valor que se originou e se desenvolveu nas classes aristocráticas. Montesquieu acreditava que a honra seria o motor do comportamento dos súditos em um governo aristocrático (enquanto na democracia a virtude desempenharia esse papel): “o governo monárquico supõe, como dissemos, preeminências, hierarquia e até uma nobreza de origem. A natureza da honra é requerer preferências e distinções; está, pois, por essência, colocada neste governo”.⁹⁶

No campo dos costumes, a honra era valor fundamental da sociedade aristocrática. O que importava, na verdade, era a defesa da honra da família e da

⁹³ Ibid. A imagem-atributo, por sua vez, equivale à honra, não merecendo um estudo distinto para a sua análise.

⁹⁴ ROHDEN, F., Para que serve o conceito de honra, ainda hoje?, p. 101-120

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, B., O Espírito das Leis, p. 37

honra individual do homem. Ao homem também se atribuía a defesa da honra sexual da mulher. Como bem destacou Reis Júnior, a sociedade patriarcal brasileira, nos primórdios da Primeira República, seguia fielmente essa tradição: “a honra era definida pela honestidade dos homens e mulheres, e pela virgindade das mulheres ‘menores de idade’”. Para as mulheres: “Honestidade e virgindade (...) eram faces da mesma moeda designada como honra”.⁹⁷ A defesa da honra nem sempre significou a defesa de uma conduta moralmente correta e, em nome da honra, todo tipo de repressão foi praticada; diversos costumes indignos já foram defendidos.⁹⁸ Por isso se pode dizer que mais importante do que a defesa da honra do homem é a defesa de sua virtude.⁹⁹ Como lembrou Érico Veríssimo em *O Tempo e o Vento* (volume I, O Continente, tomo I, Ana Terra), ao relatar o relacionamento de Ana Terra com o índio Pedro Missioneiro (posteriormente assassinado pelo pai e irmãos de Ana Terra): “Honra se lava com sangue”! Em defesa da honra, também se protagonizavam, no passado, duelos e combates que se estabeleciam apenas entre os nobres (ou seja, entre iguais, uma vez que os homens eram considerados desiguais social e juridicamente). Renato Janine Ribeiro, em referência ao personagem D. Juan, de Molière, ressalta o caráter competitivo que envolvia as disputas sobre a honra: “Na sociedade espetacular do Antigo Regime, a competição, que constitui a honra, permite concebê-la como uma espécie de soma-zero: é difamando, ou subordinando as honras alheias, que o sedutor ergue a sua”. Por isso mesmo é que o autor destaca que: “O mundo da honra assim está sempre em guerra: ou é a luta que o sedutor trava com toda mulher, tomando-a, matando-lhe o ânimo; ou o confronto de dois homens, o que se honra, humilhando, o que busca recuperar a honra que em outras mãos perdeu”.¹⁰⁰ Quanto aos duelos em defesa da honra, é curioso notar que, no Uruguai, até o início da década de 1990, os duelos eram regulamentados pela Lei nº 7.253, de 1920, que estabelecia as condições para a realização dos combates.

⁹⁷ REIS JUNIOR, A., *Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional*, civilistica.com, ano 2, número 3, 2013

⁹⁸ *Ibid.*, REIS JUNIOR faz menção aos seguintes: prática de duelos na sociedade aristocrática, enfaixamento de pés na China, assassinato de mulheres e meninas no mundo islâmico.

⁹⁹ *Ibid.*, “Muito provavelmente a observação desta característica nefasta da honra tenha servido para induzir David HUME a manifestar-se categoricamente contra a sua existência, distinguindo homem de honra e homem de virtude, reconhecendo um sistema normativo da honra distinto da moralidade (entendido como um agir moralmente correto), pois os códigos de honra permitem que sujeitos devassos e esbanjadores mantenham seu lugar numa sociedade que deveria repudiá-los”.

¹⁰⁰ RIBEIRO, R.J., *Ao Leitor sem Medo – Hobbes escrevendo contra o seu tempo*, 2ª edição, p. 61-62

Esta lei foi revogada pela Lei nº 16.374, de 1992, que, ao tempo em que proibiu a solução dos conflitos envolvendo a honra por meio dos duelos, regulou os processos por difamação e injúria no juízo criminal.¹⁰¹ Oriunda de raízes aristocráticas tão profundas, consolidadas no antigo regime, não é de espantar que os efeitos jurídicos que dizem respeito à defesa da honra sejam até hoje em dia considerados tão relevantes em uma sociedade desigual e hierarquizada como a brasileira. A honra é tida por intocável ou, como diz a Constituição, inviolável.¹⁰²

Como direito da personalidade constitucionalmente garantido, a honra recebe proteção não apenas contra as ingerências indevidas do estado, mas também contra os ataques promovidos pelas demais pessoas naturais ou jurídicas.¹⁰³ No entanto, a honra também é valor construído historicamente, que originou um direito cujos contornos foram se modificando desde sua formulação original e até os dias atuais. Não se pode pretender conferir atualmente, em uma sociedade democrática, a mesma forma de proteção da honra praticada na sociedade aristocrática (honra como proteção do decoro pessoal e familiar ou honra como proteção da autoestima subjetiva). Ocorre, porém, que o direito à honra permanece vinculado a sua origem histórica, sendo subserviente aos interesses das classes aristocráticas, que eram dominantes no período da construção e consolidação desse valor. Apenas porque provém de uma origem aristocrática, destinada a proteger valores próprios de seu tempo, a concepção de honra não deve necessariamente manter-se imutável. É preciso, então, melhor compreender o que deve significar a honra em uma sociedade democrática e pluralista, quais são as esferas normativas do respectivo direito e os meios jurídicos adequados para lhe dar proteção.

¹⁰¹ Segundo se tem notícia, e apenas para registrar, o último duelo anunciado em território uruguaio, em 1990, envolveu um servidor público e um jornalista. O duelo acabou não acontecendo. O diretor da Direção Nacional de Informação e Inteligência do Uruguai, Saúl Clavería, não compareceu ao duelo porque o jornalista Federico Fasano Mertens, do jornal *La República* declarou que não iria se defender. O jornalista havia publicado matéria em que denunciava um contrabando de mercadorias e apontava que os automóveis utilizados para cometimento dos crimes estavam registrados como propriedade do servidor.

¹⁰² Cass Sunstein também fez referência à proteção da honra-reputação, como proteção da propriedade. SUNSTEIN, *op.cit.*, p. 39: “É especialmente notável que na common law, a reputação é protegida porque considerada como um direito de propriedade”.

¹⁰³ LEDESMA, *op.cit.*, p. 431

Com efeito, como precisamente apontou Reis Júnior, o direito à honra deve ser atualmente entendido menos como proteção do decoro ou de sentimentos subjetivos particulares e mais como direito ao respeito social.¹⁰⁴ Superando-se a divisão honra objetiva x honra subjetiva, propõe o autor que atualmente que se adote o conceito de honra normativa a fim de melhor proteger a dignidade da pessoa humana. Não faz sentido, em uma sociedade em que a igualdade perante a lei é direito fundamental, que apenas se proteja a honra do homem bem afamado ou do cidadão de bom nome e boa reputação. Impõe-se a defesa da honra da pessoa humana, de todas elas, e não apenas de algumas. O direito à honra deve garantir, basicamente, o direito ao respeito, ou seja, o direito de a pessoa ser respeitada, social ou individualmente. Isso, contudo, não impede, de nenhuma maneira, que se publiquem fatos sobre uma pessoa – principalmente quando em questão assuntos de interesse público – mesmo que sejam fatos difamatórios e que desabonem a conduta, mas desde que sejam fatos verdadeiros (ou cuja falsidade o locutor desconhecia ao tempo de sua divulgação).¹⁰⁵ É válido, então, registrar que a verdade (ou o desconhecimento da falsidade) constitui – principalmente, repita-se, quando em questão assuntos de interesse público – um dos limites da honra.

¹⁰⁴ REIS JUNIOR, op.cit.: “Disto se depreende que, sob a perspectiva civil-constitucional, considerando-se, portanto, a historicidade da categoria e do conceito – da honra erguida sob uma sociedade aristocrática à honra reconstruída sob uma sociedade pluralista –, bem como reconhecendo a supremacia do valor da pessoa humana inserida pela Constituição de 1988, através da tábua de valores liderada pela dignidade da pessoa humana, o conteúdo nuclear da honra só pode desta resultar. É em virtude disso que o conteúdo da honra reside não na defesa da reputação, do bom nome ou da boa fama, como direito subjetivo da pessoa, porque traz consigo uma discriminação ilegítima contrária ao valor da igualdade, a merecer tutela apenas aqueles que têm uma reputação ou boa fama construída. Em verdade, partindo da dignidade com apoio na igualdade, o conteúdo da honra repousa na pretensão de respeito inserido dentro do contexto social e que resulte em repercussão necessária na esfera social, devido a toda pessoa humana enquanto tal, pelo simples fato de existir como ser racional autônomo e, dessarte, detentor de dignidade, prescindindo de referência expressa à reputação, bom nome ou boa fama. É nesse sentido que a honra se fundamenta e ao mesmo tempo se distingue da dignidade, pois esta, sob a nova roupagem constitucional e de inspiração kantiana, embora contenha intrinsecamente o direito ao respeito, vai muito além do respeito social – núcleo duro do direito à honra –, abrangendo também o respeito à integridade psicofísica da pessoa humana, que pode ser violada sem necessariamente ofendê-la no meio social, como o faz o clássico exemplo da tortura. De fato, a honra da pessoa humana é ofendida quando se verifica o desrespeito por sua pessoa, cujo alcance atinge o indivíduo em suas relações sociais, motivo pelo qual aqui se propõe a superação da tradicionalmente acrílica dicotomia entre a honra subjetiva e a honra objetiva para adotar uma ideia de honra normativa. Vale dizer, o que definirá a tutela da honra não é a circunstância de ser ela objetiva ou subjetiva, mas a sua condição de honra normativa, ou seja, aquela que o ordenamento jurídico, considerado globalmente, por meio de regras específicas ou de ponderação confere proteção, observando-se, sempre, o direito ao respeito que todo indivíduo tem e através do qual possa repercutir na ordem comunitária, nas relações interpessoais em sociedade, de modo a preservar e promover, em última análise, o valor supremo da dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁵ A questão da veracidade dos fatos publicados será abordada no item 4 deste capítulo, quando se tratará da doutrina da malícia real.

Ocorre, porém, que a origem histórica do direito à honra e as vinculações classistas desse direito ainda vêm determinando a interpretação jurisprudencial atualmente praticada pelos tribunais. É preciso compreender a origem histórica do direito à honra para delimitar em que extensão e com que meios jurídicos a honra deve ser protegida. Em uma sociedade democrática, não faz mais sentido conferir à honra a mesma proteção que se garantia anteriormente. Mais do que o decoro ou a reputação, é a virtude que deve ser exaltada em uma sociedade democrática. No direito brasileiro, a Constituição não autoriza a violação da honra (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a intimidade das pessoas”). Isso não significa, contudo, que esteja proibida a restrição desse direito. A restrição da honra ocorre a toda hora pelo exercício da liberdade de expressão. Inviolabilidade não implica ausência de restrição. Ademais, o direito à honra também não é direito absoluto. O conflito do direito à honra com o direito à liberdade de expressão é, a um só tempo, um conflito entre direitos fundamentais e um conflito entre direitos da personalidade. Não se tem por adequado, portanto, referir-se a conflitos entre a liberdade de expressão de um lado e os direitos da personalidade de outro. Os conflitos são entre a liberdade de expressão e a honra. Tal como o direito à honra, o direito à liberdade de expressão é espécie de direito da personalidade. O exercício da liberdade de expressão é condição para o livre desenvolvimento da personalidade. Do pensamento, que é atributo de todo ser humano, decorre a natural necessidade de expressar o pensamento. Ninguém desenvolve livremente a sua personalidade se é coibido na expressão do pensamento. Ninguém desenvolve livremente a sua personalidade sem a possibilidade de manifestar, por qualquer meio, o seu pensamento. A liberdade de expressão, reafirme-se, é um direito da personalidade. Além disso, a liberdade de expressão também é um direito fundamental e, em um sistema de democracia constitucional, é condição essencial para o exercício do autogoverno. O direito à honra, por sua vez, deve ser compreendida atualmente como um direito ao respeito social. Os meios de proteção jurídica desse direito, portanto, não devem mais estar vinculados às medidas adotadas no passado (como a censura em suas diversas espécies), devendo adequar-se às demandas de uma sociedade pluralista e democrática. O direito deve, então, proibir e sancionar as condutas que implicam violação ao direito ao respeito social. No curso desta tese, serão explorados os

conflitos entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão. Passa-se a esclarecer, no item seguinte, por que a imposição de responsabilidade civil por violação à honra pode constituir um meio de censura à liberdade de expressão.

3.3. Censura e autocensura

O regime jurídico anterior à Constituição de 1988, embora proclamasse a liberdade de expressão como direito fundamental, impunha a censura e vedava amplamente o exercício da manifestação do pensamento. A Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, reconhecia o direito à liberdade de expressão no art. 153, § 8º.¹⁰⁶ Tratava-se de um reconhecimento apenas em tese e cercado de diversas exceções. Na prática, não foi possível o livre exercício desse direito. Sob o contexto autoritário, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, autorizava o Presidente da República a proibir e restringir “quaisquer (...) direitos públicos ou privados [dos cidadãos]” (art. 5º, § 1º). As medidas de restrição constantes da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 1967), editada sob o pretexto de regulamentar a liberdade de informação, suprimia de diversas formas o direito que prometia proteger. Mencione-se, por exemplo, que a lei, em dispositivo que proclamava garantir a livre publicação de jornais e livros no território nacional (art. 2º), proibia os que fossem “clandestinos” ou que atentassem “contra a moral e os bons costumes”.¹⁰⁷ O art. 8º, VIII da Constituição estabelecia competir à União a organização e manutenção da polícia federal com a atribuição de promover a “censura de diversões públicas”. O Decreto-lei nº 314, de 1967, considerava crime contra a segurança nacional condutas como “divulgar, por qualquer meio de publicidade, notícias falsas, tendenciosas ou deturpadas, de modo a por em perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil” (art. 14) ou “ofender publicamente, por palavras ou escrito, chefe de governo de nação estrangeira” (art. 19). A Lei nº 5.536, de 1968, dispunha

¹⁰⁶ “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”.

¹⁰⁷ Esta lei foi revogada (ou melhor, não recepcionada) pela Constituição de 1988 como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 – DF.

expressamente sobre a censura de obras teatrais e cinematográficas e criava o Conselho Superior de Censura. O Decreto-lei nº 898, de 1969, definia como crime contra a segurança nacional “divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas” (art. 16). O Decreto-lei nº 1.077, de 1970, proclamava que não seriam “toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação” (art. 1º). Ao Departamento de Polícia Federal foi atribuído o poder de proibir a divulgação de publicações e a busca e apreensão de exemplares (art. 2º).

Com a promulgação da Constituição de 1988, reconhecendo em termos tão expressos e reiterados a proibição da censura à manifestação do pensamento,¹⁰⁸ o poder executivo ficou sem instrumentos legais para promover qualquer controle do conteúdo da expressão do pensamento. Em um primeiro momento, pareceu à comunidade jurídica que o ‘problema da censura’ havia sido banido da prática jurídica nacional. Não foi bem assim. Como ressaltou Fábio Leite, embora a censura, tal como posta em prática pelos órgãos do poder executivo, não seja mais uma realidade, os cidadãos não dispõem de qualquer garantia de que, uma vez proferido o discurso e manifestado o pensamento, não haverá posterior imposição de sanções pelo poder judiciário. Em outras palavras, reina atualmente no cenário jurídico nacional a incerteza quanto ao conteúdo protegido pela liberdade de expressão, ou seja, quanto ao discurso que não será reprimido pelo poder judiciário:

O problema da liberdade de expressão no Brasil talvez seja a ideia de que não há propriamente um problema a ser resolvido. Afinal, trata-se de um direito (essencial à democracia) que foi restabelecido pela Constituição de 1988, que, de forma categórica, banuiu a censura do ordenamento jurídico do País (arts. 5º, IX, e 220, § 2º). Esta garantia, contudo, limita-se a proibir restrições (*a priori* ou *a posteriori*) impostas pelos órgãos de governo – sem dúvida um grande passo, se considerarmos a experiência vivenciada sob o regime constitucional anterior, mas

¹⁰⁸ Constituição, 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” (caput); “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (§ 1º); “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§ 2º).

que nada (ou muito pouco) diz a respeito do “conteúdo” protegido pela liberdade de expressão, livre de qualquer espécie de condenação pelo poder público. Em outras palavras: há uma garantia de que um discurso não será proibido pelo governo, mas nenhuma garantia de que não será condenado pelo Poder Judiciário.¹⁰⁹

Se o discurso que está protegido pelo direito é impedido de ser publicado ou ainda se o seu autor, uma vez publicado, sofre indevidamente uma sanção, está-se no campo de incidência da censura, ou seja, da proibição arbitrária e prévia da manifestação do pensamento ou da restrição posterior e indevida da expressão protegida pelo direito à liberdade de expressão. A censura é um dos meios de restrição da liberdade de expressão. Na verdade, constitui-se no mais severo meio de restrição dentre os que são impostos pelo estado. Quanto ao momento de imposição da restrição, a censura é prévia ou formal, quando o ato estatal determina, em caráter absoluto, a proibição de publicar o pensamento.¹¹⁰ A censura é posterior ou material, quando ocorre por meio da imposição de sanções penais ou civis a quem anteriormente manifestou o seu pensamento.¹¹¹ A censura pode emanar de quaisquer dos poderes do estado. A censura administrativa, praticada largamente no regime de ditadura civil-militar anterior à Constituição de 1988, está atualmente proibida pelo texto constitucional e já não é mais uma realidade cotidiana na prática jurídica brasileira, embora ainda esteja ao alcance do poder executivo realizar indiretamente e em afronta à Constituição atos dessa natureza.¹¹² O poder legislativo, por sua vez, também poderia, violando a Constituição, promover a censura (censura legislativa) ao promulgar leis dissociadas dos parâmetros constitucionais de proteção da liberdade de expressão como, por exemplo, leis que proíbem a publicação de um livro (ou de um gênero de literatura) ou a exibição de um filme (ou de um gênero de filmes). A censura judicial, imposta pelos órgãos do poder judiciário, é a que interessa a este

¹⁰⁹ LEITE, F.C., Liberdade de Expressão e Direito à Honra: novas diretrizes para um velho problema in *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*.

¹¹⁰ MACHADO, J.E.M., *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, p. 490: “A primeira consiste em utilizar o conceito de censura em termos restritos, para designar as violações da liberdade de expressão ocorridas através da sujeição dos conteúdos expressivos a um controle prévio por parte de uma autoridade pública, geralmente de natureza político-administrativa”.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 491-492: “consiste na condenação a uma sanção penal, civil ou de mera ordenação social, ocorrida num momento previsível, posterior à comunicação”.

¹¹² Quando, por exemplo, distribui desigualmente verbas de publicidade oficial para promover a asfixia econômica de veículo de comunicação com linha editorial indesejada.

trabalho. Após o fim do regime civil-militar, foi a censura judicial que substituiu a censura administrativa na função de silenciar os discursos que incomodam os detentores do poder. Trata-se da forma de censura que vem sendo praticada amplamente na realidade jurídica brasileira. Diegues, examinando o sistema constitucional argentino, entendeu que também é censura a proibição da manifestação do pensamento quando imposta pelo poder judiciário. O autor critica aqueles que se referem ao conceito de censura sem o contextualizar. Diegues sustenta que a censura implica: um ato de privação, de supressão da publicação; que deve ser antecipada (porque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Constituição argentina se referem à censura como prévia); que a proibição deve atingir um conteúdo do pensamento, podendo estar sujeita a condições razoáveis de tempo e lugar; que provém de um ato de autoridade pública, o que também se estende à autoridade judicial, uma vez que o texto constitucional não faz qualquer distinção quanto à autoridade de que proveio o ato de restrição. O autor argentino apresenta o seguinte conceito de censura: “ato de autoridade que priva do conteúdo qualquer manifestação do pensamento”.¹¹³

Observe-se, porém, que o conceito de censura judicial alcança não apenas a decisão que – a pretexto de proteger a honra, a privacidade ou outro bem jurídico – proíbe, em caráter liminar, a publicação de um livro (uma biografia não autorizada, por exemplo), um artigo de jornal ou o pronunciamento no rádio com referência a determinada pessoa, mas também a sentença que indevidamente estabelece indenizações, condenando a manifestação do pensamento que está protegida pela liberdade de expressão.¹¹⁴ Sendo assim, também os atos estatais que estabelecem sanções posteriores à manifestação do pensamento devem ser qualificadas como atos de censura. Inicialmente, os direitos anglo-saxão e norte-americano, seguindo os ensinamentos de Blackstone, consideravam que a aplicação da doutrina das restrições prévias¹¹⁵ bastava para proteger a liberdade de

¹¹³ DIEGUES, J.A., *Es Absoluta la Prohibición de Censura en el sistema interamericano?* in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* – 2008, p. 327-349

¹¹⁴ Em sentido contrário BARROSO, L.R., *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação da Televisão na Constituição de 1988* in *Revista dos Tribunais*, vol. 790, p. 129: “Censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como condição prévia de sua veiculação”.

¹¹⁵ TOLLER, F.M., *O Formalismo na Liberdade de Expressão. A “doutrina das restrições prévias” ou prior restraint doctrine*, que Toller qualifica como formalista, é a que, no âmbito da liberdade de expressão e de imprensa, advoga a absoluta proibição das restrições prévias, como a censura, e

expressão. Proibia-se a imposição de censura prévia à expressão do pensamento, mas se puniam os abusos decorrentes das ofensas provocadas. Como já se esclareceu no capítulo 2, Madison, dentre outros autores, percebendo o poder destrutivo da autocensura, advogou que a mera proibição da censura prévia não seria suficiente para assegurar a liberdade de expressão e que, em um regime constitucional democrático, quem manifestasse o seu pensamento também não deveriam sofrer punição subsequente.

As censuras administrativa, legislativa e judicial são todas formas de ‘censura pelo estado’. Por outro lado, é conhecida como ‘censura pela violência’ a que é praticada com uso de violência ou grave ameaça contra as pessoas, sendo vítima em especial os jornalistas e os defensores de direitos humanos, profissionais que geralmente denunciam irregularidades governamentais ou organizações criminosas. A censura pela violência, praticada que é muitas vezes por aqueles que são agentes do estado, é um problema grave e que gera forte repercussão internacional negativa para o país. Como se esclareceu no capítulo 1, não há espaço para dela nos ocuparmos neste trabalho.

Entende-se, portanto, por censura judicial o poder de proibir ou punir que os juízes exercem sobre a legitimidade da expressão de uma determinada ideia, opinião, notícia ou informação anteriormente publicada ou sobre a própria publicação de um determinado conteúdo.¹¹⁶ Em resumo, trata-se da decisão judicial que impede previamente ou pune posteriormente a difusão de qualquer expressão do pensamento. Quanto à censura judicial prévia, cabe reiterar que não será estudada nesta tese de doutorado, uma vez que o tema foi abordado durante os estudos de mestrado.¹¹⁷ Interessa-nos, então, a censura judicial que contempla, não o controle prévio da manifestação do pensamento, mas as sanções civis ou penais que posteriormente se impõem em razão do pensamento já manifestado (censura *ex post facto*). Como também já se esclareceu no capítulo 1, este

a possibilidade de imposição de responsabilidades ulteriores em caso do abuso do direito de expressão (*prior restraints and subsequent punishments*).

¹¹⁶ MACHADO, op.cit., p. 493

¹¹⁷ MELLO, R.G.; A Censura Judicial como Meio de Restrição da Liberdade de Expressão. Análise Comparativa da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e do Supremo Tribunal Federal, orientador: Fábio Carvalho Leite

trabalho se restringirá ao estudo dos aspectos civis da censura material. Embora os assuntos estejam fortemente conectados e embora as responsabilidades decorram dos mesmos fatos, as sanções penais por crimes de calúnia, injúria e difamação têm pressupostos próprios de apuração e imposição que não poderão ser analisados detalhadamente neste trabalho, sem prejuízo das observações que serão propostas no capítulo 8. Registre-se, porém, que a tipificação legal desses crimes e as condenações penais que vem sendo impostas pelo poder judiciário, muitas vezes a partir de entendimentos completamente arbitrários com recurso a conceitos vagos e abertos como *animus narrandi*, *difamandi* e *injuriandi*, restringem fortemente a liberdade de expressão, censurando um discurso que deveria estar protegido.

3.4. O poder judiciário como órgão de censura aos jornalistas brasileiros

Com o declínio da censura em sua forma administrativa, foram os juízes que os donos do poder procuraram para impor a censura e obter a proibição das expressões ‘indesejadas’. No regime constitucional democrático, os juízes assumiram o papel que na ditadura civil-militar era desempenhado pelos censores. Em substituição à censura administrativa, a classe dominante passou a valer-se da censura judicial. Segundo Sagüés,¹¹⁸ a censura judicial é fenômeno novo e que tende a aumentar cada vez mais. Sua compreensão, talvez ingênua, é no sentido de que essa espécie de censura não ocorre por uma pressão estatal antidemocrática, e sim porque as pessoas, que se dizem violadas em sua honra, encontram maiores possibilidades de acesso às vias judiciais. Não é bem assim, no entanto. Isso porque não são, em geral, os trabalhadores e as pessoas do povo que se beneficiam desse acesso ao judiciário, mas os detentores do poder, que alegando violação à honra e dispondo dos meios econômicos para calar a manifestação do pensamento, pedem ao judiciário a censura que o poder executivo não pode mais impor. No Brasil, isso ocorre com uma peculiaridade bem especial: não são apenas os políticos, empresários, chefes de poder executivo, juízes e detentores de mandato legislativo que propõe ações contra os jornalistas e contra os que

¹¹⁸ SAGÜÉS, N.P., Censura Judicial Previa a la Prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006, tomo II, p. 965-975

procuram emitir livremente suas opiniões e reportar fatos. No Brasil, jornalistas também propõem ação contra jornalistas!¹¹⁹

Aspecto fundamental no conceito de censura judicial posterior é o efeito de resfriamento do debate ou *chilling effect*, tal como a denomina a doutrina norte-americana. Não há dúvida de que a censura judicial prévia suprime a expressão do pensamento. Geralmente ela se manifesta a requerimento de quem se diz violado em sua honra ou privacidade e por meio de uma decisão judicial liminar e *inaudita altera parte*, obstando completamente a divulgação da mensagem. Mas sentença que posteriormente impõe sanções civis ou criminais também produz efeitos equivalentes sobre a liberdade de expressão. Isso porque tem o poder de inibir a livre circulação de informações e do livre debate de ideias, pressionando o jornalista ou quem quer que deseje manifestar as suas opiniões ou divulgar informações a conter as suas palavras. A punição posterior gera autocensura. Considerada a possibilidade de que, uma vez manifestado o pensamento, sobrevenham sanções civis e criminais, muitas vezes graves e desproporcionais, a tendência do emissor da mensagem é de renunciar à palavra, à crítica, à emissão de uma opinião, à comunicação de um fato e à denúncia de uma irregularidade. E isso vale tanto para as sanções civis como para as criminais. Foi o que sustentou o Juiz Brennan, da Suprema Corte norte-americana, ao emitir seu voto no julgamento do caso *New York Times Co. v. Sullivan*, que será estudado com detalhes no capítulo 4: “Está fora do alcance de uma lei civil o que o estado não pode fazer por meio de uma lei penal. O medo das indenizações devidas de acordo com a lei civil, (...) pode ser marcadamente mais inibidora [do debate] do que o medo de uma persecução penal”. E no mesmo sentido se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Tristán Donoso v. Panamá*: “o temor à sanção civil (...) pode ser a todas as luzes tão ou mais intimidante e inibidor para o exercício da liberdade de expressão do que uma sanção penal, uma vez que tem a potencialidade de comprometer a vida pessoal e familiar de quem denuncia um funcionário público com o resultado evidente e não

¹¹⁹ Trata-se de postura oposta à prática norte-americana em que os órgãos de imprensa e jornalistas tendem a se unir em defesa da liberdade de expressão. Foi o caso, por exemplo, quando, no julgamento de *New York Times v. Sullivan*, os jornais *Washington Post* e o conglomerado jornalístico *Tribune Company* (proprietária dos jornais *Chicago Tribune*, *Orlando Sentinel* e outros), além da associação de defesa dos direitos civis *American Civil Liberties Union*, apresentaram petições à Suprema Corte na qualidade de *amicus curiae* em defesa do recorrente.

valioso da autocensura, tanto para o afetado como para outros potenciais críticos da atuação de um servidor público”.

Nas ações de responsabilidade civil em que se alega violação à honra, o poder judiciário brasileiro em suas instâncias ordinárias e também o Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos especiais adotam uma postura de proteção excessiva da honra quando em conflito com a liberdade de expressão. Esta afirmação será demonstrada no capítulo 6 desta tese. Em outras palavras, o que vigora no direito brasileiro é a posição preferencial da honra quando em conflito com a liberdade de expressão, mesmo em assuntos de interesse público. No sistema jurídico brasileiro, são os juízes os agentes do estado a quem se pede e de quem se obtém a censura à livre manifestação do pensamento. Para confirmar esta afirmação, passa-se a analisar alguns casos de repressão a jornalistas por meio da censura judicial.

O caso do jornalista Lúcio Flávio Pinto, registrado em destaque no relatório sobre a liberdade de imprensa no mundo da organização Repórteres sem Fronteiras, publicado para o ano de 2014, é exemplar e emblemático. O relatório considera que o jornalista é alvo de violência institucional, espécie de ataque à liberdade de expressão que se configura pelo contínuo ajuizamento de ações. No caso de Lúcio Flávio, são 33 (trinta e três) as ações a que responde por haver denunciado o tráfico ilegal de madeira na Amazônia.¹²⁰ Desde setembro de 1987, Lúcio Flávio escreve e edita, com a única ajuda de seu irmão Luiz Pinto, nas ilustrações e edição, o Jornal Pessoal. O jornal – que não publica nenhum anúncio publicitário – circula impresso quinzenalmente e é vendido nas bancas e livrarias da cidade de Belém do Pará. Como Lúcio Flávio declarou em entrevista ao jornalista Alberto Dines, no programa Observatório da Imprensa, o Jornal Pessoal começou suas atividades porque os jornais da grande imprensa do Estado do Pará se recusaram a publicar reportagem sobre o assassinato do advogado e deputado estadual Paulo Cezar Fonteles de Lima. Dentre os mandantes do crime, estavam empresários dos maiores grupos empresariais do estado e anunciantes dos grandes jornais. Nessa mesma entrevista, Lúcio Flávio declarou que o Jornal Pessoal não

¹²⁰ O relatório Freedom of the Press – 2014 está disponível na página http://rsf.org/index2014/data/index2014_en.pdf

tem publicidade para que possa ter “total independência”.¹²¹ Antes disso, o jornalista havia trabalhado por mais de vinte anos para o jornal O Estado de São Paulo. Lúcio Flávio é autor de 22 (vinte e dois) livros e detentor de 8 (oito) prêmios jornalísticos no Brasil e no exterior. Em função das irregularidades que denunciou, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Pará a pagar indenização por danos morais ao empresário Cecílio do Rego Almeida, a quem acusou de grilagem de terras na região amazônica. O valor total da condenação alcançou o valor aproximado de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais). O STJ não conheceu de agravo de instrumento interposto contra a decisão estadual que não admitiu o recurso especial. Após sofrer seguidas condenações na primeira instância da Justiça do Estado do Pará, Lúcio Flávio desistiu de interpor recursos e, referindo-se ao Tribunal de Justiça do Pará, disse: “Eu teria ainda de me submeter outra vez a um tribunal no qual não tenho mais fé alguma”.¹²² Lúcio Flávio Pinto também foi condenado a pagar indenização ao empresário Rômulo Maiorana Junior e à empresa Delta Publicidade S.A.. Desta vez a condenação do Tribunal de Justiça do Pará alcançou a quantia de R\$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil reais). A origem da ação indenizatória foi uma reportagem publicada no Jornal Pessoal, relatando a trajetória das Organizações Rômulo Maiorana, proprietária de meios de comunicação na região norte do Brasil, e descrevendo o monopólio de comunicação exercido pelo grupo O Liberal, sua forma de atuação jornalística, bem como o uso do jornal para pressionar empresas anunciantes. O STJ também não conheceu do agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu o recurso especial que havia sido interposto contra a decisão condenatória. Em artigo publicado na página do Observatório da Imprensa em 14 de fevereiro de 2012, o jornalista desabafa:

Desde 1992 já fui processado 33 vezes. Nenhum dos autores dessas ações teve interesse em me mandar uma carta, no exercício de seu legítimo direito de defesa. O Jornal Pessoal publica todas as cartas que lhe são enviadas, mesmo as ofensivas, na íntegra. Também não publicaram matérias contestando as minhas ou, por qualquer via, estabelecendo um debate público, por serem públicos todos os temas por mim abordados.

E prossegue:

¹²¹ Íntegra da entrevista disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NaVHaz6F3ZY>

¹²² v. nota de reportagem constante da página do Knight Center for Journalism in the Americas da Universidade do Texas em Austin

Apesar de todas essas ações e do martírio que elas criaram na minha vida nestes últimos 20 anos, mantenho meu compromisso com a verdade, com o interesse público e com uma melhor sorte para a querida Amazônia, onde nasci. Não gostaria que meus filhos e netos (e todos os filhos e netos do Brasil) se deparassem com espetáculos tão degradantes, como ver milhares de toras de madeira de lei, incluindo o mogno, ameaçado de ser extinto nas florestas nativas amazônicas, nas quais era abundante, sendo arrastadas em jangadas pelos rios por piratas fundiários, como o extinto Cecílio do Rego Almeida. Depois de ter sofrido todo tipo de violência, inclusive a agressão física, sei o que me espera. Mas não desistirei de fazer aquilo que me compete: jornalismo. Algo que os poderes, sobretudo o judiciário do Pará, querem ver extinto, se não puder ser domesticado conforme os interesses dos donos da voz pública.¹²³

Paulo Henrique Amorim é outro jornalista que responde a diversas ações civis e penais, utilizadas na maior parte das vezes com o objetivo de censura. Seu embate mais notório é contra o empresário Daniel Dantas que segundo o jornalista lhe move mais de 20 (vinte) ações, mas suas batalhas judiciais também envolvem o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes e os jornalistas Merval Pereira, Heraldo Pereira e Ali Kamel. Como diz Paulo Henrique, “Eu não diria que sou vítima da Justiça. Eu sou vítima de um processo que utiliza a Justiça para nos censurar”. Sobre as ações movidas por Daniel Dantas, o método e a finalidade dos processos é assim identificada: “Então, qual é a tática, por exemplo, do Daniel Dantas, que move contra mim duas dezenas de ações? É me calar pelo bolso, porque a estratégia dele não é reparar um direito. Ele não está interessado em reparar um direito, em se ressarcir de uma ofensa grave. Para ele, o processo é o fim em si mesmo, a ação na Justiça é o objetivo em si mesmo. Quer dizer, ao me acionar, ele imagina que vou me depauperar financeiramente, vou desistir e parar de falar dele”.¹²⁴ O montante total das condenações já ultrapassa a quantia de R\$ 660.000,00 (seiscentos e sessenta mil reais), tendo sido interpostos recursos contra as decisões condenatórias.¹²⁵ Paulo Henrique também foi condenado em ação indenizatória proposta por Gilmar Mendes. No julgamento do Recurso Especial nº 1.500.676 – DF, o STJ confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que condenou o jornalista ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil

¹²³ ‘O grileiro vencerá?’ por Lúcio Flávio Pinto, artigo disponível na página do Observatório da Imprensa em http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed681_o_grileiro_vencera

¹²⁴ Entrevista publicada no jornal Unidade do Sindicato dos Jornalistas no Estado de São Paulo e disponível em http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=208889&id_secao=1

¹²⁵ v. reportagem publicada na página Consultor Jurídico e disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-28/paulo-henrique-amorim-condenado-injuria-merval-pereira>

reais) ao autor da ação. Não são apenas autoridades e empresários que se voltaram contra o jornalista Paulo Henrique Amorim. Também os jornalistas Merval Pereira, Heraldo Pereira e Ali Kamel propuseram ações civis ou criminais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso de apelação interposto por Paulo Henrique Amorim contra sentença que o havia condenado a pagar a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a Ali Kamel. Entendeu o tribunal, no julgamento da Apelação Cível nº: 0073609-91.2012.8.19.0001, que o jornalista fez uma referência depreciativa ao livro de Kamel. Tratava-se de uma crítica ao jornalismo da Rede Globo de Televisão: “A propósito, Willian Bonner, na sua ilimitada mediocridade, poderia poupar o espectador de usar ‘bonito’ ou ‘bonita’. Ontem, por exemplo, o funcionário de Gilmar Dantas (*) Heraldo Pereira, que faz um bico na Globo, fez uma longa exposição para justificar o seu sucesso. E não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde. Heraldo é o negro de alma branca. Ou a prova de que o livro de Ali Kamel está certo: o Brasil não é racista. Racista é o Ali Kamel”. Por essa declaração Paulo Henrique Amorim também respondeu a ações civis e criminais propostas pelo jornalista Heraldo Pereira.

A mesma estratégia para suprimir a liberdade de expressão foi utilizada pelas Organizações Globo contra o jornalista Luiz Carlos Azenha. Mais uma vez o poder judiciário foi o instrumento de censura. Após trabalhar em diversos veículos de comunicação, inclusive na própria Rede Globo de Televisão, o jornalista Luiz Carlos Azenha passou a editar, em caráter independente e sem patrocínio de empresas públicas ou privadas, o blog de notícias ‘Vi o Mundo’. Em artigo publicado em seu blog e na revista Carta Capital,¹²⁶ o jornalista esclarece que, no ano de 2006, inconformado com a parcialidade da cobertura da eleição presidencial pelas Organizações Globo, resolveu demitir-se de seu emprego na emissora e iniciar o mencionado blog. Por meio deste veículo, o jornalista relatou os fatos referentes à campanha presidencial e formulou críticas políticas ao também jornalista Ali Kamel (já referido nas ações que foram propostas contra Paulo Henrique Amorim), que ocupava posição de comando nas Organizações Globo. Luiz Carlos foi acusado de promover uma campanha difamatória contra

¹²⁶ Reportagem e artigo publicados na revista Carta Capital em 30 de março de 2013 e disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/luiz-carlos-azinha-anuncia-o-fim-do-blog-viomundo/>

Kamel e por isso condenado pela 43ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro a pagar uma indenização de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).¹²⁷ Logo após a promulgação da sentença condenatória, o jornalista resolveu encerrar o seu blog e publicou um artigo sob o título ‘Globo consegue o que a ditadura não conseguiu: calar imprensa alternativa’. Neste artigo declarou o seguinte:

O objetivo do *Viomundo* sempre foi o de defender o interesse público e os movimentos sociais, sub-representados na mídia corporativa. Declaramos oficialmente: não recebemos patrocínio de governos ou empresas públicas ou estatais, ao contrário da Folha, de O Globo ou do Estadão. Nem do governo federal, nem de governos estaduais ou municipais.

Porém, para tudo existe um limite. A ação que me foi movida pela TV Globo (nominalmente por Ali Kamel) me custou R\$ 30 mil reais em honorários advocatícios.

Fora o que eventualmente terei de gastar para derrotá-la. Agora, pensem comigo: qual é o limite das Organizações Globo para gastar com advogados?

O objetivo da emissora, ainda que por vias tortas, é claro: intimidar e calar aqueles que são capazes de desvendar o que se passa nos bastidores dela, justamente por terem fontes e conhecimento das engrenagens globais.¹²⁸

Interposto recurso contra a sentença condenatória, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu-lhe provimento em parte apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ainda pendem de apreciação os agravos de instrumento interpostos contra a decisão que não admitiu os recursos extraordinário e especial interpostos pelo réu Luiz Carlos Azenha. A pedido dos leitores, porém, o jornalista resolveu não encerrar o blog, que já mantinha por 10 (dez) anos, optando por o refundar em companhia de outros colegas.

¹²⁷ Não está no âmbito deste trabalho a crítica (merecida, certamente) a cada uma das decisões proferidas com a finalidade de censurar a liberdade de expressão, antes o exame se dirigirá a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, no âmbito do direito brasileiro, unifica e sustenta o fenômeno da censura judicial por meio da indevida imposição de indenizações por responsabilidade civil. Porém, a sentença proferida pela 43ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro nos autos do processo nº: 0352205-76.2010.8.19.0001 merece uma menção especial. Além da tradicional fundamentação com argumento do tipo ‘a Constituição protege o direito à liberdade de expressão, mas este direito não é absoluto’, confunde os conceitos de honra, privacidade e imagem e contém graves imprecisões jurídicas como: “O campo de incidência do direito à honra é delimitado especificamente pela proteção constitucional da vida privada [os direitos à honra e à vida privada são distintos, protegem valores diversos e seus campos de incidência não coincidem], não sendo raros os casos de aparentes conflitos entre as regras de proteção da liberdade de informação e de proteção da imagem [que é um outro direito, diverso da honra e da privacidade], e sob o critério da proporcionalidade [que invocado assim genericamente dá ensejo a arbitrariedade judicial], cede o direito de informar ao direito à proteção da honra, pois para o exercício do direito à informação, em detrimento da honra alheia, é necessário que a informação seja verdadeira [a quem cabe o ônus de comprovar que a informação é (ou não é) verdadeira?]”.

¹²⁸ artigo publicado no blog ‘Vi o Mundo’ em 29 de março de 2013 e disponível em www.viomundo.com.br/denuncias/globo-consegue-o-que-a-ditadura-nao-conseguiu-extincao-da-imprensa-alternativa.html

Mais recentemente, o jornalista Miguel do Rosário, que mantém o blog ‘O Cafezinho’, também foi condenado em ação indenizatória proposta novamente pelo jornalista Ali Kamel, diretor-geral de jornalismo da TV Globo. A sentença proferida nos autos do processo nº: 0314414-68.2013.8.19.0001 pela 11ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro condenou o réu ao pagamento de indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), montante que foi majorado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro após julgar recurso de apelação interposto pelo autor. A petição inicial da ação rescisória posteriormente ajuizada por Miguel do Rosário foi indeferida, sendo extinto o processo sem resolução do mérito. Em seu blog, o jornalista condenado por violação à honra publicou uma ‘Carta aberta ao povo brasileiro: liberdade de expressão em risco’ e, narrando sua situação após a condenação que lhe foi imposta pelo poder judiciário a pedido de jornalista das Organizações Globo, desabafou:

Pois bem, diante de tal situação, o que posso fazer diante da ofensiva covarde da Globo contra o meu trabalho?

O dinheiro que ganho serve para pagar meu custo de vida, ao qual tive que acrescentar agora os honorários do meu advogado.

Como posso entrar numa batalha judicial com o diretor de jornalismo da Globo, cujos proprietários têm uma fortuna maior que a de Rupert Murdoch, o magnata australiano dono de um império midiático nos EUA, maior que a de Berlusconi, proprietário de vários canais de TV na Itália e um dos principais expoentes da direita europeia?

O valor imposto, R\$ 20 mil mais custos judiciais, equivale ao valor que o Judiciário costuma impor à revista Veja, que pertence também a uma das famílias mais ricas do país. E isso quando a Veja perde na justiça, o que é raro.

Não falta aqui um senso de proporção?

Depois de judicializarem a política, agora partirão para a judicialização da censura?

Qual o objetivo da Globo? Reduzir o já diminuto pluralismo político do país?

E ela ainda quer se vender como defensora da liberdade de expressão?

Ainda quer acusar a esquerda de pretender promover a censura por querer estabelecer uma regulamentação que evite esse tipo de aberração, na qual a grande mídia pode destruir reputações, e a pequena mídia não pode falar nada?

É muito cinismo! Dão golpe e falam que a democracia voltou! Censuram e acusam os outros de censura! Roubam e gritam pega ladrão!¹²⁹

¹²⁹ carta publicada no blog ‘O Cafezinho’ em 20 de fevereiro de 2015 e disponível em <http://www.ocafezinho.com/2015/02/20/carta-aberta-ao-povo-brasileiro-liberdade-de-expressao-em-risco>

Os exemplos são intermináveis. E não só no jornalismo político. Os jornalistas da área desportiva também costumam enfrentar as ações de dirigentes poderosos (e também de outros jornalistas) contra a livre divulgação de informações. Também no mundo desportivo os processos judiciais são utilizados com a intenção de fazer calar. É notório, por exemplo, o caso do jornalista Juca Kfourri que, ao denunciar inúmeras irregularidades envolvendo a Confederação Brasileira de Futebol – CBF, sofreu o ônus de responder a diversas ações propostas pelo ex-presidente da entidade Ricardo Teixeira. Em entrevista publicada na revista Carta Capital em julho de 2011, perguntado sobre quantas ações lhe eram movidas pelo dirigente esportivo, o jornalista declarou: “Mais de 50, pelas contas dele mesmo. Perdi duas, ganhei umas 35 e deve haver umas 10 ou 12 em andamento. Semana passada chegaram três”.¹³⁰ Em consulta aos registros de distribuição do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,¹³¹ constava um total de 25 (vinte e cinco) anotações, dentre ações e recursos propostos contra o jornalista ou por Ricardo Teixeira ou pela própria CBF. Os registros de distribuição do Tribunal de Justiça de São Paulo retratam situação semelhante. Deles constavam 44 (quarenta e quatro) registros, dentre ações cíveis e criminais propostas contra o jornalista por dirigentes esportivos, treinadores de futebol e até por outros jornalistas!¹³² “Pessoas que não aceitam críticas recorrem à Justiça na tentativa de intimidar a imprensa”, declarou o jornalista à reportagem do boletim eletrônico de notícias Consultor Jurídico em junho de 2004.¹³³ O jornalista Jorge Kajuru é outro recordista de ações segundo mostrou a mesma reportagem. A informação é de que já teria respondido a 109 (cento e nove) processos cíveis e criminais em quatro estados. Os dirigentes esportivos criticados são, atualmente, investigados pelas autoridades federais norte-americanas. Um dos ex-presidentes da CBF se encontra recolhido à prisão domiciliar nos Estados Unidos e outros dois, em razão da possibilidade de prisão, evitam deixar o território nacional. Lamentavelmente, porém, o judiciário brasileiro não se furtou a proteger a “honra” desses dirigentes, condenando o jornalista que os criticou.

¹³⁰ Entrevista publicada na revista Carta Capital em 18 de julho de 2011 e disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-calo-de-ricardo-teixeira>

¹³¹ Página do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, consulta realizada em 13 de abril de 2015

¹³² Página do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consulta realizada em 13 de abril de 2015

¹³³ Reportagem publicada na página do boletim Consultor Jurídico em 3 de junho de 2004

Todas essas situações e ações, que aqui foram mencionadas apenas para exemplificar, e diversas outras que certamente se espalham por todo o Brasil, são geradas e multiplicadas, por um lado, em razão de uma cultura da proteção exacerbada da honra – que, entendida como um valor aristocrático, não pode ser sequer afetada – em detrimento da liberdade de expressão, e, por outro, em virtude da inexistência de um critério claro de proteção da liberdade de expressão enraizado no poder judiciário brasileiro. Qualquer pessoa que se considere afetada em sua honra ou privacidade, sente-se livre para processar o jornalista, sabendo que conta com grande chance de vitória em juízo. E as ‘vítimas de difamação’ não são apenas os dirigentes políticos, os empresários e os donos do poder em geral, mas também os jornalistas. No Brasil, vale repetir, jornalistas processam jornalistas! Os proprietários dos grandes meios de comunicação utilizam-se de jornalistas empregados em suas empresas de comunicação para calar, por estrangulamento econômico, jornalistas de opinião diversa. O objetivo talvez seja manter um controle absoluto sobre a informação. Não pode haver divergência. Os juízes e tribunais por todo o Brasil, por sua vez, embarcam nessa lógica de reprimir a manifestação do pensamento e mantêm a clara de tendência de condenar aquele que é acusado de violar a honra alheia. Sempre sob o fundamento de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, impõem a censura sem constrangimento. Não se explicitam, porém, os critérios de solução dos conflitos entre os direitos. Reina a arbitrariedade judicial. O STJ segue a linha de proteção preferencial da honra, consumando a censura e o menoscabo da liberdade de expressão como se demonstrará no capítulo 6. No STF, embora o panorama seja um pouco melhor, ele não é animador, questão que será melhor abordada no capítulo 7. Mesmo assim, os recursos extraordinários e, principalmente, as reclamações que chegam ao tribunal são analisados à luz da própria norma constitucional que assegura a liberdade de expressão. E nesses casos os jornalistas e todos aqueles que manifestaram o seu pensamento têm mais esperança de ver seu direito reconhecido.

Como se apontou na introdução desta tese, segundo a organização Repórteres sem Fronteiras, em seu relatório sobre a liberdade de imprensa no mundo publicado no ano de 2014, o World Press Freedom Index, classificou o

Brasil como país com problemas dignos de nota. Posicionado atrás da Uganda e à frente da Nigéria, o Brasil ocupa a 111ª (centésima décima primeira) posição do ranking de proteção à liberdade de imprensa no mundo. Dentre os graves problemas relatados, como também já se mencionou, está o ajuizamento indiscriminado de ações contra jornalistas, o que a organização denomina de ‘violência institucional’.¹³⁴ O mesmo problema para a proteção da liberdade de expressão também é mencionado nos relatórios de diversas outras organizações e instituições apontadas no capítulo introdutório (Associação Nacional de Jornais, Artigo 19, Freedom House, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e outros)

Identificado o problema, é necessário, então, buscar uma solução que permita o amplo desenvolvimento da liberdade de expressão, direito que, vale reiterar, é essencial para o estabelecimento do autogoverno e para a sobrevivência da vida em democracia. É preciso encontrar um novo padrão jurisprudencial ou produzir uma nova legislação, ou ainda ambos simultaneamente. Tudo isso, evidentemente, sem suprimir o direito à honra, também garantido pela Constituição. Trata-se, então, de assegurar a honra em sua concepção contemporânea, a honra como direito ao respeito social, a honra necessária ao convívio em uma sociedade democrática. O direito norte-americano, por decisão de sua Suprema Corte, começou a resolver esse problema no ano de 1964 no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, formulando a regra da malícia real. É o que se passa a estudar.

¹³⁴ O relatório *Freedom of the Press – 2014* está disponível na página http://rsf.org/index2014/data/index2014_en.pdf

4

A doutrina da malícia real como meio de proteção da liberdade de expressão

4.1.

A posição preferencial da liberdade de expressão em assuntos de interesse público (introdução)

Por que se pode dizer que, no sistema jurídico norte-americano, em assuntos de interesse público, a liberdade de expressão goza de uma posição preferencial quando em conflito com a honra? A resposta a esta pergunta passa pela análise sobre como e com que critérios são resolvidos, a partir dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, os conflitos entre os direitos à liberdade de expressão de um lado e à honra de outro. A fim de lidar com essa questão, a Suprema Corte, a partir do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, formulou a regra da malícia real como será exposto a seguir. Para verificar, então, como opera, na prática, a posição preferencial da liberdade de expressão, faz-se necessário o exame do julgamento de *New York Times v. Sullivan* e das principais decisões que se seguiram a este julgamento e que, em conjunto, compõem a doutrina da malícia real. Nesses recursos, estava em jogo o significado da Primeira Emenda à Constituição (“O Congresso não fará nenhuma lei (...) restringindo a liberdade de palavra, ou da imprensa”). Também serão a seguir abordados os aspectos processuais relevantes, como os fatos que devem ser objeto da prova e a distribuição do ônus da prova nas ações indenizatórias em que se alegou o uso abusivo da liberdade de expressão.¹³⁵

¹³⁵ No âmbito do presente trabalho, não é possível, nem necessário o exame de todos os julgamentos que a Suprema Corte norte-americana proferiu sobre o direito à liberdade de expressão protegido pela Primeira Emenda a partir do julgamento de *New York Times Co. v. Sullivan*. Optou-se pelo exame apenas das decisões mais importantes de acordo com a referência que a própria Suprema Corte faz em suas posteriores decisões. Assim, serão analisadas a seguir as principais decisões que, em conjunto, formam a doutrina da malícia real em seus aspectos

Embora os debates sobre o direito à liberdade de expressão e o próprio exercício dessa liberdade tenham estado presentes na vida republicana dos Estados Unidos desde os primeiros anos de sua fundação como se procurou demonstrar no capítulo 2, foi a partir da decisão proferida pela Suprema Corte no caso *New York Times v. Sullivan*, julgado em 9 de março de 1964, que ficaram juridicamente estabelecidos parâmetros de ampla proteção da manifestação do pensamento naquele país. A partir desse julgamento, a Suprema Corte consolidou, em caráter expresse, a posição preferencial que se deve atribuir à liberdade de expressão em confronto com a honra, quando em questão assuntos de governo ou, mais amplamente, de interesse público. Nessa decisão, a Suprema Corte decidiu que os cidadãos e a imprensa, quando formulam críticas que possam afetar a reputação de agentes públicos, somente podem ser condenados por violação à honra se a pessoa afetada lograr demonstrar que as declarações eram falsas e foram feitas com conhecimento da falsidade dos fatos afirmados ou com temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade desses mesmos fatos. Os critérios de apuração de responsabilidade civil estabelecidos em *New York Times v. Sullivan*, que se circunscreveram inicialmente às manifestações sobre os agentes públicos, foram posteriormente estendidos às figuras públicas e aos particulares envolvidos em assuntos de interesse público, como adiante melhor se explicará. Os mesmos critérios foram estendidos à apuração da responsabilidade criminal.¹³⁶

Composta por 9 (nove) juízes, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem competência para rever as decisões dos tribunais federais e estaduais quando envolvida questão constitucional. Em geral, a Corte exerce um juízo de cassação da decisão recorrida e decide apenas a questão constitucional, devolvendo o processo à corte de origem para, se for o caso, prosseguir no julgamento. Em

materiais e processuais: *New York Times Co. v. Sullivan*, *Garrison v. Louisiana*, *Monitor Patriot Co. v. Roy*, *Curtis Publishing Co. v. Butts*, *Associated Press v. Walker*, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, *Milkovich v. Lorain Journal Co.* e *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*. As decisões proferidas nesses julgamentos constituem os precedentes que orientam e vinculam toda a jurisprudência norte-americana na solução dos conflitos entre a liberdade de expressão de um lado e a honra de outro.

¹³⁶ Fiss situa o julgamento de *New York Times v. Sullivan* como a mais importante fonte de autonomia jurídica da imprensa em relação ao estado. Cf. FISS, O., *A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, p. 100.

casos mais raros, a Suprema Corte também analisa a prova produzida a fim de verificar se o julgamento atende aos requisitos constitucionais aplicáveis. Foi o que aconteceu em *New York Times v. Sullivan*. O julgamento foi proferido a partir de um recurso contra acórdão da Suprema Corte do Alabama, confirmando sentença do tribunal do júri da Corte Regional de Montgomery. A decisão de primeiro grau havia condenado a empresa de comunicação social, proprietária do jornal *The New York Times*, e outras quatro pessoas (Ralph David Abernathy, S.S. Seay Sr., Fred L. Shuttlesworth e J.E. Lowery), pastores e líderes religiosos de diversas igrejas atuantes no Estado do Alabama, ao pagamento de uma indenização no valor total de U\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares norte-americanos) em favor de L.B. Sullivan. O autor da ação ocupava o cargo eletivo de comissário da Cidade de Montgomery com atribuição para supervisionar, dentre outros serviços públicos, os serviços prestados pelo departamento de polícia. O julgamento proferido do caso *New York Times v. Sullivan* é até hoje considerado um dos mais importantes pronunciamentos judiciais sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos e talvez até no mundo.¹³⁷ Passa-se, então, a examinar o julgamento, detalhando-se os aspectos mais relevantes.

4.2.

A doutrina da malícia real aplicada ao conflito entre a liberdade de expressão e a honra: o caso *New York Times v. Sullivan* e a proteção da liberdade de expressão em ações propostas por agentes públicos

Nos anos 1960, vivia-se nos estados do sul dos Estados Unidos um tempo de lutas sociais e protestos de estudantes, líderes religiosos e demais cidadãos negros contra a impossibilidade de exercer o direito de voto e de frequentar escolas e universidades não segregadas (não separadas de acordo com a raça do estudante). Ao decidir o caso *Brown v. Board of Education*, em maio de 1954, a Suprema Corte já havia reconhecido a inconstitucionalidade das leis que permitiam a separação dos estudantes em escolas de acordo com critérios de cor ou origem racial, mesmo que as escolas fossem equivalentes em qualidade de ensino e instalações. Os direitos da população negra dos estados do sul dos

¹³⁷ CHEMERINSKY, E., *Constitutional Law – Principles and Policies*, p. 1.080: “*New York Times* é uma das mais importantes decisões da história sobre a Primeira Emenda em razão da aplicação da Constituição como um limite às ações de responsabilidade civil por difamação e em razão da robusta proteção conferida à expressão política”.

Estados Unidos, no entanto, ainda não estavam consolidados. Os negros lutavam pela implementação e reconhecimento de diversos outros direitos, em especial pelo efetivo exercício do direito de voto.¹³⁸

Em *New York Times v. Sullivan*, os tribunais estaduais do Alabama haviam condenado os réus em razão da publicação de um anúncio editorial (um tipo de informe publicitário, tal como se denomina na prática jornalística brasileira) no jornal *The New York Times*, no dia 29 de março de 1960, sob o título ‘Ouçam as vozes que se elevam’ (*Heed their rising voices*). A publicação do informe foi solicitada pelo ‘Comitê para a Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul’. Seus subscritores eram diversas personalidades e celebridades que apoiavam o movimento liderado por Martin Luther King para tornar efetivo o exercício do direito de voto pelos cidadãos negros nos estados do sul dos Estados Unidos. Além das personalidades, vários líderes religiosos sulistas também constavam como subscritores do anúncio, dentre eles os outros quatro réus: Abernathy, Seay Sr., Shuttlesworth e Lowery, pastores religiosos que exerciam suas atividades no Estado do Alabama. O anúncio comunicava a luta social que se travava nos estados do sul do país, denunciava a violação de direitos constitucionais de estudantes, líderes religiosos e demais cidadãos negros e pedia contribuição financeira para o movimento e para a defesa e assistência jurídica a Martin Luther King Jr.. Embora não fossem nomeadas as autoridades responsáveis pelas ilegalidades e violações praticadas, nem fossem atribuídas responsabilidades específicas a nenhum agente público, o anúncio relatava diversas condutas arbitrárias praticadas por órgãos de segurança do estado e por estabelecimentos de ensino situados em Alabama. Nenhuma autoridade foi criticada em nome pessoal. O anúncio falava apenas nos “violadores sulistas da Constituição”.¹³⁹ Dentre outras afirmações, dizia o anúncio editorial que: (a) que os estudantes negros que participavam de protestos não violentos em defesa de sua dignidade estavam sendo atacados por uma “onda de terror sem precedentes”; (b) que, na cidade de Orangeburg, Carolina do Sul, quando cerca de 400 (quatrocentos) estudantes buscavam, pacificamente, comprar doces e café no distrito comercial da cidade, foram expulsos com bombas de gás lacrimogênio e

¹³⁸ Essa situação é bem retratada no filme ‘Selma: Uma Luta pela Igualdade’, de Ava DuVernay

¹³⁹ LEWIS, A., *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*, 1992, p. 7

rajadas de água e foram presos em massa, sendo submetidos, em seguida, a esperar a conclusão dos desdobramentos da prisão por horas a fio sob um frio congelante; (c) que, na cidade de Montgomery, Alabama, após os estudantes cantarem a canção patriótica ‘*My Country, Tis of Thee*’ nos degraus do prédio da assembleia legislativa, os líderes estudantis foram expulsos da universidade e o *campus* da Faculdade Estadual do Alabama foi cercado por policiais armados com espingardas e bombas de gás lacrimogênio; (d) que todo corpo de alunos recusou-se a renovar a matrícula como forma de manifestar novo protesto contra as autoridades estaduais, o que ocasionou o trancamento com cadeado do refeitório da universidade com o objetivo de subjugar os estudantes pela fome e (e) que Martin Luther King Jr. havia sido preso sete vezes. No entanto, algumas dessas afirmações eram imprecisas.

Os tribunais do Alabama, na medida em que as arbitrariedades apontadas pelo anúncio estavam referidas, dentre outros órgãos públicos, ao departamento de polícia de Montgomery, consideraram que o anúncio dizia respeito ao comissário Sullivan¹⁴⁰ e violava a sua reputação, o que ensejou a condenação do jornal *The New York Times* e dos demais réus.

À época da publicação do anúncio, dominava na jurisprudência norte-americana o entendimento de que as afirmações e críticas aos agentes estatais, se não fossem verdadeiras e pertinentes, não estavam protegidas pela liberdade de expressão. A responsabilidade por violação à honra e reputação de qualquer pessoa, detentora ou não de cargo público, era apurada de acordo com as leis estaduais e do *common law* de cada um dos estados norte-americanos. Os estados seguiam, em geral, a lei nova-iorquina de 1804, promulgada após julgamento do caso *People v. Croswell*, referido no final capítulo 2. Admitia-se a alegação da verdade como defesa, se a declaração fosse proferida com boas razões e com fins justificáveis. No direito comum dos estados, dominava o entendimento de que a expressão estava protegida pela teoria do comentário justo (*fair comment*)

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 28. Sullivan alegou que o anúncio a ele estava referido pelo uso da palavra ‘polícia’ no terceiro parágrafo (sua atribuição como comissário era supervisionar, dentre outros departamentos – bombeiros, cemitérios e pesos e medidas – o Departamento de Polícia) e das palavras ‘violadores do Sul’ no sexto parágrafo do anúncio (porque o parágrafo mencionava as prisões de Luther King e, segundo sustentou, efetuar prisões era função da polícia que ele supervisionava).

segundo a qual, nos assuntos de interesse público, as afirmações críticas deveriam estar fundadas na verdade e não poderiam ser formuladas com o único intuito de causar dano à reputação. Uma afirmação não verdadeira, ainda que não houvesse dolo, não estava protegida, o que também se aplicava às expressões que atingiam a reputação das pessoas: não tinham o amparo da Primeira Emenda. A Suprema Corte, até então, ainda não havia proferido decisão quanto à aplicação da Primeira Emenda a expressões, fatos e opiniões, que atingiam a honra dos agentes públicos. No Estado do Alabama, proposta uma ação indenizatória por difamação,¹⁴¹ as leis estaduais então em vigor presumiam a falsidade das declarações impugnadas, atribuindo ao próprio réu o ônus de comprovar que suas afirmações eram verdadeiras. Não comprovando o réu a verdade de suas afirmações, tanto a culpa quanto os danos também eram presumidos.¹⁴²

O anúncio examinado no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* continha informações imprecisas e não reproduzia com exatidão os fatos realmente ocorridos, e isso foi admitido pelo réu *New York Times*. Os tribunais estaduais aplicaram as leis do Alabama, afastando expressamente a incidência da Primeira Emenda e da proteção que o direito constitucional poderia conferir ao discurso que compôs o conteúdo do anúncio. No julgamento de primeiro grau, o juiz estadual presidente do tribunal do júri da Corte Regional de Montgomery informou aos jurados que as declarações contidas no anúncio eram difamatórias (e violadoras da honra) *per se*, instruindo o júri a responder a apenas duas perguntas: (a) se os fatos narrados no anúncio e impugnados na petição inicial da ação se referiam ao comissário Sullivan, autor da ação; (b) caso positivo, que indenização o autor da ação merecia receber.¹⁴³ A decisão de primeiro grau concedeu ao autor indenização no total do montante pleiteado (US\$ 500.000,00). Interposta apelação, a Suprema Corte do Alabama confirmou integralmente a decisão apelada, acrescentando que a Primeira Emenda à Constituição Federal não se aplicava à legislação estadual sobre difamação.

¹⁴¹ LEWIS, op.cit., p. 28. Por difamação ou declaração difamatória, entendia-se a declaração que tendia a diminuir a reputação de alguém.

¹⁴² LEWIS, A., *Liberdade para as Ideias que Odiamos – Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*, p. 68-69

¹⁴³ *Ibid.*

Alguns fatos importantes foram referidos na sustentação oral dos recursos posteriormente interpostos para a Suprema Corte e merecem ser destacados. O jornal *The New York Times*, à época da publicação do anúncio, tinha uma tiragem de 650.000 (seiscentos e cinquenta mil) exemplares. Desses, somente 394 (trezentos e noventa e quatro) foram remetidos aos assinantes e às bancas de jornal no Estado do Alabama. Como contou Lewis, “um dos exemplares do jornal foi enviado pelo correio aos escritórios do jornal *Montgomery Adviser*, o diário matutino de Montgomery, e irmão do jornal vespertino, o *Jornal do Alabama*, chegando alguns dias após sua publicação. Um leitor do *Times* – às vezes o único – foi o jovem editor do *Jornal do Alabama*, Ray Jenkins”.¹⁴⁴ Foi Jenkins quem publicou a reportagem sobre o anúncio editorial do *The New York Times*, citando parte de seu texto na edição de 5 de abril de 1960 do *Alabama Journal*. Dois dias depois, em 7 de abril, o editor do *Montgomery Adviser*, Groover Cleveland Hall Jr., redigiu um editorial furioso, atacando o anúncio publicado dias antes no *The New York Times* e apontando as suas inconsistências: “Há mentiras voluntárias, há mentiras involuntárias. Ambos os tipos de mentiras contribuíram para as toscas difamações contra Montgomery transmitidas em um anúncio de página inteira do *The New York Times* de 29 de março”.¹⁴⁵

Em 8 de abril, Sullivan enviou uma carta registrada ao *The New York Times*, exigindo retratação. Nas hipóteses em que se alega violação da honra, o pedido de retratação é uma condição exigida pela lei estadual do Alabama para autorizar um servidor público a iniciar uma ação indenizatória. O jornal respondeu, sustentando que as afirmações estavam “substancialmente corretas” e indagando a Sullivan por que ele entendia que as declarações, que não o mencionavam, se referiam a ele. Sullivan não respondeu a essa carta, propondo imediatamente a ação. Os demais réus, além de declararem, nos depoimentos prestados no tribunal do júri, que, em nenhum momento concordaram em subscrever o anúncio, afirmaram sem qualquer contradição que jamais receberam uma carta de Sullivan, exigindo retratação.

¹⁴⁴ Id., *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*, p. 9

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 11

Naquele mesmo período, o New York Times também estava sendo demandado, em ações absolutamente idênticas em fundamentos e pedidos, por diversas outras autoridades municipais e estaduais do Alabama (John Patterson, Governador do Alabama, pedido de indenização: U\$ 1.000.000,00; Earl James, prefeito de Montgomery, pedido de indenização: U\$ 500.000,00; Frank Pars, comissário de Montgomery, pedido de indenização: U\$ 500.000,00; e Clyde Seller, ex-comissário de Montgomery, pedido de indenização: U\$ 500.000,00). Todos alegavam que haviam sido difamados pelo mesmo anúncio.¹⁴⁶ À época do julgamento do caso na Suprema Corte dos Estados Unidos, já havia sido proferida outra condenação contra o New York Times no valor de U\$ 500.000,00. A estratégia se repetia por todo o sul dos Estados Unidos, sendo certo que, nessa mesma época, os pedidos de indenização das autoridades públicas contra outros órgãos de imprensa já alcançavam, aproximadamente, 300 (trezentos) milhões de dólares.¹⁴⁷

Quanto aos outros quatro réus, sua inclusão no polo passivo da relação processual obedeceu a um motivo, no mínimo, peculiar. Abernathy, Seay, Shuttlesworth e Lowery eram residentes em Alabama, onde exerciam suas atividades religiosas. Em caso de ação envolvendo partes residentes em diferentes estados dos Estados Unidos, as leis processuais federais determinavam a competência da justiça federal, mesmo que a ação fosse proposta na justiça estadual. O objetivo da regra processual era resguardar a imparcialidade da atividade judicial porque, segundo se entendia, o residente do estado em que proposta a ação poderia ser indevidamente favorecido. Isso, porém, não foi possível ao New York Times porque, como se formou um litisconsórcio passivo com outras pessoas residentes em Alabama, a modificação de competência não foi permitida.¹⁴⁸

Após a decisão da Suprema Corte do Alabama, dois recursos constitucionais foram interpostos pelos réus e chegaram à Suprema Corte dos Estados Unidos. O primeiro, interposto pelo New York Times e o segundo, pelos

¹⁴⁶ Ibid., p. 13

¹⁴⁷ Ibid., p. 36

¹⁴⁸ Ibid., p. 13-14

outros quatro réus que, além dos fundamentos invocados para proteção da liberdade de expressão, também alegaram que sequer haviam autorizado a inserção de seus nomes como cossignatários do anúncio. Em decisão relatada pelo Juiz William Brennan, a Suprema Corte, por unanimidade de votos,¹⁴⁹ reformou a decisão recorrida:

Um Estado não pode, de acordo com a Primeira e a Décima Quarta Emendas, conceder indenização por violação à honra de agente público em função de declarações difamatórias falsas, salvo se o agente público comprovar ‘malícia real’: que a declaração foi feita com conhecimento da falsidade ou com temerário desinteresse por sua veracidade ou falsidade.¹⁵⁰

Neste julgamento foi formulada, pela primeira vez, a regra mestra da doutrina da malícia real segundo a qual a expressão crítica aos agentes públicos sobre os assuntos de estado ou de interesse público deve estar imune a sanções civis, salvo em caso de declaração feita com o conhecimento da falsidade do fato afirmado ou com temerário desinteresse pela falsidade ou veracidade do fato. Entendeu a Suprema Corte que o direito à liberdade de expressão consagrado na Primeira Emenda impõe, em caráter expresso, limites ao reconhecimento da responsabilidade por violação à honra de agentes públicos¹⁵¹ quando propostas ações indenizatórias por difamação. Até a falsa afirmação de um fato, desde que ausente o dolo, deve estar protegida pela liberdade de expressão. Isso se justifica, segundo a Suprema Corte, porque a condenação de alguém que, embora sem dolo, fez afirmação de um fato falso, afastaria do livre debate dos temas públicos não apenas as afirmações de fatos falsos, mas também a afirmação de fatos verdadeiros, cuja veracidade não pudesse ser comprovada em juízo ou cujo autor da declaração não se dispusesse a suportar os custos dessa comprovação. A decisão da Suprema Corte teve a preocupação de promover o fortalecimento do processo de deliberação política e do debate público, preservando a possibilidade

¹⁴⁹ A decisão de reformar o acórdão proferido pela Suprema Corte do Alabama foi proferida por unanimidade de votos, mas cabe ressaltar que os juízes Black, Douglas e Goldberg apresentaram votos concorrentes em que entendiam que os cidadãos detinham imunidade absoluta para fazer críticas aos agentes públicos e aos assuntos de governo, não cabendo condenação de caráter civil ou criminal por violação à honra de servidor público em nenhuma hipótese.

¹⁵⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, na redação original em inglês: “A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves ‘actual malice’ – that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false”.

¹⁵¹ Como se verá, posteriormente, os mesmos critérios de imposição de responsabilidade foram estendidos a figuras públicas e a pessoas privadas envolvidas com assuntos de interesse público.

de livre circulação de informações e opiniões sobre os assuntos que envolvessem as atividades e os agentes do estado. Temia a Corte que as condenações de jornalistas e demais cidadãos ao pagamento de indenizações em casos semelhantes, sem que observados os limites impostos pela doutrina da malícia real, significasse a interdição do debate público, uma vez que a consequência das condenações seria certamente a autocensura, ou seja, o silêncio temeroso a que se submeteriam todos aqueles que, por receio de sofrer posterior condenação, não participariam do debate.

Como bem observou Chemerinsky, estava em pauta a necessidade de proteção à honra, de um lado, evitando-se, por outro, o efeito de resfriamento do debate político:

Em *New York Times v. Sullivan*, a Corte decidiu que o reconhecimento de danos por difamação – mensagens escritas ou faladas – está limitado pela Primeira Emenda. O desafio da Corte nessa área é sopesar a necessidade de proteger a reputação, a preocupação central óbvia das leis de proteção à honra que proíbem a difamação, com o desejo de salvaguardar a expressão, que pode ser resfriada e limitada pela responsabilidade civil.¹⁵²

Além das referências à “onda de terror sem precedentes” nos estados do sul; expulsão e prisão sob frio congelante dos estudantes da cidade de Orangeburg, Carolina do Sul; ao protesto – seguido de repressão – dos líderes estudantis da Faculdade Estadual do Alabama, o anúncio editorial publicado no *New York Times* também denunciava ações repressivas contra os estudantes e manifestantes por parte das autoridades estaduais e da polícia nas cidades de Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte e diversas outras cidades no sul, repressão sempre dirigida contra os que lutavam pela liberdade, pela democracia e pelo direito de voto. O papel do líder religioso Martin Luther King Jr. era apresentado com destaque porque era sua doutrina de não violência que inspirava e guiava os estudantes e, sob sua liderança, havia sido criada a ‘Conferência de Lideranças Cristãs do Sul’ a fim de encabeçar o movimento e a luta pelo direito de voto. Dizia também o anúncio que os “violadores sulistas” haviam agredido King, bombardeado sua casa, quase matando sua mulher e sua filha, bem como que King havia sido preso sete vezes,

¹⁵² CHEMERINSKY, op.cit., p. 1.078

tendo-lhe sido imputadas acusações que poderiam alcançar dez anos de prisão: “Obviamente, o seu [dos violadores sulistas da Constituição] real objetivo é removê-lo [King] fisicamente da condição de líder ao qual estudantes e milhões de outros procuram para orientação e suporte e, em consequência, intimidar *todos* os líderes que possam surgir no sul” (grifo no original). O anúncio era concluído com um pedido de ajuda financeira aos homens e mulheres de boa vontade e foi subscrito pelo Comitê para a Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul, por diversas personalidades que apoiavam a causa (dentre outros, Sidney Poitier, Nat King Cole, Sammy Davis Jr., Eleanor Roosevelt) e por lideranças religiosas que atuavam no sul do país.

Para fundamentar a condenação, as cortes do Alabama, como anteriormente se esclareceu, entenderam que as declarações contidas no anúncio eram difamatórias *per se* e que algumas delas estavam referidas ao comissário Sullivan (as que diziam respeito ao cerco policial ao *campus* da Faculdade Estadual do Alabama, às bombas lançadas contra a casa de Martin Luther King e ao número de prisões a que foi submetido) e que algumas eram falsas (a inexatidão foi admitida pelo próprio jornal: o refeitório da universidade não foi trancado; não houve cerco à universidade, embora a polícia tenha se posicionado no *campus* universitário em três ocasiões; os estudantes não protestaram se negando a fazer a matrícula, mas boicotando as aulas por um dia; não foram todos os estudantes que participaram desse protesto, mas apenas alguns; Martin Luther King foi preso quatro vezes, não sete; os estudantes protestaram cantando o hino nacional, e não a canção “*My Country, Tis of Thee*”).

Diversos foram os fundamentos que levaram a Suprema Corte a reformar a decisão das cortes do Alabama. Quanto aos fatos narrados e as declarações constantes do anúncio, que em parte não eram realmente fidedignas, o Juiz Brennan, relator do recurso, apontou as imprecisões e ressaltou ser “incontroverso que algumas afirmações contidas nos dois parágrafos [a que o autor da ação atribuía a qualidade de difamatório] não eram descrições precisas dos fatos que ocorreram no Alabama”.¹⁵³ Em relação à participação do autor da ação nos

¹⁵³ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254: “Embora os estudantes negros tenham feito um protesto nos degraus da assembleia legislativa estadual, eles cantaram o hino nacional, e não ‘My

eventos narrados no anúncio, o relator reconheceu que, nas duas vezes em que as bombas foram lançadas na casa de King, Sullivan não exercia o mandato de comissário, que a polícia não estava envolvida e investigou os atentados e que três das quatro prisões de King ocorreram antes da posse de Sullivan.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, mesmo considerando a quantidade de fatos imprecisamente narrados e as falsas afirmações constantes do anúncio, não considerou violada a honra e a reputação do comissário de polícia da cidade de Montgomery, L.B. Sullivan. Como salientou o relator:

[a] questão que se coloca diante de nós é se essa regra de responsabilidade, aplicada em uma ação [indenizatória] proposta por um agente público contra críticas feitas à sua conduta oficial, limita a liberdade de palavra e de imprensa que é garantida pela Primeira e Décima Quarta Emendas.¹⁵⁴

Seguindo o seu voto, o relator destacou que, tal como outros discursos não protegidos pela Primeira Emenda (por exemplo: pornografia infantil, ameaça, falso testemunho e outros), a difamação não goza de imunidade absoluta, não podendo “reclamar qualquer imunidade sobrenatural contra as restrições constitucionais” e devendo “ser medida por standards que satisfaçam a Primeira Emenda”.¹⁵⁵ Referindo-se ao significado central de proteção da liberdade de expressão da Primeira Emenda e à relevância desse direito para um regime de democracia constitucional com sistema representativo, o relator destacou que:

“[a] manutenção da oportunidade da livre discussão política a fim de que o governo seja receptivo à vontade do povo e de que as mudanças sejam obtidas

Country, Tis of Thee’. Embora nove estudantes tenham sido expulsos pela Comissão Estadual de Educação, o motivo da expulsão não foi o protesto na assembleia legislativa, mas o pedido de acesso ao refeitório do Fórum Regional de Montgomery ocorrido em outro dia. Nem todos os alunos, mas uma boa parte deles, protestou contra a expulsão, manifestando-se não pela recusa a requerer a matrícula, mas por boicote a um dia de aulas; na verdade todos os estudantes se matricularam para o semestre seguinte. O refeitório do *campus* não foi trancado nenhuma vez, e os únicos estudantes que foram impedidos de almoçar foram os que não solicitaram o registro para refeições, nem pediram cartões de refeição temporários. Embora as forças policiais tenham se posicionado em grande número no *campus* em três ocasiões diversas, elas não cercaram o *campus*, e sua presença no *campus* não estava relacionada ao protesto na assembleia legislativa como o terceiro parágrafo sugere. Dr. King não foi preso sete vezes, mas apenas quatro, e embora ele sustente ter sido agredido alguns anos antes quando foi preso por vadiagem na frente de um fórum, um dos policiais que o prendeu negou a agressão”.

¹⁵⁴ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254

¹⁵⁵ Ibid.

pelos meios legais, fator essencial à segurança da República, é um princípio fundamental de nosso sistema constitucional”.

É a necessidade de proteger o livre debate dos assuntos de interesse público que compõe o significado central da liberdade de expressão, devendo a liberdade de expressão, quando em questão os assuntos de interesse público, gozar de uma posição preferencial. O relator citou o voto do Juiz Brandeis proferido muitos anos antes no caso *Whitney v. California*:

Aqueles que conquistaram a nossa independência acreditavam (...) que o debate público é um dever político, e que isso deve ser um princípio fundamental do governo americano. Eles reconheceram os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas eles sabiam que a ordem não pode ser assegurada meramente por meio do medo da punição; que é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo produz repressão; que repressão produz ódio; que ódio ameaça a estabilidade do governo; que o caminho para a segurança se baseia na oportunidade de debater livremente supostos agravos, propondo soluções, e que o remédio adequado para os maus conselhos são os bons conselhos. Acreditando no poder da razão manifestado por meio do debate público, eles evitaram o silêncio imposto coercitivamente pela lei – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais das maiorias governantes, eles emendaram a Constituição para garantir as liberdades de palavra e reunião.¹⁵⁶

Sempre tendo por fundamento a importância do mais livre debate público para a construção de uma sociedade democrática, Brennan formulou sua clássica lição em defesa da liberdade de expressão:

Nós consideramos que este caso deva ser decidido partindo de um profundo compromisso nacional com o princípio de que o debate das questões públicas deve ser desinibido, robusto e amplamente aberto, e que pode eventualmente incluir veementes, cáusticos e às vezes ataques desagradavelmente agudos contra o governo e os agentes públicos. (...) O presente anúncio, como uma expressão de reclamação e protesto sobre um dos mais importantes assuntos públicos de nosso tempo, parece claramente se qualificar para a proteção constitucional. A questão é se a falsidade de alguns de suas declarações de fato e as alegadas difamações contra o recorrente comprometem a referida proteção.¹⁵⁷

Citando ensinamentos de Madison,¹⁵⁸ Brennan justificou a razão da proteção constitucional conferida às declarações não verdadeiras:

¹⁵⁶ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*: “Algum grau de abuso é inseparável do uso próprio de todas as coisas, e, em nenhuma outra instância, isso é mais verdadeiro do que no caso da imprensa”.

A afirmação errônea é inevitável em um debate livre, e a possibilidade de se fazer uma tal afirmação deve estar protegida se a liberdade de expressão quiser ter o ‘espaço para respirar’ (*breathing space*) de que ela ‘precisa para sobreviver’. O que quer que seja acrescido ao campo da difamação é retirado do campo do livre debate.¹⁵⁹

Referindo-se à crítica aos agentes públicos, Brennan afirmou que a “crítica da sua conduta oficial não perde sua proteção constitucional meramente porque é uma crítica efetiva e, conseqüentemente, diminui sua reputação oficial”.¹⁶⁰ E quanto ao aspecto histórico da proteção da crítica aos agentes públicos, o relator reportou-se aos debates sobre a Lei de Sedição de 1798, ao *Virginia Report* escrito por Madison e à premissa madisoniana: existem diferenças entre o governo britânico e o americano e neste é o povo, e não o governo, quem detém a soberania. Logo, a censura deve ser exercida pelo povo sobre o governo e não pelo governo sobre o povo.¹⁶¹ Como costumam registrar os juristas norte-americanos, a Lei de Sedição, de 1798, foi declarada inconstitucional pela

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

¹⁶¹ Ibid.: “Se nem o erro sobre o fato, nem o conteúdo difamatório são suficientes para afastar a proteção constitucional em favor das críticas às condutas oficiais, a combinação de ambos os elementos também está protegida. Essa lição é tirada da grande controvérsia sobre a Lei de Sedição de 1798 (...), que por primeiro cristalizou a consciência nacional sobre o significado central da Primeira Emenda. (...) Aquela lei tornava crime, punível com US\$ 5.000,00 de multa e cinco anos de prisão: ‘se alguma pessoa escrever, imprimir, proclamar ou publicar (...) qualquer escrito falso, escandaloso e malicioso contra o governo dos Estados Unidos, ou qualquer das casas do Congresso (...) ou o Presidente (...) com a intenção de difamar (...) ou de os colocar em uma situação de desrespeito ou descrédito; ou de promover contra eles, ou qualquer um deles, o ódio do bom povo dos Estados Unidos’. A lei permitia ao réu alegar a verdade como defesa e conferia ao júri o juízo sobre o direito e sobre os fatos. Apesar dessas qualificações, a lei foi vigorosamente condenada como inconstitucional em um ataque conjunto de Jefferson e Madison. Nas famosas Resoluções da Virgínia de 1798, a Assembleia Geral da Virgínia decidiu que: (...) aprovada na última sessão do Congresso [a Lei de Sedição] exerceu (...) um poder não delegado pela Constituição, mas, ao contrário, expressa e positivamente proibido por uma das emendas ao mesmo – um poder que, mais do que qualquer outro, deve produzir alarme universal porque nivelado contra o direito de livremente examinar os personagens públicos e suas iniciativas, e de livre comunicação entre o povo, que tem sido considerado o único efetivo guardião de todos os outros direitos. Madison preparou o relatório para fundamentar o protesto. Sua premissa era que a Constituição criava uma forma de governo sob o qual ‘O povo, e não o governo, detém a soberania absoluta’. Refletindo a desconfiança do povo na concentração do poder, a própria estrutura do governo dispersava o poder em todos os seus níveis. Essa forma de governo era ‘completamente diferente’ da forma britânica, sob a qual a Coroa era soberana e o povo súdito. ‘Não seria natural e necessário, sob essas diferentes circunstâncias’, ele perguntava, ‘que um diferente grau de liberdade de uso da imprensa fosse contemplado?’ (...) Anteriormente, em um debate da Casa dos Representantes, Madison havia dito: ‘Se percebermos a natureza do governo republicano, nós vamos descobrir que é o povo que exerce o poder de censura sobre o governo, e não o governo sobre o povo’. (...) O direito ao livre debate público sobre a administração dos agentes públicos era, portanto, na visão de Madison, um princípio fundamental da forma americana de governo”.

Suprema Corte mais de 150 (cento e cinquenta) anos após a sua revogação.¹⁶² Como explicou o relator, o que o estado está proibido de impor por meio de suas leis penais, também não está autorizado a fazer pelas leis civis de difamação. Isso porque “o medo de ser condenado ao pagamento de uma indenização como a fixada pelas cortes do Alabama pode ser marcadamente mais inibidor [do livre debate sobre assuntos públicos] do que o medo de ser acusado em uma ação penal”.¹⁶³ As leis penais do Alabama estabeleciam para o crime de difamação pena de prisão de 6 (seis) meses e de multa de U\$ 500,00 (quinhentos dólares), ficando o estado obrigado comprovar o fato criminoso para além de qualquer dúvida razoável, critério que, no direito norte-americano, não se exige para a comprovação dos fatos em ações civis (onde se exige a “preponderância da prova”). Lembrando que o réu New York Times também respondia a diversas outras ações propostas por agentes públicos do Alabama, todas com base nos mesmos fatos (publicação de fatos inexatos no anúncio ‘Ouçam as vozes que clamam’) e com o mesmo pedido indenizatório (à época do julgamento do recurso, o New York Times já havia sofrido outra condenação no valor de U\$ 500.000,00), Brennan ressaltou que:

A indenização concedida neste caso – sem necessidade de qualquer prova de dano material – foi mil vezes maior do que a multa máxima prevista pelo Código Penal do Alabama e cem vezes maior do que a prevista pela Lei de Sedição. E considerando que, no âmbito civil, o réu pode ser condenado duas vezes ou mais pelo mesmo fato, esta não é a única indenização imposta aos recorrentes em relação à mesma publicação. Se um jornal pode ou não sobreviver a uma sucessão de julgamentos, o manto do medo e da intimidação imposta àqueles que dão voz à crítica pública cria uma atmosfera em que as liberdades da Primeira Emenda não podem sobreviver.¹⁶⁴

Os critérios que orientam a doutrina da malícia real (afirmação de fato falso com conhecimento da falsidade ou temerário desinteresse e atribuição do

¹⁶² Ibid.: “Embora a Lei de Sedição jamais tenha sido impugnada perante esta Corte, o ataque à sua validade aconteceu na corte da história. As multas cobradas durante sua vigência foram restituídas em cumprimento a um Ato do Congresso que a considerou inconstitucional. (...) Calhoun, dirigindo-se ao Senado em 4 de fevereiro de 1836 considerou que sua invalidade era uma questão “de que ninguém duvidava”. (...) Jefferson, quando Presidente, perdoou aqueles que haviam sido condenados e sentenciados com base na lei e dispensou o pagamento das multas, declarando: ‘Eu perdoei toda pessoa punida ou processada com base na Lei de Sedição porque eu considerava, e ainda considero, que a lei é tão absoluta e palpavelmente nula como se o Congresso nos ordenasse que nos ajoelássemos e adorássemos uma imagem de ouro’.

¹⁶³ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254

¹⁶⁴ Ibid., 376 U.S. 254

ônus da prova ao autor) e os objetivos que ela visa a alcançar (afastar a autocensura) foram estabelecidos e justificados na seguinte passagem do voto:

Uma regra compelindo a crítica à conduta oficial a assegurar que são verdadeiras todas as suas afirmações – e de fazer isso sob pena de indenização por difamação em valores ilimitados – conduz a algo equiparado à autocensura. Permissão de comprovar a verdade como defesa, com o ônus da prova recaindo sobre o réu, não significa que apenas a palavra falsa será dissuadida. Até as cortes que aceitam essa defesa como uma salvaguarda adequada têm reconhecido as dificuldades de produzir provas que a difamação alegada era verdadeira em todos os seus aspectos particulares. (...) De acordo com uma regra como essa, os críticos da conduta oficial serão dissuadidos de dar voz às suas críticas mesmo que acreditem que os fatos sejam verdadeiros e mesmo que sejam, de fato, verdadeiros; isso porque restarão dúvidas sobre se a verdade dos fatos poderá ser comprovada nos tribunais ou o medo de precisar gastar elevadas quantias para produzir a prova da verdade. Eles tenderão a fazer apenas afirmações que ‘permaneçam muito longe da zona ilegal’. (...) A regra, portanto, amortece o vigor e limita a diversidade do debate público. Ela é inconsistente com a Primeira e a Décima Quarta Emendas. As garantias constitucionais exigem, pensamos nós, uma regra federal que proíba os agentes públicos de receber indenização por danos em razão de uma inverdade difamatória relacionada à sua conduta oficial, salvo se comprovarem que a declaração foi feita com malícia real – isto é, com conhecimento de que o fato era falso ou com temerário desinteresse sobre se o fato era falso ou não.¹⁶⁵

O Juiz Brennan recordou que os agentes públicos, no exercício de suas funções, gozam, muitas vezes, de imunidade profissional quanto às afirmações dirigidas aos cidadãos, benefício que se estabelece para o bom funcionamento dos serviços públicos.¹⁶⁶ A lei, ao criar essa imunidade profissional, procura proteger o próprio agente e assim o faz para preservar o adequado desempenho das funções públicas. O cidadão, por sua vez, deve gozar, em igualdade de condições, de semelhante imunidade. No caso, de imunidade para destemida e livremente criticar os atos de governo e os agentes que são por eles responsáveis.¹⁶⁷ Ao concluir o seu voto, o relator também afastou a possibilidade de se punir com a

¹⁶⁵ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254

¹⁶⁶ No direito brasileiro, por exemplo, o Código Penal, em seu art. 142, III, estabelece que não constitui injúria ou difamação “[o] conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício”.

¹⁶⁷ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254: “O privilégio de crítica à conduta oficial é apropriadamente análogo à proteção conferida ao agente público nos casos em que ele é processado por difamação por um cidadão privado. (...) todas [as decisões] entendem que os agentes públicos estão protegidos, salvo prova de malícia real. A dita razão para esse privilégio oficial é a ameaça de ações de indenização que de outra maneira ‘inibiriam uma destemida, vigorosa e efetiva administração das políticas de governo’. (...) Considerações análogas fundamentam o privilégio dos cidadãos criticarem o governo. A crítica é dever dos cidadãos tanto quanto a administração é dever dos agentes públicos”.

condenação ao pagamento de indenizações as declarações críticas e impessoais aos órgãos de governo, agências e autarquias por se entenderem violadas a honra dos agentes públicos encarregados da administração superior do órgão estatal criticado.¹⁶⁸

A Suprema Corte também reformou outras questões que foram alegadas pelos advogados do autor e acolhidas pela Suprema Corte do Alabama. A primeira dizia respeito à possibilidade de aplicação do direito constitucional federal (no caso a Primeira Emenda) a uma relação jurídica regulada pela lei civil estadual (responsabilidade civil decorrente do ato ilícito de difamar, como alegado pelo autor da ação). A Suprema Corte entendeu possível a incidência da norma constitucional federal sobre a relação jurídica regulada por lei estadual com base na cláusula do devido processo legal prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição, entendimento que já estava consolidado em sua jurisprudência desde o julgamento do caso *Gitlow v. New York*. Também foi afirmada a possibilidade de aplicação da norma constitucional que estabelece o direito fundamental à liberdade de expressão, mesmo em se tratando de relação jurídica que vinculava pessoas privadas. No ordenamento jurídico norte-americano, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais somente é possível se o estado intervém, de alguma forma, na relação jurídica que vincula, em princípio, apenas particulares (*state action doctrine*). Segundo a Suprema Corte, isso ocorrera na espécie, uma vez que foi o poder judiciário que interveio na relação privada, determinando o pagamento da indenização por danos. Por fim, a Suprema Corte também entendeu que o fato de o anúncio ter sido publicado a pedido do Comitê para a Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul e mediante pagamento não afastava a proteção da Primeira Emenda, uma vez que não se tratava de propaganda comercial, mas de discurso político. Ademais, o simples fato de haver pagamento para publicação de um anúncio ou de qualquer outra obra intelectual não retira sua proteção constitucional, sendo fato que ocorre corriqueiramente com os jornais, revistas e demais meios de comunicação que comercializam os seus produtos.

¹⁶⁸ Ibid.: “Nós decidimos que essa proposição [transformação da crítica impessoal ao governo em crítica pessoal ao agente] não pode ser constitucionalmente utilizada para estabelecer que um ataque impessoal às operações do governo seja uma difamação proferida contra o agente responsável pelas operações”.

Embora a decisão de reformar o acórdão proferido pela Suprema Corte do Alabama tenha sido unânime, os Juízes Hugo Black e Arthur Goldberg apresentaram votos concorrentes e o Juiz William Douglas a eles aderiu. Os votos concorrentes davam provimento ao recurso para reconhecer que a Primeira Emenda conferia à imprensa e aos cidadãos uma liberdade incondicional e absoluta de criticar o governo e seus agentes. Em outras palavras, entenderam esses juízes que a Primeira Emenda protegia a expressão do pensamento dirigida aos assuntos estatais mesmo se fossem dolosamente prestadas falsas declarações, sendo que os agentes públicos atingidos pela difamação não tinham, em nenhuma hipótese, direito a receber indenização por violação à honra. A liberdade de expressão seria absoluta quando em questão assuntos de governo e conduta de agentes públicos e apenas essa imunidade absoluta seria capaz de proteger a manifestação do pensamento. Black entendia que a Constituição proibia – e não apenas delimitava – o poder do estado de criar leis de difamação e que o conceito de “malícia”, proposto por Brennan, era elusivo e abstrato, “difícil de ser comprovado, difícil de ser afastado”.¹⁶⁹ Segundo o juiz, os recorrentes deveriam ter “um absoluto e incondicional direito constitucional de publicar no Times anúncio de suas críticas às agências e aos servidores de Montgomery”.¹⁷⁰ Em seu voto, Black também noticiou que, de acordo com os memoriais que havia recebido, estavam pendentes de julgamento 11 (onze) ações contra a empresa proprietária do jornal The New York Times com pedidos de indenização que somados alcançavam a quantia de U\$ 5.600.000,00 (cinco milhões e seiscentos mil dólares norte-americanos) e ainda cinco ações contra a Columbia Broadcasting System – CBS com pedidos de indenização no montante total de U\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil dólares norte-americanos). Essa situação, nas palavras do juiz, tornava os jornais “presas fáceis para os caçadores de sentenças por difamação”.¹⁷¹ A Primeira Emenda, lembrou o juiz, nunca permitiu que se concedessem indenizações por violação à honra a servidores públicos e o Congresso dos Estados Unidos “jamais procurou desafiar esse ponto-

¹⁶⁹ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

de-vista aprovando qualquer lei de difamação”.¹⁷² O entendimento expresso no voto de Black foi bem resumido nessa passagem:

Na minha opinião, a Constituição Federal lidou com esse perigoso problema para a imprensa da única maneira possível a evitar a destruição da liberdade de imprensa: concedendo à imprensa uma imunidade absoluta para criticar a maneira como os agentes públicos desempenham o seu dever.¹⁷³

O Juiz Goldberg, por sua vez, também se pronunciou no sentido de que os cidadãos e a imprensa dispõem de imunidade absoluta para crítica aos assuntos de governo e que o “privilégio condicionado”¹⁷⁴ que estava sendo conferido pela corte não era suficiente para proteger o direito de exercer a crítica pública. Segundo o juiz, a teoria consagrada na Constituição “é que todo cidadão pode falar o que tem em mente e todo jornal pode expressar sua visão em matérias de interesse público, não se podendo banir a fala ou a publicação porque aqueles que estão no governo pensam que o que foi falado ou escrito é insensato, injusto, falso ou malicioso”.¹⁷⁵ Acrescentou que:

[e]m uma sociedade democrática, quem considera assumir um cargo para agir em nome dos cidadãos no executivo, legislativo ou judiciário deve esperar que sua conduta oficial vá ser objeto de comentário e crítica. Esta crítica não pode, em minha opinião, ser amordaçada ou dissuadida pelos tribunais em nome da violação à honra por difamação dos agentes públicos.¹⁷⁶

Goldberg demonstrava especial preocupação com o poder que a Suprema Corte estava conferindo ao júri para avaliar a intenção e o ‘estado de espírito’ de quem manifesta o pensamento e como isso poderia significar indevida limitação à liberdade de expressão: “Se cidadãos puderem ser responsabilizados pelos danos causados por palavras fortes, que o júri considere falsa ou maliciosamente motivadas, pouca dúvida haverá de que o debate e a argumentação públicos serão restringidos”.¹⁷⁷ O juiz observava, por outro lado, que a violação da honra de pessoas privadas ou mesmo de agentes públicos, por fatos não relacionados às suas atribuições, não deve gozar de qualquer garantia constitucional porque as

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Condicionado a que a declaração não tenha ocorrido com vontade livre e consciente de afirmar fato não verdadeiro ou com temerário desinteresse pela verdade ou falsidade do fato afirmado.

¹⁷⁵ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

difamações pessoais de caráter privado não estão relacionadas com o exercício do autogoverno. Trata-se de questão muito importante e que deve ser destacada. Goldberg se alinha à teoria defendida por Meiklejohn para quem:

[a] garantia conferida pela Primeira Emenda não é assegurada a todos os discursos, mas somente aos que dizem respeito, direta ou indiretamente, a questões com as quais os eleitores devem lidar – somente, então, as considerações em matéria e interesse público. Discursos privados, ou interesses privados nos discursos, por outro lado, não podem exigir qualquer proteção da Primeira Emenda.¹⁷⁸

A doutrina da malícia real, portanto, está voltada à proteção dos debates dos assuntos de governo e de interesse público, não constituindo um salvo conduto para violação da honra e da reputação das pessoas em seus assuntos de interesse privado que não estejam de nenhuma maneira relacionados com as atividades públicas. Em decisões posteriores, a Suprema Corte fez questão de reforçar esse entendimento. Tal como o relator, Goldberg também lembrou que os agentes públicos gozam de imunidade no exercício de suas atribuições, razão pela qual aos cidadãos devem ser oferecidas as mesma condição para o livre exercício da crítica pública, assinalando ainda que os agentes públicos têm um acesso mais amplo aos meios de comunicação, podendo oferecer seus argumentos e respostas à sociedade: “Sob o nosso sistema de governo, contra-argumento e educação são as armas à disposição [dos agentes públicos] para exposição desses assuntos, e não a restrição da liberdade de palavra”.¹⁷⁹ O juiz Goldberg terminou o seu voto recordando a clássica lição do Ministro Louis Brandeis: “a luz do sol é o mais poderoso dos desinfetantes”.¹⁸⁰

Quanto à imunidade absoluta das críticas aos governantes, vale ressaltar que Herbert Wechsler, professor da Faculdade de Direito da Universidade Columbia e advogado do New York Times, defendeu esse entendimento em suas razões recursais e na sustentação oral que apresentou à Suprema Corte no dia 6 de janeiro de 1964. Dizia Wechsler que a Primeira Emenda conferia uma imunidade absoluta à crítica aos assuntos de governo, mesmo em caso de declaração deliberada de fatos falsos, e que era esse o pensamento de James Madison,

¹⁷⁸ MEIKLEJOHN, A., *Free Speech and Its Relation do Self Government*, p. 94

¹⁷⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

¹⁸⁰ *Ibid.*

externado ao atacar a validade da Lei de Sedição, de 1798. No mesmo sentido se posicionaram em seus votos concorrentes os Juízes Black, Douglas e Goldberg: liberdade absoluta para criticar os agentes públicos no desempenho de suas funções. Não foi essa, contudo, a posição que adotou a maioria da Suprema Corte no julgamento. Algum tempo depois, ao relatar a decisão proferida no caso *Garrison v. Louisiana*, que será examinado a seguir, Brennan esclareceu as razões por que não adotou a teoria da proteção absoluta à crítica aos assuntos de governo. Para Brennan o pronunciamento falso produzido com vontade livre e consciente, ou seja, dolosamente, não tem valor e não goza de proteção constitucional:

O uso da falsidade calculada, no entanto, colocaria um diferente molde na questão constitucional. Embora o pronunciamento honesto, mesmo se impreciso, promova o exercício frutuoso do direito de livre manifestação, isso não significa que a mentira sabida e deliberadamente publicada sobre um agente público, deve gozar de imunidade equivalente. Tanto no tempo em que a Primeira Emenda foi adotada, como hoje, há aqueles suficientemente inescrupulosos e habilidosos que usam deliberada e temerariamente a falsidade como uma ferramenta política efetiva para afastar um servidor público ou até derrubar uma administração.¹⁸¹

Lewis sugere que Brennan, ao se referir ao uso inescrupuloso da mentira para fins políticos, talvez tivesse em mente a conduta política do Senador Joseph McCarthy.¹⁸²

Desde que enunciada no julgamento de *New York Times v. Sullivan*, a doutrina da malícia real destinou-se a regular os conflitos entre a liberdade de expressão e a honra quando em debate assuntos de interesse público. Inicialmente, a doutrina protegeu a manifestação do pensamento quando afetados os agentes públicos, situação que também se estendeu às figuras públicas como adiante se esclarecerá. Por meio de sua aplicação, a Suprema Corte demonstrou como deve funcionar, na prática jurídica, a posição preferencial da liberdade de expressão. A doutrina da malícia real não incide sobre os conflitos oriundos das disputas entre particulares. Para estas disputas, a Corte estabeleceu apenas que a pessoa afetada pela expressão do pensamento deve comprovar a culpa (e não o dolo) de quem se

¹⁸¹ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64

¹⁸² LEWIS, A., *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*; New York: Vintage, 1992, p. 155: “Nós podemos imaginar se as preocupações do Juiz Brennan sobre os usos ‘inescrupulosos’ de mentiras até para ‘derrubar uma administração’ não começaram com o fenômeno recente do Senador Joseph McCarthy”.

manifestou, violando a honra alheia.¹⁸³ Mesmo quando em questão apenas assuntos de interesse público, envolvendo agentes do estado, a Suprema Corte jamais adotou a teoria absoluta de proteção da liberdade de expressão ou concedeu imunidade absoluta às expressões referidas aos agentes públicos. A mentira deliberada e dolosamente pronunciada nunca foi entendida como protegida pela liberdade de expressão.

4.3.

Os elementos da doutrina da malícia real: identificação e possibilidades de aplicação no direito brasileiro

4.3.1.

O elemento subjetivo na doutrina da malícia real: dolo direto ou eventual

Nos termos em que formulada a doutrina da malícia real, o reconhecimento da responsabilidade civil por violação à honra em caso de ações propostas por agentes públicos exige que o autor comprove a falsidade da declaração e a malícia real do réu (daquele que fez a afirmação), ou seja, que o réu sabia da falsidade do fato afirmado ou que o réu agiu com temerário desinteresse pela veracidade ou falsidade do fato que afirmou. De acordo com Chemerinsky, a “malícia real exige que o réu tenha uma consciência subjetiva da provável falsidade, que possa ser comprovado que réu tinha sérias dúvidas sobre a exatidão das declarações antes de pronunciá-las”.¹⁸⁴

Mas o que significa, afinal, quanto ao elemento subjetivo do autor da declaração, a doutrina da malícia real aplicada a um direito de origem romano-germânica como o brasileiro? No âmbito de um sistema jurídico como o brasileiro, a responsabilidade civil por ato ilícito deve ser apurada, em geral, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Estas normas determinam a verificação do dolo ou da culpa do autor do fato ou ainda, em certas circunstâncias, atribuem a responsabilidade ao autor do fato independentemente

¹⁸³ Esta regra foi estabelecida no julgamento de *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, e será adiante abordada.

¹⁸⁴ CHEMERINSKY, op.cit., p. 1.082

de verificação de culpa.¹⁸⁵ Na medida, porém, em que a Constituição protege a liberdade de expressão em seu art. 5º, IX e em diversos outros dispositivos e também proíbe a censura, é preciso verificar em que termos a doutrina da malícia real pode regular relações jurídicas e produzir efeitos em nosso direito.

A doutrina da malícia real, como já se expôs, estabelece que a honra de um agente público não pode ser considerada violada por uma declaração crítica e às vezes até ofensiva que lhe foi dirigida, salvo se o agente público comprovar que a declaração era falsa e foi feita com conhecimento da falsidade do fato afirmado ou ainda com temerário desinteresse pela veracidade ou falsidade do fato. O vocábulo ‘malice’, no idioma inglês, tem sua origem na palavra latina ‘malitia’ e significa o ‘desejo de causar dano a outrem’ ou ‘uma vontade doente’ (‘the desire

¹⁸⁵ A responsabilidade objetiva, porém, não se aplica no âmbito da atividade de imprensa. Nesse sentido: TEPEDINO, G., O Direito à Liberdade de Expressão à Luz do Texto Constitucional, Soluções Práticas de Direito – Pareceres, volume 1, p. 111: “Sublinhe-se que, na definição da responsabilidade civil deflagrada no âmbito da atividade jornalística, com recurso aos arts. 186 e 927 do CC/2002, combinado com os arts. 12 e 20 em matéria de proteção a valores da personalidade, há incidência exclusiva da responsabilidade subjetiva, tendo por pressuposto a presença do ato ilícito com tal caracterizado, não se cogitando, na espécie, a incidência da responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do art. 927 do CC/2002. (...) O art. 927, parágrafo único, do CC/2002, de outra parte, a despeito da acesa controvérsia suscitada quanto ao seu conteúdo e fundamento, pressupõe a presença de atividades que, em razão de risco particularmente elevado e intenso, justificam sua alocação integral ao titular do seu exercício. No caso da atividade jornalística, como acima acentuado, a liberdade há de ser plena e o dano injusto, decorrente de violação à honra ou à personalidade de terceiro, não se mostra inerente ao desenvolvimento da própria atividade econômica, consubstanciada no acesso à informação. Além disso, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva mostra-se funcionalmente incompatível com a liberdade de informação, representando em face desta verdadeira *contraditio in terminis*. Afinal, a garantia constitucional à manifestação de pensamento, essencial ao regime democrático e ao Estado de Direito, não pode ser considerada, ao mesmo tempo, atividade perigosa e cujo exercício há de ser contido por representar elevado risco; sendo certo que tal construção, assegurando o dever de reparar mesmo à míngua do ato ilícito, acabaria por inibir o exercício do dever de informação, desencorajando os seus titulares a divulgar notícias e fatos atinentes, necessariamente, à vida das pessoas e ao seu cotidiano”. No mesmo sentido ZULIANI, E.S., Questões da Lei de Imprensa e os Direitos da Personalidade disponível em <http://online.sintese.com>: “Justamente pela função social da imprensa é que defendo a não-inclusão de suas atividades no art. 927, parágrafo único, do CC. (...) A proposta de inclusão da atividade de imprensa na teoria da responsabilidade objetiva não deixa de constituir método disfarçado de censura. É que, a partir do reconhecimento dessa hipótese, os redatores estariam intimidados a publicar notícias e reportagens, receosos da inversão do ônus da prova provocado pelo art. 927, parágrafo único, do CC, o que os obrigaria a procederem com extremada prudência, investigando os fatos dignos de publicação”. Em sentido contrário CARVALHO, L.G.G.C., Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação; Revista do Direito do Consumidor, vol. 47, p. 153: “No caso específico da responsabilidade pela prestação de um serviço consistente em informar, propõe-se a aplicação do sistema de responsabilidade civil do Código do Consumidor, especialmente de seu art. 20, que disciplina a responsabilidade sem culpa do fornecedor de serviços. Assim, em caso de defeito na prestação de serviços – e o defeito aqui deve ser compreendido como má qualidade da informação – o fornecedor deve responder independentemente de culpa”.

to harm someone; ill will’).¹⁸⁶ Ela pode ser traduzida como ‘malícia’ ou ‘intenção de prejudicar outrem’ segundo o Dicionário Michaelis.¹⁸⁷ Colocada as palavras e traduções em termos jurídicos, o ‘desejo de causar dano’ e a ‘intenção de prejudicar’ significam nada menos do que o ‘dolo’ como elemento subjetivo, ou seja, a vontade livre e consciente de cometer o ato ilícito, o querer cometer o ato ilícito. Portanto, adaptada a um sistema de origem romano-germânica, a doutrina da malícia real exige que a imposição de responsabilidade dependa de que a conduta que se alega violadora da honra tenha sido praticada com dolo, direto ou eventual. Como o Juiz Brennan esclareceu, não na decisão proferida em *New York Times v. Sullivan*, mas posteriormente no julgamento de *Garrison v. Louisiana*, o afastamento da proteção constitucional não está, segundo a doutrina da malícia real, condicionado a demonstração de “mera negligência” do réu.¹⁸⁸ No âmbito da doutrina da malícia real, a simples demonstração da culpa de quem faz a afirmação de um fato falso não é suficiente para caracterizar a violação da honra de um agente público. Sendo assim, a declaração falsa, mas emitida com culpa (e não dolo), está protegida pela liberdade de expressão. A mera negligência ou a imprudência do réu não autorizam a condenação. Chemerinsky esclareceu que: “[h]á uma imensa diferença entre malícia real e negligência”.¹⁸⁹ Esta diferença consiste na necessidade de se demonstrar, em ações de responsabilidade civil por violação à honra propostas por agentes públicos reguladas pela doutrina da malícia real, o dolo direto (conhecimento da falsidade do fato afirmado na declaração) ou eventual (indiferença ou temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato afirmado) do réu. Portanto, o dolo direto ou eventual, segundo a doutrina da malícia real, é requisito para o reconhecimento da responsabilidade de quem manifestou o pensamento. Foi nesse sentido que se manifestaram dois importantes autores argentinos, ao discorrerem sobre o acolhimento e a aplicação a doutrina da malícia real no ordenamento jurídico de seu país, e que aqui se toma como exemplo em razão das semelhanças entre os ordenamentos jurídicos argentino e brasileiro no que diz respeito à regulação da responsabilidade por ato ilícito.

¹⁸⁶ Segundo o Dicionário Oxford disponível em <http://www.oxforddictionaries.com/pt/defini%C3%A7%C3%A3o/ingl%C3%AAs/malice>

¹⁸⁷ Segundo o Dicionário Michaelis disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=malice>

¹⁸⁸ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64

¹⁸⁹ CHEMERINSKY, op.cit., p. 1.084

Badeni, por exemplo, ao sintetizar os requisitos para que ficasse reconhecida a violação da honra do agente público, esclareceu que o autor da ação deveria produzir:

a) prova (...) de uma manifestação difamatória; b) prova (...) sobre a inexatidão da expressão; c) prova (...) de que a emissão da expressão foi feita com conhecimento de que era falsa (dolo direto) ou com uma temerária despreocupação acerca de sua verdade ou falsidade (dolo eventual), como expressão de uma indiferença egoísta sobre a produção do fato lesivo. A prova de uma mera conduta culposa resulta insuficiente para afirmar aquela responsabilidade.¹⁹⁰

Quanto ao conceito de ‘temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato’ (em inglês, *reckless disregard of whether it was true or false*), que não encontra equivalente no direito civil de origem continental, Bertoni o identifica com o conceito de dolo eventual. Bertoni destaca que a tradução do conceito de *reckless disregard*, ou temerário desinteresse ou despreocupação, constitui um problema central na aplicação da doutrina da malícia real aos sistemas jurídicos que não conhecem essa categoria. E explica que o conceito está referido a quem se manifestou com “um alto grau de conhecimento sobre a probabilidade da falsidade ou devendo ter sérias dúvidas sobre a verdade da publicação”,¹⁹¹ o que supera razoavelmente a conduta exigida de um homem prudente. Referindo-se a voto proferido pelo Ministro Stevens no julgamento do caso *Hart-Hanks Communications Inc. v. Connaughton*, Bertoni salienta que o “temerário desinteresse” deve se caracterizar apenas quando houver “óbvias razões para duvidar da veracidade ou exatidão do que se publicará”.¹⁹² Bertoni associa o conceito de *reckless disregard* ao dolo eventual, apresentando assim sua explicação: “aqueles princípios que se reclamavam para a interpretação do conceito parece assimilá-lo à categoria do dolo eventual largamente elaborada pela doutrina penal, descartando toda possibilidade de interpretá-lo dentro da categoria dos delitos imprudentes”.¹⁹³ No mesmo sentido é a opinião de seu

¹⁹⁰ BADENI, G., *Doctrina de la Real Malicia*; Buenos Aires, p. 90

¹⁹¹ BERTONI, E.A., “New York Times versus Sullivan” y la Malicia Real de la Doctrina in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*; San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 121-150

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

compatriota Badeni: “[a] alternativa do dolo eventual ou *reckless disregard* (...) de modo algum equivale à culpa da legislação civil argentina”.¹⁹⁴ Esta posição (*reckless disregard* como dolo eventual) é reiterada em diversos momentos: “a temerária despreocupação — *reckless disregard* — não define uma espécie de ‘culpa grave ou gravíssima’, senão dolo eventual”;¹⁹⁵ “o conceito de *reckless disregard* não se preenche com a prova de uma certa negligência, mas com a comprovação de que o autor teve consciência da falsidade da publicação”;¹⁹⁶ “as regras da malícia real excluem a culpa. Ainda que se comprove uma conduta culposa, não haverá responsabilidade. Se exige o dolo direto ou *reckless disregard*, como equivalente ao nosso conceito de dolo eventual”.¹⁹⁷

Como já se mencionou, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Garrison v. Louisiana*, também relatado por Brennan, estendendo para o campo criminal os critérios de apuração de responsabilidade estabelecidos no caso *New York Times*, esclareceu que a culpa (ou seja, a mera negligência) não é suficiente para reconhecer a ocorrência do dano e a violação da honra do agente público, sendo necessário ao menos o dolo eventual: “a anulação do privilégio [regra estabelecida em *New York Times*] está condicionada, não na mera negligência, mas no temerário desinteresse pela verdade”.¹⁹⁸

Qual é, então, a diferença, em termos mais específicos, entre o dolo eventual representado pelo temerário desinteresse pela verdade, exigido como grau mínimo de culpa *lato sensu* para o reconhecimento da responsabilidade por violação à honra de agentes públicos, e a mera negligência? Lewis registrou que “a Suprema Corte tinha uma distinção real em mente”.¹⁹⁹ Referindo-se a uma decisão do Juiz White, aponta o autor que:

a falha de um escritor ou editor em verificar uma história antes de a publicar não conta como temerário desinteresse pela verdade [sendo apenas negligência]; o temerário desinteresse [dolo eventual] apenas ocorre se a história é

¹⁹⁴ BADENI, op.cit., p.87

¹⁹⁵ Id., p.91

¹⁹⁶ Id., p.94

¹⁹⁷ Ibid., p.94

¹⁹⁸ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64

¹⁹⁹ LEWIS, A., *Make No Law*, p. 195

provavelmente falsa, mas o escritor ou editor vai em frente e a publica mesmo assim.²⁰⁰

O ponto central na apuração do elemento subjetivo diz respeito a verificar o que o escritor ou editor concretamente sabia sobre os fatos antes de os publicar, e não o que um homem prudente teria feito nas mesmas circunstâncias:

O dever de verificar é a diferença entre os dois standards constitucionais. Um editor é negligente se publica uma história sem verificar e ela acaba se revelando falsa. Ele é temerário [e age, portanto, com dolo eventual] se desconfia de uma provável falsidade e mesmo assim a divulga.²⁰¹

O dolo direto não apresenta maiores questionamentos jurisprudenciais, uma vez que se caracteriza pela afirmação e publicação dos fatos com o conhecimento de sua falsidade.

Esses conceitos, no entanto, têm passado despercebidos pela literatura jurídica brasileira sobre liberdade de expressão. Diga-se, aliás, que são poucos os autores que conhecem ou se interessam pelo estudo da doutrina da malícia real. E estes, no entanto, ou atribuem ao *knowledge of falsity* ou *reckless disregard for the truth* significados que não possuem em sua formulação original, ou os traduzem literalmente, ou simplesmente não esclarecem como proceder à aplicação dos conceitos em um sistema jurídico continental. Geralmente, o conceito de ‘temerário desinteresse sobre a verdade’ é entendido e traduzido como uma conduta culposa do emissor da declaração, e não dolosa como seria adequado. Moro, por exemplo, ao tratar da doutrina da malícia real, faz referência à “matéria falsa (...) publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade”,²⁰² o que é equivocado porque o temerário desinteresse diz respeito ao dolo eventual, e não à culpa.²⁰³ No mesmo sentido também se

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² MORO, S.F., *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 48

²⁰³ Ibid., p 267. A noção equívoca é repetida quando o autor trata do caso *Hustler Magazine, Inc. and Larry Flynt v. Falwell*: “(...) a Suprema Corte estendeu a construção de *New York v. Sullivan* a cartunistas ou satiristas, estabelecendo que figuras públicas não poderiam obter indenização por afronta à honra sem demonstrar que a publicação veicularia falsas declarações feitas com ‘malícia’, ou seja, com o conhecimento de que seriam falsas ou com desconsideração negligente quanto à sua falsidade ou não”.

manifestou Pereira.²⁰⁴ Chequer esclarece como se deve aplicar a regra da malícia real no direito brasileiro, mas compreende o *reckless disregard* como ‘culpa grave’: “Não é, entretanto, qualquer tipo de ato culposo ou precipitação que caracteriza *reckless disregard*, sendo necessário para a sua configuração provar a existência de uma culpa acentuada”.²⁰⁵ Garcia, apesar de indicar que o conceito de *reckless disregard* se aproxima do dolo eventual, acaba por admitir que também abarca a culpa grave.²⁰⁶ A equívocidade de entendimentos que atualmente impera na literatura nacional não pode prosseguir, uma vez que entender o *reckless disregard* como dolo eventual, e não culpa grave, é fundamental para melhor proteção da liberdade de expressão.

4.3.2. O agente público na doutrina da malícia real

Quanto ao conceito de agente público para fins de aplicação da doutrina da malícia real, a Suprema Corte não o formulou no julgamento de *New York Times v. Sullivan*. Os juízes entenderam que não seria necessária a conceituação para a solução do caso concreto.²⁰⁷ Em 1966, no julgamento de *Rosenblatt v. Baer*, a Corte considerou agente público um supervisor de estação de esqui pública, entendendo que, perante a sociedade, o agente ostentava responsabilidade pelo controle de assuntos públicos. Não se definiu em que grau da escala hierárquica do serviço público o servidor deve estar posicionado para ser considerado agente público. Segundo conclui Chemerinsky, não existe uma definição clara sobre quem deve ser considerado agente público para fins de aplicação da doutrina da

²⁰⁴ PEREIRA, G.D.C., *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 215: “Vale ressaltar que não há correspondência exata no direito brasileiro para a figura da *actual malice*. Não há dúvida, no entanto, de que compreende o dolo, tanto o direto quanto o eventual. E temos para nós que também pode compreender alguns casos de culpa grave ou gravíssima”.

²⁰⁵ CHEQUER, C., *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro), p. 155

²⁰⁶ GARCIA, E.C., *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*, p. 147: “O standard jurídico exige mais do que a simples culpa, a negligência ligeira. Na realidade aproxima-se muito do dolo eventual, do ato praticado com indiferença em relação ao resultado final. Também englobaria a culpa grave, a falta imperdoável de diligência, um absoluto desprezo pelo cuidado em relação à veracidade da informação”.

²⁰⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, voto do relator, nota de rodapé 23: “Nós não temos necessidade de determinar em que medida se estende no escalão dos empregados públicos a designação ‘agente público’ para os propósitos desta decisão, nem de especificar que categoria de pessoas deve ou não ser incluída”.

malícia real.²⁰⁸ Para Badeni, a definição é dinâmica e deve ser apurado se o autor da ação se qualifica como agente público segundo o caso concreto.²⁰⁹ Pensando na aplicação dessa doutrina no direito brasileiro, o conceito de agente público poderia ser definido amplamente, tendo em conta as disposições constitucionais e legais existentes. Nesse conceito estariam inseridos tanto os agentes políticos da mais alta relevância no exercício dos poderes do estado, como o Presidente da República, governadores, ministros, membros do poder legislativo ou judiciário, passando pelos servidores públicos do mais alto ao mais baixo escalão. Uma proposta de conceituação para o direito brasileiro será apresentada no capítulo 9.

4.3.3.

O ônus da prova e a necessidade de se demonstrar a falsidade dos fatos que violam a honra

No julgamento do caso New York Times, a Suprema Corte atribuiu, por inteiro, ao autor da ação, o ônus de comprovar o dolo do réu e a falsidade dos fatos afirmados. A incidência da doutrina da malícia real sobre o ônus da prova parece não alterar, em um primeiro exame, as regras em tese vigentes no direito brasileiro segundo as quais, no processo penal, a inocência é presumida e o ônus da prova é todo da acusação e, no processo civil, cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos extintivos ou modificativos do direito do autor. A questão relevante que se põe é quanto à comprovação da falsidade da declaração que difama a pessoa afetada e atinge a sua reputação e quanto à possibilidade de se considerar presumida essa falsidade. No âmbito da doutrina da malícia real, em razão da necessidade de proteção preferencial do direito à liberdade de expressão, não se admite, em nenhuma hipótese, a presunção da falsidade dos fatos afirmados na declaração que atinge a reputação alheia. Em outras palavras, para se considerar existente a difamação (e, portanto, a violação da honra) é necessário que seja comprovada a falsidade do fato declarado. Sendo assim, no processo civil, o autor, ao alegar que teve sua honra

²⁰⁸ CHEMERINSKY, op.cit., p. 1.080

²⁰⁹ BADENI, op.cit., p. 96: “A definição é basicamente dinâmica e está relacionada com as particularidades de cada caso concreto. Nem todos os empregados públicos são agentes públicos para a doutrina da malícia real. Muitas pessoas que exercem cargos em níveis técnicos mais inferiores na hierarquia burocrática podem ficar excluídas dessa categoria no caso concreto. No entanto, qualquer que seja o nível, todo empregado público pode chegar a ser um agente público quando, no caso concreto, dispõe de um poder discricionário em matéria de interesse público, tratando-se ou não de cargos eletivos”.

violada, deve comprovar não apenas que o réu emitiu a declaração, como também que os fatos afirmados nessa declaração são falsos (além, evidentemente, do dolo, direto ou eventual, do réu: declaração proferida com conhecimento da falsidade ou, com temerário desinteresse, assumindo o risco de fazer uma falsa declaração que importe em difamação do autor). Não cabe ao réu comprovar a veracidade do que afirmou, ainda que ele possa voluntariamente fazê-lo. É o autor quem deve demonstrar a falsidade da afirmação, além do dolo. No julgamento de *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, a Suprema Corte enfrentou expressamente a questão do ônus da prova, entendendo que, mesmo em caso de ações propostas por particulares (e com mais razões para as propostas por agentes públicos), em se tratando de assuntos de interesse público, a declaração que implica difamação deve ser falsa, cabendo ao autor atingido pela declaração a comprovação da falsidade.²¹⁰ A Suprema Corte afastou a possibilidade de se presumir falsa a declaração difamatória, bem como de se reconhecer que houve difamação quando os fatos declarados são verdadeiros (difamação por simples perturbação da paz e da ordem). Em assuntos de interesse público, portanto, a necessidade de se opor a exceção da verdade (isto é, a utilização da verdade como alegação de defesa), seja em âmbito civil, seja criminal, é incompatível – porque desnecessária – com a proteção constitucional da liberdade de expressão. A aplicação da doutrina da malícia real no direito brasileiro demandaria a comprovação pela pessoa atingida (a autora da ação) da falsidade do fato afirmado e do dolo direto ou eventual em casos que envolvam agentes públicos (e figuras públicas, conceito de que se tratará adiante). Nesses casos, caberá ao autor, ao alegar que sofreu um dano decorrente do exercício da liberdade de expressão do pensamento, a comprovação da falsidade do fato afirmado e do dolo do réu. Em disputas envolvendo particulares, ao lado da demonstração da falsidade do fato afirmado, basta a comprovação da culpa do réu. Em nenhuma hipótese, portanto, haverá inversão do ônus da prova ou presunção da falsidade da afirmação quando envolvidos

²¹⁰ *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, 475 U.S. 767: “Em um caso como este, quando um jornal publica fatos de interesse público sobre um particular, o autor da ação não tem direito à indenização, salvo se demonstrar que as afirmações em questão eram falsas. Porque nesses casos existe uma incerteza se as afirmações são falsas ou verdadeiras, a Constituição exige que a balança seja pesada em favor da proteção das afirmações verdadeiras. Para assegurar que as afirmações verdadeiras em assuntos de interesse público não sejam barradas, as presunções da common law de que o discurso difamatório é falso não podem prevalecer. (...)”

assuntos de interesse público.²¹¹ Para fins de verificação da verdade ou falsidade do fato afirmado pelo réu da ação, de acordo com a doutrina da malícia real, o conceito de verdade pode ser extraído de uma nota de rodapé do voto proferido pelo Juiz Goldberg em *New York Times v. Sullivan*, transcrevendo parte do voto proferido pelo Juiz Jackson no julgamento do caso *United States v. Ballard*:

A mais convincente prova de que alguém acredita em suas declarações é a demonstração de que elas foram verdadeiras de acordo com a sua [do declarante] experiência. Da mesma forma, aquilo que alguém voluntariamente falsificou [a falsa declaração do fato] é mais bem comprovado demonstrando que aquilo que foi afirmado nunca aconteceu.²¹²

Trabalhando com o conceito de verdade subjetiva, o autor da ação indenizatória tem o ônus, se quiser ver seu pedido julgado procedente, de comprovar que o réu, mesmo sabendo, de acordo com a sua experiência, que o fato era falso, resolveu, livre e voluntariamente, afirmá-lo ou assumiu o risco de afirmá-lo (conduta dolosa, portanto) contra o autor, violando a sua honra. Mas o exame dessa prova e da veracidade ou falsidade do fato afirmado deve ocorrer à luz de uma apreciação subjetiva, ou seja, de acordo com o que ocorreu segundo experimentou o autor da afirmação.

Verifica-se, portanto, que a necessidade de o réu comprovar a verdade como defesa é insuficiente para a proteção da liberdade de expressão. Isso porque o cidadão que faz a crítica ao governo, mesmo sabendo da verdade dos fatos ou acreditando de boa-fé em sua veracidade, pode renunciar à crítica por receio de não poder comprovar essa veracidade no curso de um processo judicial. Trata-se, portanto, de evitar a autocensura, de preservar o ‘espaço’ de que a liberdade de expressão necessita para ‘respirar’. Foi como disse o Juiz Powell ao relatar o caso *Gertz v. Welch*: “não há valor constitucional na falsa afirmação de um fato”, mas

²¹¹ Referindo-se à aplicação da doutrina da malícia real no direito argentino, Badeni formula as seguintes regras em relação ao ônus da prova e as provas que devem ser produzidas pelo autor da ação: “1) prova irrefutável pelo autor da ação sobre o caráter agravante das expressões vertidas e os danos que elas lhe ocasionam; 2) prova irrefutável pelo autor da ação sobre a falsidade das expressões formuladas; 3) prova irrefutável pelo autor da ação sobre o dolo real ou eventual da conduta do emissor das expressões. Deve-se provar que conhecia a falsidade da informação emitida ou a total despreocupação para verificar, de maneira elementar, sua falsidade ou acerto quando existem elementos de fato suficientes que permitem presumir, razoavelmente, que essa notícia carece de veracidade e que o autor era consciente dessa falsidade”. BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, p. 792

²¹² *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

sua proteção é necessária porque a afirmação de fatos falsos ou imprecisos é inevitável se se pretende instituir um debate amplo e livre. Do contrário, haverá uma “autocensura intolerável”.²¹³

Ao defender a regra construída pela doutrina da malícia real, Smolla observa que a preservação de uma vigorosa proteção da liberdade de expressão depende, essencialmente, de que o discurso protegido pela Constituição não seja arrastado, capturado e punido pelo discurso que não é protegido:

Assim como o sistema de justiça criminal americano funciona deliberadamente para errar em favor do inocente, porque é melhor que uma pessoa culpada seja absolvida do que uma inocente condenada, também o sistema da Primeira Emenda prefere que o ‘discurso culpado’ fique sem punição a que o ‘discurso inocente’ seja penalizado.²¹⁴

Sobre o conceito de ‘breathing space’, Smolla sustenta que, embora a Suprema Corte tenha decidido que uma falsa afirmação de fato não goza de ‘valor constitucional’, isso não significa que não deva gozar de ‘proteção constitucional’:

As decisões atuais da Suprema Corte asseguram às falsas afirmações de fato um grau de proteção que elas não merecem intrinsecamente, mas que é necessário para proteger as afirmações de fatos verdadeiros e assegurar um adequado *breathing space* para as ideias.²¹⁵

Em resumo, nas ações propostas para resolver relações jurídicas sob a incidência da doutrina da malícia real, o ônus da prova, portanto, recai todo sobre o autor, que deve demonstrar a responsabilidade do réu em todos os seus aspectos: (a) que a declaração é difamatória e afeta sua honra, (b) que o fato afirmado é falso e (c) que o réu agiu com dolo direto (conhecimento da falsidade do fato afirmado na declaração) ou eventual (indiferença ou temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato afirmado). Demonstrados pelo autor da ação esses elementos, o dano material ainda depende de comprovação, mas o dano moral decorrente da violação da honra se verifica *in re ipsa*, o que justifica impor ao réu o dever de indenizar. Esses critérios serão adotados na proposta que se

²¹³ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323

²¹⁴ SMOLLA, R.A., Free Speech in an Open Society, p. 51

²¹⁵ Ibid., p. 52

elaborará, no capítulo 9, para inserção da doutrina da malícia real no ordenamento brasileiro.

4.4.

A doutrina da malícia real e a responsabilidade criminal

Ainda no ano de 1964, no dia 23 de novembro, a Suprema Corte proferiu julgamento no caso *Garrison v. Louisiana*, estendendo aos casos criminais — crimes contra a honra e ações criminais — os parâmetros de aferição de responsabilidade por violação da honra de agentes públicos estabelecidos no julgamento do caso *New York Times*. Em outras palavras, em se tratando de agentes públicos no exercício de suas funções, também deveriam ser aplicados à apuração da responsabilidade criminal os critérios de reconhecimento da responsabilidade civil estabelecidos pela doutrina da malícia real: afirmação de fato falso, proferida com o conhecimento da falsidade (dolo direto) ou com temerária despreocupação sobre a veracidade (dolo eventual), afastando-se a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade civil e criminal com base em mera negligência ou qualquer outra forma de apuração de conduta culposa. O relator do caso foi mais uma vez o Juiz Brennan que, na ementa do acórdão, deixou claro o seguinte: “A Constituição limita o poder do estado de impor sanções à crítica da conduta oficial dos agentes públicos, nos casos criminais e nos casos cíveis, às declarações falsas sobre a conduta oficial feitas com o conhecimento de sua falsidade ou com temerário desinteresse sobre se os fatos eram falsos ou não. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254”. A decisão foi unânime. Os fatos envolviam um promotor de justiça da comarca de Orlean, Estado de Louisiana, que, durante uma entrevista coletiva, declarou que havia um grande acúmulo de processos criminais pendentes de julgamento na corte criminal da comarca e que isso se devia à ineficiência, à preguiça e às excessivas férias dos juízes e, ainda, a que os juízes não estavam autorizando o desembolso de verbas para custear as investigações promovidas pela promotoria. Também declarou o promotor que os juízes estavam sendo chantageados. O promotor foi condenado em primeira instância, julgamento que foi mantido pela Suprema Corte de Louisiana. A Suprema Corte dos Estados Unidos reformou essa decisão.

Quanto aos fundamentos de sua decisão, Brennan, além de reiterar os argumentos desenvolvidos no julgamento de *New York Times v. Sullivan* e seus critérios de imposição de responsabilidade, acrescentou que: “onde a crítica dos agentes públicos está em questão, nós não vemos fundamentos no argumento de que a lei penal de proteção à honra serve a um interesse distinto daquele protegido pela lei civil e que não deva estar sujeito às mesmas limitações”.²¹⁶ Analisando o sistema penal do Estado da Louisiana, Brennan observou que o capítulo do Código Penal que previa os tipos penais de proteção à honra antecedia o que previa os duelos. Em tempos mais recentes, porém, era a lei civil que vinha sendo utilizada para a proteção da honra, salvo em caso de ataques aos agentes do governo. Segundo o relator, a persecução penal em crimes contra a honra havia caído “em virtual desuso”.²¹⁷ Brennan buscava fundamentar seu argumento na ausência de previsão de qualquer tipo de crime contra a honra na minuta de Código Penal Modelo proposto pelo American Law Institute.²¹⁸ Embora não tenha considerado necessário enfrentar a questão da constitucionalidade, sob a perspectiva de violação às liberdades de palavra e imprensa previstas na Primeira Emenda, da proibição da utilização da exceção de verdade como argumento de defesa em assuntos de interesse puramente privado, a Corte considerou que a verdade e até a mentira proferida sem dolo estão protegidas pela liberdade de expressão: “o discurso sobre os assuntos públicos são mais do que a expressão da própria personalidade; são a essência do autogoverno”.²¹⁹ Quanto à possibilidade de que seja afetada a reputação privada dos agentes públicos, a Corte entendeu que:

qualquer crítica sobre a maneira pela qual um agente público desempenha suas atribuições tenderá a afetar a sua reputação privada tanto quanto a pública. A regra *New York Times* não pode ser considerada inaplicável meramente porque

²¹⁶ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64

²¹⁷ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64

²¹⁸ *Ibid.* O American Law Institute seria, em uma comparação geral, um equivalente norteamericano do nosso Instituto dos Advogados do Brasil. O voto transcreve os fundamentos apresentados pelos relatores do American Law Institute: “É desnecessário dizer que as sanções penais não podem ser justificadas meramente pelo fato de que a violação à honra é um mal ou um dano a pessoa do tipo que também permite a propositura de uma ação civil. Usualmente, a lei criminal deve ser reservada aos comportamentos mais graves que provocam um distúrbio excepcional à sensação de segurança da comunidade (...). Parece evidente que a calúnia não se enquadra nessa situação nos EUA, sendo, portanto, inapropriado o controle penal e isso provavelmente é a razão da escassez de ações criminais e do quase desuso da legislação que regula ação penal privada para proteção da honra neste país”.

²¹⁹ *Ibid.*

causa dano à reputação privada de um agente, além de sua reputação pública. A regra protege o primordial interesse no livre fluxo de informações para as pessoas a respeito dos agentes públicos, seus servidores. Para essa finalidade, é relevante qualquer coisa que possa tocar a aptidão de um agente público para o desempenho de suas funções.²²⁰

Tal como no julgamento de *New York Times*, os Juízes Black e Douglas deram provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida, entendendo, em caráter mais amplo, que a Primeira Emenda protegia em caráter absoluto a crítica à conduta dos agentes públicos. Douglas destacou, em especial, seu entendimento no sentido de que o temerário desinteresse pela verdade, o dolo eventual, é um “critério nebuloso” que pode ser, sem qualquer dificuldade, considerado como praticado pelo réu no julgamento em instâncias inferiores, situação que não conferiria à liberdade de palavra e imprensa a proteção consagrada na Primeira Emenda. Goldberg reiterou o voto que proferiu no caso *New York Times*, registrando que a liberdade incondicional para criticar a conduta oficial dos agentes públicos se aplica aos casos civis e criminais.

Estabelecidos os parâmetros para reconhecimento tanto da responsabilidade tanto civil quanto da criminal nos casos em que alegada violação à honra de agentes públicos atingidos por críticas dirigidas a sua conduta no desempenho de suas funções, outras questões se puseram para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Os assuntos de interesse público envolvem na maioria dos casos, mas nem sempre, agentes públicos. Por exemplo, o cidadão que, não sendo agente público, resolve ser candidato a um cargo eletivo expõe-se necessariamente ao debate sobre os assuntos de governo. Sua ideias, sua conduta e suas opiniões se tornam relevantes para o público. Alguns aspectos de sua vida privada, principalmente quando a candidatura é voltada a um cargo de chefia no poder executivo, também se tornam importantes para o conhecimento do público. Cabe, então, perguntar se, quando afetada a sua honra, este cidadão, agora candidato, deve estar exposto aos mesmos critérios de apuração de responsabilidade a que estão expostos os agentes públicos (necessidade de comprovar a falsidade dos fatos contra si declarados e o dolo do autor da declaração) ou tem o direito de receber reparação por danos, independentemente da comprovação da falsidade do

²²⁰ Ibid.

fato afirmado e comprovando a simples culpa do réu? O mesmo vale para as figuras públicas, que – também não sendo agentes públicos – se expõem voluntariamente ao debate de assuntos de interesse público como jornalistas, artistas, políticos sem mandato, dirigentes de partidos políticos, líderes de movimentos sociais, estudantis, representantes de organizações não governamentais? E pessoas privadas, cidadãos particulares que, em algum momento de sua vida, se veem envolvidos em assuntos de interesse público? Que critérios de verificação de responsabilidade devem ser observados quando se atinge o direito à honra dessas pessoas? A jurisprudência da Suprema Corte teve a oportunidade de enfrentar essas questões e é o que se passa a analisar no capítulo subsequente.

5

Os desdobramentos da aplicação da doutrina da malícia real: as figuras públicas, a diferença entre afirmação de fatos e expressão de opiniões e as manifestações ofensivas

5.1.

A proteção da liberdade de expressão em ações propostas por candidatos a cargos eletivos, figuras públicas e particulares

Formulada pela Suprema Corte para proteger a liberdade de expressão em assuntos relacionados à conduta dos agentes públicos, a doutrina da malícia real logo estendeu os seus efeitos a outras situações que não foram inicialmente contempladas no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*. Em comum, todos esses casos, embora não envolvessem agentes públicos, diziam respeito a assuntos de interesse governamental ou público, o que, segundo a Suprema Corte, tocava o “significado central da Primeira Emenda”.²²¹ Os critérios de imposição de responsabilidade do caso *New York Times* foram, então, estendidos aos casos envolvendo candidatos a cargos eletivos, figuras públicas e, em um primeiro momento, aos particulares que tomassem parte no debate público, o que será a seguir abordado na forma de tópicos.

Candidatos a cargos eletivos. Em 24 de fevereiro de 1971, no julgamento do caso *Monitor Patriot Co. v. Roy*, a Suprema Corte decidiu, por unanimidade, que os critérios de apuração da responsabilidade do caso *New York Times* também se aplicavam aos casos em que o autor da ação era um candidato a cargo eletivo. Os fatos envolviam a publicação de uma coluna no jornal *Concord Monitor* — que circulou na cidade de Concord, Estado de New Hampshire, três dias antes das eleições primárias do Partido Democrata — de um perfil sobre os candidatos ao Senado. Sobre um deles, o candidato Alphonse Roy, o jornal se

²²¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

referiu como um “ex-contrabandista eventual de uísque”. O candidato não foi eleito e ajuizou ação contra as empresas distribuidora e proprietária do jornal, alegando que foi difamado e que fatos criminais ocorridos há mais de vinte anos, que haviam sido noticiados na reportagem, eram assuntos de sua vida privada. O judiciário do Estado de New Hampshire, aplicando as regras que regulavam a responsabilidade civil por violação à honra de pessoas privadas, condenou os réus ao pagamento de U\$ 10.000,00 (dez mil dólares norte-americanos) cada um. O jornal interpôs recurso à Suprema Corte, sustentando que – porque o autor era um candidato a cargo eletivo (embora não fosse um agente público) – seriam aplicáveis à espécie os critérios de apuração de responsabilidade fixados no julgamento de *New York Times v. Sullivan*. A Corte decidiu que: a) “publicações a respeito de candidatos a cargos públicos eletivos devem receber, de acordo com a Primeira Emenda e a Décima Quarta Emenda, ao menos a mesma proteção que recebem as publicações que dizem respeito aos agentes públicos”;²²² b) “como questão de direito constitucional, uma acusação de cometer crime, não importando o quão remoto no tempo e no espaço, não pode ser nunca irrelevante para apuração das aptidões de um agente público ou de um candidato para os propósitos de aplicação da regra de ‘conhecimento da falsidade ou temerário desinteresse’ de *New York Times Co. v. Sullivan*”.²²³

O relator do julgamento foi o Juiz Potter Stewart. Em seu voto, o relator ressaltou que, embora no caso *New York Times* tenha sido utilizada a terminologia ‘agentes públicos’, sua fundamentação e os precedentes ali citados conduzem à percepção de que sua aplicação se estende aos candidatos a cargos eletivos: “difícilmente pode haver dúvida de que a garantia constitucional tem a sua mais plena e urgente aplicação precisamente às condutas dos que estão em campanha para os cargos eletivos”.²²⁴ Acrescentou o relator que, em *Garrison v. Louisiana*, a Corte reformulou o conceito de ‘conduta oficial’ dos agentes públicos para abranger qualquer conduta que possa estar relacionada à ‘aptidão para o exercício da função’ e que isso se aplica em caráter especial aos candidatos a cargo eletivo. Portanto, mesmo aspectos da vida privada de um candidato podem

²²² *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

se tornar relevantes para o público, o que apenas pode ser estabelecido, segundo a Corte, na apreciação do caso concreto. O envolvimento em fato criminal, no entanto, mesmo que ocorrido em um passado distante, nunca pode ser considerado notícia irrelevante no caso de um candidato em plena campanha eleitoral.

Figuras públicas. Um novo desafio se pôs à Suprema Corte na definição dos critérios de proteção da liberdade de expressão em confronto com o direito à honra nos casos de ações de responsabilidade civil propostas por pessoas que – não sendo agentes públicos em permanente vínculo com o estado, nem candidatos a cargos eletivos – são pessoas públicas no sentido de que ou estão vinculadas de alguma outra maneira ao estado, ou exercem algum tipo de influência ou poder na sociedade que as posicionam no centro do debate público.

Em 12 de junho de 1967, a Suprema Corte decidiu conjuntamente os processos *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Associated Press v. Walker*. O primeiro se referia a uma reportagem publicada em 23 de março de 1963 no jornal *The Saturday Evening Post*, de propriedade do recorrente, denunciando uma conversa para combinação de resultado de uma partida de futebol americano entre Wallace Butts, então diretor técnico do departamento atlético da Universidade da Geórgia, e Paul Bryant, técnico do time da Universidade do Alabama. A reportagem foi publicada com base em depoimento de George Burnett, vendedor de seguros na cidade de Atlanta, que interceptou ocasionalmente (sem intenção e em razão de uma falha do serviço de telefonia segundo declarou) uma ligação entre os dois dirigentes esportivos. Nessa ligação telefônica, segundo o corretor Burnett, o diretor técnico Butts entregou ao técnico Bryant as estratégias de jogo e as formações do time da Universidade da Geórgia. Butts ajuizou ação contra a empresa jornalística, formulando pedido de indenização no montante de U\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares norte-americanos). O Tribunal Federal do Distrito da Geórgia condenou o réu ao pagamento de indenização no valor total de U\$ 520.000,00 (quinhentos e vinte mil dólares), sendo 60 (sessenta) mil referentes a danos morais e 460 (quatrocentos e sessenta) mil a danos punitivos. O Tribunal Federal de Apelações para o Quinto Circuito negou provimento ao recurso do réu. O autor não negou que a ligação telefônica realmente houvesse ocorrido, mas

negou o conteúdo da conversa. Os fatos também estavam sob investigação da Universidade da Geórgia.

Quanto ao caso *Associated Press v. Walker*, os fatos envolviam uma reportagem sobre os acontecimentos que ocorreram no *campus* da Universidade de Mississippi na noite do dia 30 de setembro de 1962. Na ocasião, o estudante negro James Meredith tentava efetuar sua matrícula na universidade, o que havia sido determinado por ordem judicial. Em razão das resistências encontradas, foi necessária a presença da Guarda Judiciária Federal nas dependências do *campus*, que também estava tomado por um grande número de manifestantes que se opunham ao cumprimento da ordem. Segundo reportou o jornalista da agência *Associated Press*, os manifestantes eram liderados por Edwin Walker, general aposentado do Exército norte-americano, candidato derrotado às eleições primárias para a disputa do governo do Texas e liderança política no sul do país. Walker encorajou o uso da violência contra a força judiciária federal e orientou os manifestantes sobre como evitar os efeitos do gás lacrimogênio usado pelas tropas de segurança. Walker ajuizou ação, buscando indenização no valor total de U\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares norte-americanos). Não negou sua presença no *campus* da universidade, mas disse que propôs aos manifestantes um ato pacífico. O tribunal do júri condenou a empresa jornalística ao pagamento de U\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares norte-americanos) em danos morais e U\$ 300.000,00 (trezentos mil dólares norte-americanos) em danos punitivos. O juiz estadual afastou a condenação na parte referente aos danos punitivos, decisão que foi confirmada pela Corte de Apelações Cíveis e pela Suprema Corte do Texas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos recebeu os recursos extraordinários interpostos nos dois casos. Em comum, havia o fato de que as pessoas mencionadas nas reportagens – cujos pedidos de indenização por violação à honra foram julgados procedentes – eram pessoas conhecidas do público, embora não fossem agentes públicos no desempenho de suas funções em relação aos fatos noticiados. Walker era general aposentado, mas os fatos que foram alegados como violadores de sua honra estavam relacionados ao exercício de sua liderança política. Butts era diretor técnico do departamento esportivo de uma universidade estadual, mas não era empregado da universidade (e tecnicamente, portanto, não

era servidor público), recebendo sua remuneração de uma associação de ex-alunos vinculada à universidade.

O caso *New York Times v. Sullivan* envolvia um agente público, comissário de polícia da cidade de Montgomery, Alabama, não tendo gerado controvérsia quanto à sua pertinência ao “significado central da Primeira Emenda”,²²⁵ ou seja, o livre, desinibido e robusto debate dos assuntos públicos. Porém, que critérios de proteção da liberdade de expressão a respeito dos assuntos públicos devem ser adotados se as pessoas envolvidas não são agentes públicos no desempenho de suas funções e nem mesmo candidatos a cargos eletivos? A matéria sob julgamento era polêmica e a Suprema Corte se dividiu quanto aos critérios de reconhecimento de responsabilidade civil, embora tenha reconhecido uma nova categoria de personagens – as figuras públicas – que, em razão de sua qualificada inserção nos assuntos públicos, mereciam um grau de proteção da honra menos rigoroso do que as pessoas privadas.

Quanto ao resultado do julgamento, a Suprema Corte negou provimento ao recurso no caso *Butts* e confirmou a decisão do Tribunal Federal de Apelações para o Quinto Circuito que havia condenado o jornal *The Saturday Evening Post* a pagar indenização. Em relação ao caso *Walker*, a Corte deu provimento ao recurso, anulou a condenação e remeteu o processo à corte de origem para prosseguimento. Em ambos os casos, os juízes reconheceram que as figuras públicas como *Butts* e *Walker* desempenhavam um papel fundamental no debate público²²⁶ e que a posição preferencial da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda e reconhecida no caso *New York Times v. Sullivan*, deveria ser considerada nas hipóteses em que alegada violação da honra de figuras públicas. Em *Butts*, a Corte se dividiu. Os juízes *Harlan*, *Clark*, *Stewart* e *Fortas*, ao negarem provimento ao recurso, entenderam que as figuras públicas não estavam submetidas às regras de *New York Times v. Sullivan*, mas deveriam demonstrar que a violação da reputação decorreu de uma “conduta altamente desprovida de razoabilidade constituída por um extremo distanciamento dos

²²⁵ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

²²⁶ *Curtis Publishing Co. v. Butts e Associated Press v. Walker*, 388 U.S. 130: “*Butts* deve ter obtido este status apenas por sua posição e *Walker* por sua ação intencional de se engajar no ‘turbilhão’ de uma importante controvérsia pública”.

padrões de investigação e reportagem ordinariamente observados por uma imprensa responsável”.²²⁷ Pelo que se depreende da enunciação da regra, exigia-se apenas a comprovação da culpa, e não do dolo. Ao analisarem a prova produzida no processo, os mencionados juízes entenderam que o jornal *The Saturday Evening Post* agiu com culpa e negaram provimento ao recurso. O Presidente da Corte Earl Warren também negou provimento ao recurso, mas considerou que se aplicava à espécie a regra construída no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, tanto aos agentes públicos, quanto às figuras públicas. Entendeu que o réu agira com dolo, reconhecendo malícia real na modalidade de temerário desinteresse (dolo eventual) sobre a veracidade ou falsidade dos fatos noticiados na reportagem sobre Butts. Os demais ministros (Black, Douglas, Brennan e White) deram provimento ao recurso, todos eles entendendo que a doutrina da malícia real também se aplicava como padrão mínimo de aferição de responsabilidade em caso de alegada violação à honra de figuras públicas. Black e Douglas mantiveram sua posição no sentido de que a imprensa dispõe de imunidade absoluta de noticiar, debater e criticar os fatos de interesse público. No julgamento do caso *Walker*, a decisão de dar provimento ao recurso foi adotada por unanimidade.

Em seu voto, o Presidente Warren destacou que todos os juízes estavam em concordância quanto à necessidade de impor limitações às leis estaduais que regulavam o reconhecimento da responsabilidade civil por violação à honra de figuras públicas, ou seja, de pessoas “cujas visões e ações a respeito das questões e fatos públicos despertam frequentemente mais a atenção dos cidadãos do que as visões e ações dos agentes públicos”. Fundamentando seu entendimento de que a doutrina da malícia real aplicada aos agentes públicos também se estendia às figuras públicas, o presidente da Suprema Corte ressaltou:

Para mim, a diferença entre ‘figuras públicas’ e ‘agentes públicos’ e adoção de padrões separados de comprovação [da responsabilidade] para cada um deles não têm base na lei, na lógica ou na Primeira Emenda. Crescentemente neste país, as distinções entre os setores governamental e privado são indefinidas. Desde a depressão de 1930 e da Segunda Guerra Mundial, tem havido uma rápida fusão do poder econômico e político, uma aproximação da ciência, indústria e governo e um alto grau de interação entre os mundos intelectual, governamental e

²²⁷ Ibid.

empresarial. (...) Enquanto essas tendências e fatos ocasionaram uma consolidação do poder governamental, o poder também se tornou muito mais organizado onde nós comumente consideramos o setor privado. Em muitas situações, determinações de política pública que tradicionalmente eram encaminhadas por meio de instituições públicas formais são atualmente originadas e implementadas por meio de um conjunto complexo de conselhos, comitês, comissões, empresas e associações, algumas apenas frouxamente conectadas com o Governo. Essa mistura de posições e poder também ocorreu nos casos individuais de forma que aqueles que não detêm um cargo público no momento estão, no entanto, intimamente envolvidos na resolução de importantes questões públicas ou, em razão de sua fama, definindo eventos em áreas de interesse geral da sociedade. Visto nesse contexto, então, é evidente que, embora não estejam sujeitos às restrições do processo político, as 'figuras públicas', tal como os 'agentes públicos', frequentemente desempenham um papel de influência na ordenação da sociedade. E certamente, como uma classe, essas 'figuras públicas' têm, como os 'agentes públicos' acesso aos meios de comunicação de massa para não somente influenciar a política pública, como também para rebater as críticas às suas opiniões e atividades. Nossa cidadania tem um legítimo e substancial interesse na conduta dessas pessoas, e a liberdade de imprensa para participar de um debate desinibido sobre o envolvimento delas nas questões e fatos públicos é tão crucial como no caso dos 'agentes públicos'. O fato de eles não serem submetidos às restrições do processo político apenas realça a legítima e substancial natureza do interesse, porque isso significa que a opinião pública talvez seja o único instrumento por meio do qual a sociedade possa tentar influenciar a sua conduta.²²⁸

Se algo há ainda a acrescentar aos fundamentos oferecidos pelo presidente Warren para justificar, em relação às figuras públicas, a observância dos mesmos padrões de imposição de responsabilidade que se exigem dos agentes públicos, pode-se dizer que a extensão dos critérios da doutrina da malícia real às pessoas que – não sendo agentes públicos, ou seja, membros de poder ou servidores do estado – se enquadram na categoria de figuras públicas permite ao povo coletivamente e ao cidadão individualmente o exercício da liberdade para fazer de modo aberto, robusto e desinibido a crítica ao poder. O significado central da liberdade de expressão é o direito conferido ao povo para criticar o poder e este, em uma sociedade de classe dos tempos atuais, tanto pode provir do poder político exercido por algum agente do estado, quanto de qualquer pessoa que, embora não vinculada ao estado por uma relação de serviço público, exerce poder econômico e, em função disso, mantém relações privilegiadas com o estado.

Pensando na aplicação do conceito ao direito brasileiro, as figuras públicas seriam, na verdade, as pessoas privadas ou os particulares, que, sem se enquadrar

²²⁸ Curtis Publishing Co. v. Butts e Associated Press v. Walker, 388 U.S. 130

no conceito de agente público, mantêm com o estado vínculos que ou favorecem o exercício de suas atividades pessoais ou profissionais, ou os habilitam ao exercício de algum tipo de poder. Na realidade brasileira, podem-se incluir nesse conceito, dentre muitos outros, por exemplo, os dirigentes de partidos políticos e os políticos que não estejam no exercício do mandato; todos aqueles que estejam a concorrer a cargos eletivos, bem como as pessoas indicadas para ocupar qualquer cargo que dependa de aprovação do Senado; os sócios e dirigentes de pessoas jurídicas que mantêm contrato com qualquer órgão ou entidade estatal, inclusive de empresas que detêm concessão de serviço público e, em se tratando de empresas de comunicação social detentoras de concessões públicas, além dos sócios, os editores e jornalistas que por meio dela exercem a sua atividade profissional.

Particulares. Após considerar no julgamento do caso *Rosebloom v. Metromedia*²²⁹ que a doutrina da malícia real deveria ser aplicada sempre que o assunto fosse de interesse público, independentemente da qualificação da pessoa afetada (isto é, mesmo que atingida a honra de um cidadão privado), a Suprema Corte reconsiderou esse posicionamento para determinar a aplicação dos critérios formulados em *New York Times v. Sullivan* apenas quando a manifestação do pensamento fosse dirigida a agente público no desempenho de suas atividades funcionais ou a pessoa pública notória na comunidade ou voluntariamente envolvida em debate de assunto de interesse público.²³⁰ Quanto aos particulares, entendeu a Corte que, quando violada sua honra, a imposição de responsabilidade civil dependeria apenas da verificação de culpa. O entendimento foi consolidado no julgamento do caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, em que o recorrido pretendia a aplicação da doutrina da malícia real – e, portanto, a necessidade de comprovação de dolo – ainda quando o autor da ação fosse um particular, desde que envolvido um assunto de interesse do público.

²²⁹ Nesse julgamento, o Juiz Brennan entendeu que se deveria privilegiar a importância da notícia para o público, e não a qualidade das pessoas envolvidas: “Se um assunto está sujeito a um interesse público ou geral, ele não pode repentinamente se tornar menos importante simplesmente porque um indivíduo privado está envolvido ou porque de alguma maneira o indivíduo não escolheu ‘voluntariamente’ se envolver”.

²³⁰ CHEMERINSKY, E., *Constitutional Law – Principles and Policies*, 4ª edição, p. 1.084: “Em *Rosebloom versus Metromedia*, o Ministro Marshall já alertava para o perigo de atribuir aos tribunais a decisão sobre que assuntos seriam de interesse público ou geral e quais seriam relevantes para o exercício do autogoverno”.

O caso *Gertz v. Welch* foi relatado pelo Juiz Powell e seu julgamento foi publicado em 25 de junho de 1974. Em uma decisão por 5 (votos) a 4 (quatro), a Suprema Corte entendeu que quem publica informações falsas e difamatórias sobre uma pessoa privada, que não se qualifica como agente público ou figura pública, não goza dos parâmetros de proteção estabelecidos no julgamento do caso *New York Times*. Os fatos envolviam o advogado Elmer Gertz, que, em 1968, foi contratado para representar a família de um jovem morto por um policial do Departamento de Polícia de Chicago. No processo criminal, do qual não participou o advogado Gertz, o policial acusado do homicídio, Richard Nuccio, foi condenado à pena de prisão. Representando a família da vítima, Gertz ajuizou a ação de responsabilidade civil em face do policial. Robert Welch era o editor da revista *American Opinion*, publicação conhecida por suas posições de extrema direita. A revista sustentava a existência de uma conspiração nacional com o objetivo de desacreditar as polícias estaduais e locais para, em seu lugar, criar uma polícia nacional com o objetivo de dar apoio à implantação de uma ditadura comunista nos Estados Unidos. A revista *American Opinion* publicou um artigo sobre o julgamento do policial Nuccio em que procurou demonstrar que os depoimentos prestados pelas testemunhas eram falsos e que a acusação seria parte de uma campanha comunista contra a polícia. Nesse contexto, o artigo retratou Gertz como o arquiteto de uma armação, embora o advogado, reafirme-se, não tivesse participado do processo criminal e nem se manifestado publicamente sobre o julgamento. O artigo também afirmou que Gertz teria uma extensa folha de antecedentes criminais e seria um militante leninista ligado à Liga Marxista para a Democracia Industrial, organização que advogava a derrubada do governo pela violência. Ficou comprovado que a publicação continha uma série de falsidades. Gertz não tinha antecedentes criminais e nem seria vinculado a organizações comunistas, tendo, na verdade, participado do Grêmio Trabalhista Nacional, associação que abandonara havia 15 (quinze) anos. A organização, ademais, não estava envolvida em qualquer ataque à polícia. O editor do jornal (agindo com negligência, mas sem dolo) não havia feito qualquer pesquisa para verificar a veracidade dos fatos imputados a Gertz. A reportagem trazia uma foto de Gertz com a legenda: “Elmer Gertz do Grêmio Vermelho ataca Nuccio”. Nas instâncias ordinárias, o pedido formulado por Gertz foi julgado improcedente. O Tribunal

Federal do Distrito do Norte de Illinois e o Tribunal Federal de Apelações para o Sétimo Circuito, aplicando a doutrina da malícia real, entenderam, em resumo, que, embora Gertz não fosse um agente público ou uma figura pública, o caso envolvia assunto de interesse público, não tendo sido produzida prova de que o editor do jornal agira com dolo, ou seja, com temerário desinteresse pela veracidade ou falsidade das declarações formuladas contra Gertz. As cortes ordinárias decidiram que a falha na investigação dos fatos configurava culpa, mas não o dolo exigido pela doutrina da malícia real. O pedido de Gertz foi julgado improcedente.

Em sua decisão, a Suprema Corte não reconheceu em Gertz um agente público ou uma figura pública, ou seja, uma pessoa comprovadamente famosa ou notória em seu meio social ou voluntariamente envolvida nos assuntos de interesse público. Embora Gertz tivesse, no passado, servido em comitês públicos da cidade, para fins de apreciação do processo em julgamento, deveria ser verificada a participação do autor na controvérsia que originou as declarações difamatórias e ensejou a propositura da ação. Ao dar provimento ao recurso, o Juiz Powell, escrevendo pela maioria da Corte (Powell, White, Marshall, Blackmun e Rehnquist), ressaltou: “Porque os indivíduos privados particularmente têm menos oportunidades efetivas de refutar [os fatos falsos e a difamação] do que os agentes públicos ou as figuras públicas, eles estão mais vulneráveis aos danos por difamação. Porque eles não se expuseram voluntariamente ao risco acrescido de dano por falsidades difamatórias, eles também são mais merecedores de reparação”.²³¹ A Corte reconheceu que os estados podem estabelecer critérios menos rigorosos do que os padrões do caso *New York Times* para imposição de responsabilidade civil por violação à honra de particulares (vale lembrar que, no direito norte-americano, cabe a cada estado da federação legislar sobre direito civil). A doutrina da malícia real envolve, sempre e necessariamente, a comprovação do dolo do autor da falsa declaração. A Corte, porém, estabeleceu a culpa como padrão mínimo para responsabilidade civil, mesmo em caso de fatos envolvendo particulares: “Desde que não imponham responsabilidade sem culpa, os Estados podem definir o standard

²³¹ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323

apropriado de responsabilidade para quem publica ou transmite uma falsidade difamatória que causa dano à honra de um indivíduo privado e cujo conteúdo causa um perigo substancial à reputação”.²³²

Em seu voto, mesmo reconhecendo não haver qualquer valor constitucional na afirmação de fatos falsos, Powell entendia que, em nome da proteção da liberdade de expressão, deveria ser admitida a declaração eventualmente errônea, porque inevitável em um debate livre. Lembrando a lição de James Madison (“Algum grau de abuso é inseparável do uso normal de todas as coisas, e em nenhum outro campo isso é mais verdadeiro do que na imprensa”), Powell entendia necessária a tolerância com algumas falsas declarações a fim de que se protegesse o debate de assuntos importantes. O motivo, novamente ressaltou a Suprema Corte, era evitar a autocensura. Mas a liberdade de expressão não era o único valor a ser protegido pela Corte, afirmou Powell. Se isso fosse verdadeiro, os votos manifestados em casos anteriores pelos Juízes Black, Douglas e Goldberg no sentido de que a imprensa deveria gozar de uma imunidade absoluta quanto a ações de responsabilidade civil teriam sido vencedores. A Corte, em sua maioria, jamais acolheu esse entendimento. Segundo o relator, a proteção da honra, que era a finalidade das leis civis estaduais, também deveria ser preservada.

Como nos lembrou o Juiz Stewart – afirmou o relator – o direito do indivíduo de proteger o seu próprio nome reflete não mais do que o conceito básico de uma essencial dignidade e valor de cada ser humano – conceito que está na raiz de qualquer sistema decente de liberdade sob o direito.²³³

²³² Quanto a esse aspecto, cabe acrescentar que a Corte manteve a aplicação da doutrina da malícia real para a imposição de indenização por danos punitivos, mesmo em caso de violação da honra de particulares. Os danos patrimoniais e os morais (em seu caráter meramente compensatório) ficaram a depender apenas da demonstração da culpa. Em um estudo voltado à aplicação dos critérios da jurisprudência norte-americana sobre a liberdade de expressão ao direito brasileiro, interessa, apenas e em princípio, a regulação dos danos patrimoniais e morais, uma vez que os danos punitivos não constituem categoria independente no direito brasileiro. A doutrina e a jurisprudência brasileiras assinalam o caráter punitivo do dano moral e seu reflexo no valor da indenização. Mas o dano punitivo em si, a ser reconhecido independentemente da violação de um direito da personalidade (e, portanto, independentemente da verificação do dano moral) ainda não é amplamente reconhecido como categoria jurídica autônoma no direito brasileiro. No Brasil, verificada uma ilegalidade, apenas o administrador pode aplicar multa a quem viola a lei. O juiz não.

²³³ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323.

Powell, então, esclareceu que a preocupação da Corte em assegurar à liberdade de expressão um “espaço para respirar” segundo os parâmetros do caso *New York Times* está adequadamente relacionada a expressões dirigidas aos agentes públicos e figuras públicas. Quanto aos cidadãos particulares, novas regras deveriam ser estabelecidas pela Suprema Corte. Portanto, determinou o relator que, nas ações indenizatórias propostas pelos particulares afetados em sua honra, mesmo em se tratando de assuntos de interesse público, a procedência do pedido indenizatório não mais deveria estar condicionada à comprovação do dolo do réu, tal como previsto na doutrina da malícia real. Por outro lado, a imposição de indenização segundo os parâmetros de responsabilidade objetiva, como estabeleciam algumas leis estaduais, também não seria uma regra adequada. Decidiu a Corte que, em caso de abuso da liberdade de expressão, os estados poderiam, para a proteção da honra das pessoas particulares, estabelecer, por meio de sua legislação, quaisquer parâmetros que considerassem adequados, desde que não impusessem responsabilidade sem culpa. A Suprema Corte, pelo voto da maioria dos ministros, anulou a decisão recorrida, determinando um novo julgamento de acordo com os critérios que fixou: em se tratando de pessoas particulares, mesmo que o assunto seja de interesse público, não se aplica a doutrina da malícia real formulada no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, bastando para a procedência do pedido formulado em ação de responsabilidade civil por violação à honra a comprovação da falsidade do fato declarado e da culpa do réu. Se a Corte não admitiu, por um lado, a imposição de responsabilidade sem culpa, também não exigiu, por outro, que fosse comprovado o dolo do réu.

Considera-se, ainda assim, que o julgamento de *Gertz v. Welch* representou um avanço na proteção da liberdade de expressão porque ficou estabelecido que, em caso de ações proposta por particulares, a imposição de responsabilidade civil depende ao menos da demonstração da culpa do jornalista ou do emissor da mensagem. Diversas legislações estaduais, vale reiterar, previam para a hipótese a imposição de responsabilidade independentemente de verificação de culpa, estando o jornalista, em caso de falsa afirmação (e mesmo sem culpa), obrigado a indenizar. No direito brasileiro, sendo afetados agentes públicos, figuras públicas ou particulares, o Código Civil já exige, como requisito

mínimo, a demonstração da culpa do réu na afirmação de um fato falso para a imposição de responsabilidade civil em caso de abuso da liberdade de expressão. Mas este aspecto do julgamento de *Gertz v. Welch* se faz relevante para o direito brasileiro porque, considerando a possibilidade de se entender que é parte do risco da atividade de uma empresa de comunicação social a violação da honra de terceiros, não é difícil imaginar que um juiz ou tribunal entenda aplicáveis os parâmetros de responsabilidade objetiva a um caso de possível abuso da liberdade de expressão, o que representaria grave restrição ao exercício deste direito.²³⁴

Vale remarcar que, não sendo a pessoa tão proeminente e notoriamente conhecida em seu meio social, a distinção entre pessoas públicas e particulares reside na vontade daquele que vai ser qualificado como pessoa pública de se lançar ao debate público, de voluntariamente participar do embate e da controvérsia. Essa questão de fato deve se verificar caso a caso, mas pode-se pensar, na realidade brasileira, no caso dos líderes de diversas federações industriais e organizações empresariais, inclusive, por exemplo, daqueles que cobram moralidade nos assuntos governamentais, mas cometem toda sorte de imoralidades em suas atividades privadas. Os particulares se tornam pessoas públicas, portanto, quando, voluntariamente, resolvem participar do debate público, expondo-se assim à crítica dos demais cidadãos e à crítica, por que não, das pessoas que resolveu criticar.²³⁵ Cabe registrar também que os atletas e artistas famosos e demais personalidades, que voluntariamente se expõem aos olhos do público, com os ônus e bônus daí decorrentes, devem ser caracterizados como particulares envolvidos em assuntos de interesse do público. Trata-se de pessoas tão notoriamente conhecidas na sociedade que, dedicando sua vida profissional (e, às vezes, até pessoal) à atenção do público, que consome as notícias por elas produzidas, devem ser caracterizadas, para fins de incidência da doutrina da malícia real, não como simples particulares, mas como figuras públicas ou, melhor, como particulares envolvidos em assuntos de interesse do

²³⁴ Sobre a impossibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva no âmbito da atividade de imprensa v. *TEPEDINO*, op.cit., p. 111 e *ZULIANI*, op.cit., ambos mencionados na nota de rodapé nº 185. Em sentido contrário, v. *CARVALHO*, op.cit., p. 153.

²³⁵ *CHEMERINSKY*, op.cit., p. 1.085: “Nenhum caso subsequente julgado pela Suprema Corte formulou uma definição precisa do que seja uma pessoa pública. Todos os casos mais recentes, no entanto, indicam que para se tornar uma pessoa pública o indivíduo deve voluntária e afirmativamente se lançar à luz do debate”.

público equiparados a figuras públicas, submetendo-se às restrições de proteção à honra decorrentes dessa condição.

Casos posteriores chegaram à Suprema Corte, sendo mantido o entendimento no sentido de que os particulares não estavam sujeitos à aplicação dos critérios da doutrina da malícia real. Em *Time v. Firestone*, a Corte manteve a decisão condenatória, entendendo que a autora da ação, Mary Alice Firestone, embora conhecida na sociedade de Palm Beach, não era uma pessoa pública para os fins da ação indenizatória proposta em face da revista *Time*, que havia noticiado, erradamente, que seu divórcio fora concedido com base em adultério. No julgamento de *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, a Corte reafirmou que a doutrina da malícia real não se aplicava às ações proposta por pessoas privadas, acrescentando que, não sendo o assunto de interesse público, a Primeira Emenda não incidia para regular os interesses envolvidos, ficando os estados livres para estabelecer, como melhor lhes parecesse, os critérios para reconhecimento de danos e imposição de indenizações. Segundo Lewis, os critérios fixados no julgamento de *Gertz v. Welch* – ao lado das anteriores decisões em *New York Times v. Sullivan*, *Garrison v. Louisiana*, *Monitor Patriot Co. v. Roy*, *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Associated Press v. Walker* – acabaram se tornando as normas finais, ainda em vigor no direito norte-americano, para solução, quando presente o debate sobre assuntos de interesse público, dos conflitos entre a liberdade de expressão, de um lado, e a honra, de outro, o que se consolidou pela recepção dessa jurisprudência nos demais tribunais federais e estaduais.

5.2.

Afirmação de fatos, expressão de opiniões e a proteção da liberdade de expressão

Ainda no âmbito da jurisprudência norte-americana, é necessário abordar a diferença de tratamento que o direito americano confere a afirmação de um fato, de um lado, e a expressão de uma opinião, de outro. No curso de um debate, a expressão do pensamento que implica difamação e, portanto, a violação da honra e da reputação de uma pessoa decorre, em regra, da afirmação de um fato que diminui a consideração social que merece a pessoa afetada. Nos assuntos de

interesse público ou envolvendo agentes públicos ou figuras públicas, para que a manifestação seja considerada difamatória, a afirmação deve ser falsa. Os fatos sobre os quais recai a afirmação devem ser passíveis de verificação, podendo, então, ser apurada a veracidade ou falsidade da declaração. As opiniões, por outro lado, não são falsas ou verdadeiras, podendo ser consideradas boas ou más, adequadas ou inadequadas, de acordo com a consciência e o entendimento de cada pessoa. As opiniões, portanto, não recaem sobre fatos e não são passíveis de verificação para fins de se apurar seu conteúdo difamatório. Como registrou o Juiz Powell no julgamento de *Gertz v. Welch*: “No âmbito da Primeira Emenda, não existe algo como uma falsa ideia. Conquanto pernicioso uma opinião pareça, sua correção não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da competição de outras ideias”.²³⁶ A diferença entre a afirmação de um fato e a expressão de uma opinião está em que o fato pode ser demonstrado falso ou verdadeiro; a opinião não. Mas essa diferença é, às vezes, sutil e difícil de perceber e também depende do contexto em que a declaração é proferida. A simples expressão de uma opinião, quando não acompanhada de uma falsa afirmação de fato, está protegida pelo direito à liberdade de expressão. Ocorre que, muitas vezes, o autor da declaração pode tentar transformar uma afirmação de fato em expressão de opinião por meio de fórmulas como ‘em minha opinião, fulano é um mentiroso’ ou ‘eu acredito’ ou ‘eu acho que fulano seja um mentiroso’. Será que isso é permitido?

Como se mencionou anteriormente, quando em questão debate de assuntos de interesse público, as leis estaduais e a *common law* dos estados norte-americanos tradicionalmente conferiam à expressão de opiniões a proteção que denominavam de comentário justo (*fair comment*) segundo o qual não seria passível de punição a opinião honesta sobre assuntos de interesse público, baseada em fatos verdadeiros, e proferida sem a intenção de causar dano. A doutrina do comentário justo voltava-se a proteger a expressão da opinião (e não a afirmação de fato). Para gozar de sua proteção, a opinião deveria estar fundada em fato verdadeiro e não poderia ter sido manifestada com a intenção única de difamar. A

²³⁶ Esta consideração, porém, proferida *obiter dictum* no caso julgamento de *Gertz v. Welch* não conferiu imunidade absoluta às opiniões que possam afetar a honra como decidiu a Suprema Corte em *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, relatado por Rehnquist: “Portanto, nós não consideramos que essa passagem em *Gertz* pretendeu criar uma completa isenção do caráter difamatório para qualquer coisa que possa ser caracterizada como opinião”.

Suprema Corte analisou a questão sob o ângulo constitucional no julgamento do caso *Milkovich v. Lorain Journal Co.*. Nesse julgamento, a corte entendeu que não deve estar protegida pela Primeira Emenda a expressão de opinião que esteja fundada sobre uma afirmação de um fato se este não for verdadeiro. Escrevendo pela maioria, o relator da decisão e presidente da Corte, Juiz Rehnquist, esclareceu:

Se alguém falar: ‘Na minha opinião, John Jones é um mentiroso’, ele afirma implicitamente um conhecimento sobre os fatos que o levaram à conclusão de que Jones falou uma inverdade. Mesmo que o emissor da mensagem faça a afirmação do fato sobre o qual sua opinião está fundamentada, se os fatos estiverem incorretos ou incompletos ou se a avaliação sobre os fatos for errônea, a declaração ainda trará implícita uma falsa afirmação de fato. Denominar simplesmente as declarações como opinião não afasta essas implicações. A afirmação: ‘Na minha opinião, John Jones é um mentiroso’ pode causar tanto dano à reputação quanto: ‘Jones é um mentiroso’. Como habilmente registrou o Juiz Friendly: ‘Seria destrutivo das leis de proteção à honra se um escritor pudesse escapar da responsabilidade simplesmente se usasse, explícita ou implicitamente, as palavras ‘Eu acho’.²³⁷

Sendo assim, para gozar da proteção do direito à liberdade de expressão, a opinião que pressupõe ou implica a afirmação de um fato deve estar fundada em um fato verdadeiro, não sendo lícito transformar, por meio da fórmula ‘eu acho’ ou ‘na minha opinião’, uma afirmação de fato falso em uma expressão de opinião para fugir à responsabilidade por violação à honra. Evidentemente, a opinião que não contém afirmação de fato é livre e amplamente protegida pela liberdade de expressão; no exemplo que a Corte formulou no mesmo julgamento: “Na minha opinião, o Prefeito Jones demonstra total ignorância ao aceitar os ensinamentos de Marx e Lenin”.²³⁸ A Corte, em resumo, entendeu que os critérios normativos estabelecidos no julgamento de *New York Times* e nos casos que o sucederam já eram suficientes para a proteção da liberdade de expressão, sendo desnecessária a “criação de uma artificial dicotomia entre ‘opinião’ e fato”.²³⁹ Sack, ao enfrentar o debate sobre a distinção entre fato e opinião, destacou que:

[n]enhuma tarefa é mais arduosa do que distinguir fato e opinião. A análise é complicada porque a comunicação comumente consiste de alegações interligadas de fato e opinião: declarações que ostensivamente são opiniões trazem

²³⁷ *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

implicitamente alegações de fato e declarações que ostensivamente são fato, após melhor exame, transformam-se em opiniões. Na verdade, sempre há alguma opinião em qualquer afirmação de fato e algum conteúdo fático em toda manifestação de opinião. Não é surpresa, então, que os tribunais tenham dificuldade em decidir como identificar a opinião e delimitar o seu campo de proteção.²⁴⁰

Sendo assim, para os casos de difícil distinção entre a afirmação de fato e a expressão de opinião, um bom critério talvez seja, havendo dúvida, considerar manifestada uma opinião em debates envolvendo assuntos de interesse público e, ao contrário, afirmado um fato quando a discussão ocorre apenas entre particulares e sobre assuntos privados. Em assuntos de interesse público, a afirmação de fato verdadeiro e mesmo de fato falso, desde que não pronunciado com dolo, goza da proteção do direito à liberdade de expressão. A mentira deliberada, por outro lado, implica violação à honra quando presente conteúdo difamatório. Mas qual afirmação de fato deve, afinal, ser comprovada como falsa? Não necessariamente a afirmação em seu sentido literal, tal como declarada, mas a que se extrai do contexto, ou seja, de acordo com o que um leitor razoável pode compreender como proferida a partir de um quadro comunicativo mais amplo. Porém, a expressão de uma opinião da qual não decorre a atribuição de qualquer fato a um indivíduo recebe, na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a proteção absoluta da liberdade de expressão.

5.3. Paródias, sátiras, insultos, epítetos, hipérboles retóricas e outras manifestações de críticas ofensivas

Que tratamento jurídico as sátiras, paródias e insultos recebem da jurisprudência norte-americana? Até que ponto está protegida a expressão de opiniões e ideias que muitas vezes são ofensivas? A pergunta não é meramente retórica, nem de simples solução. Trata-se de questão jurídica da maior relevância na medida em que permite testar os limites da proteção conferida à liberdade de expressão pelos tribunais norte-americanos.

Um dos julgamentos fundamentais da Suprema Corte foi proferido no caso *Letters Carriers v. Austin*. Decidido em 25 de junho de 1974, eram partes no

²⁴⁰ SACK, R.D., *Sack on Defamation – Libel, Slander and Related Problems*, p. 4-4

recurso a União Nacional dos Carteiros, como recorrente, e Henry Austin, L.D. Brown e Roy Ziegengeist, como recorridos. Os fatos envolviam, em resumo, a publicação do informativo do sindicato que qualificava os recorridos como ‘pelegos’. O sindicato do trabalhadores realizava campanha para obter a filiação dos carteiros que trabalhavam em Richmond, Virginia, e os recorridos, dentre outros carteiros, recusavam-se a se filiar. Em seu informativo, o sindicato publicou uma ‘lista de pelegos’, chamando-os de ‘traidores’. O informativo, que circulava com tiragem aproximada de trezentas a quatrocentas cópias, trazia várias definições do que seria um ‘pelego’. Dentre outras a de que “um pelego é um animal de duas pernas, com uma alma de saca-rolhas, cérebro de água e espinha dorsal formada de uma combinação de gelatina e cola. Enquanto os outros têm um coração, o pelego tem um tumor de princípios apodrecidos. (...) Judas era um cavalheiro comparado com um pelego. Por trair o seu Mestre, ele teve caráter suficiente para se enforcar. Um pelego não tem. (...) Esaú foi um traidor de si mesmo; Judas um traidor de seu Deus; Benedict Arnold um traidor de seu país; um PELEGO é um traidor de seu Deus, de seu país, de sua família e de sua classe”. Nas instâncias ordinárias, o sindicato foi condenado a pagar indenização no valor de U\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil dólares norte-americanos) a cada um dos recorridos. A Suprema Corte da Virginia confirmou a condenação.

A decisão da Suprema Corte, relatada pelo Juiz Marshall, registrou, dentre outros fundamentos, que “as leis federais favorecem um desinibido, robusto e amplamente aberto debate nas disputas trabalhistas”,²⁴¹ bem como que: “o uso do epíteto ‘pelego’, que era literal e factualmente verdadeiro, e é palavreado comum nas disputas trabalhistas, estava protegido pela lei federal”.²⁴² A corte acrescentou que:

Da mesma forma, publicações de definições pejorativas não são ilegais, desde que o uso de palavras como ‘traidor’ não possa ser entendido como representação de um fato e o uso dessas palavras em um senso figurado também é protegido pela lei federal se estiver a demonstrar a manifestação de uma forte discordância do sindicato com a visão dos trabalhadores que se opõem à sindicalização.²⁴³

²⁴¹ Letters Carrier v. Austin, 418 U.S. 264

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid.

Mais uma vez a Corte afirmou a aplicação da doutrina da malícia real, afastando a possibilidade de punição de expressão, mesmo insultante, que se limita a manifestar opinião. De acordo com a Corte, o que a Primeira Emenda não protege é a afirmação dolosa de um fato falso. Sob o ponto-de-vista jurídico, não há nenhum problema de referir-se ao outro como ‘pelego’ ou ‘traidor’ em uma disputa trabalhista. Mas a proteção de expressões tais como as proferidas em *Letters Carriers v. Austin* não ficou restrita apenas às disputas trabalhistas. Ao contrário, a proteção avançou no direito norte-americano sobre muitas outras áreas, especialmente quando envolvidos assuntos de interesse público e, como seria de se supor, muito particularmente o debate político.

Como apontou Sack, no direito norte-americano, os insultos proferidos por um orador ou escritor, por diversas razões, ou são considerados opiniões, ou um comentário inútil, ou indignos de merecer intervenção do judiciário. Embora não sejam encorajados, não são proibidos pelo direito:

as tradições do common law combinadas com os princípios constitucionais revestiram o uso de epítetos, insultos, xingamentos e hipérboles com uma virtualmente impenetrável armadura legal. ‘É axiomático que o uso de epítetos afrontosos e até maliciosos, profanos e em público, não é ilegal’. Há uma variedade de possíveis razões: que fica claro para o ouvinte ou leitor que uma linguagem como essa não é mais do que um comentário inútil ou o desabafo das emoções do orador ou escritor, o que conseqüentemente não reflete negativamente na reputação do atingido; que os epítetos, propriamente entendidos são simplesmente uma forma de opinião permitida pelo direito; que os tribunais não podem ou não devem intervir toda vez que uma palavra ou expressão não elogiosa é usada.²⁴⁴

Quanto às expressões ‘mentira’ e ‘mentiroso’, por exemplo, Sack observa o seguinte:

são frequentemente utilizadas para caracterizar declarações com as quais o orador discorda veementemente. Se no contexto, a palavra significa que o réu discorda, trata-se de um epíteto protegido. Caso a implicação literal seja que o orador fez uma asserção ou uma séria de asserções sabendo de sua falsidade, a expressão pode ser ilegal.²⁴⁵

²⁴⁴ SACK, op.cit., p. 2-43

²⁴⁵ Ibid., p. 2-48

Novamente, é o contexto que vai determinar se as declarações são ou não permitidas pelo direito: “a típica tarefa judicial subjacente é decidir se os termos estão sendo usados literalmente ou figurativamente”.²⁴⁶ Chamar alguém de ‘mentiroso’, portanto, não implica violação imediata da honra no sentido de que a expressão não está protegida pela liberdade de manifestação do pensamento. É preciso examinar o contexto em que a expressão foi proferida. Se o foi em um sentido figurado, trata-se de mera opinião, protegida pela liberdade de expressão. Se no sentido literal, deve-se examinar se o fato afirmado é falso e foi imputado dolosamente, ou seja, com conhecimento da falsidade ou temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade. Muitas vezes um ‘mentiroso’ pode mesmo ser ‘mentiroso’, não havendo qualquer problema em receber essa justa qualificação. Ademais, se é verdade que alguém é mentiroso, logo, a expressão é protegida e pode ser livremente proferida. Nas disputas políticas, os insultos não são puníveis, uma vez que mais interessa ao ordenamento constitucional melhor proteger um debate político vigoroso: “[q]uando os insultos ocorrem durante as disputas políticas, os tribunais são particularmente propensos a não sancioná-los, considerando-os epítetos porque serão entendidos dessa maneira e a fim de assegurar proteção à expressão política vigorosa”.²⁴⁷

Vale mencionar, por fim, um importante caso decidido pela Suprema Corte sobre a proteção da manifestação do pensamento por meio de paródias, sátiras, hipérboles retóricas e outros meios de expressão de opiniões que, sem atribuição dolosa de fatos não verdadeiros a alguém, envolvem a crítica cáustica e veemente ou até mesmo a ridicularização da pessoa retratada ou referida. Trata-se do caso *Hustler Magazine, Inc. and Larry Flynt v. Falwell*, julgado pela Suprema Corte em 24 de fevereiro de 1988. Tudo começou com a publicação, em novembro de 1983, na revista masculina *Hustler*, dirigida e editada pelo controverso empresário Larry Flynt, considerado um dos reis da pornografia norte-americana dos anos 1980, de uma paródia do anúncio publicitário da bebida alcoólica Campari. Entre 1981 e 1983, a campanha publicitária da bebida Campari consistia na publicação de anúncios em revistas como *Life*, *Playboy*, *Cosmopolitan*, *Newsweek*, *Vogue*, dentre outras, em que celebridades e personalidades do mundo artístico eram

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 2-49

²⁴⁷ SACK, *op.cit.*, p. 2-49

entrevistadas e falavam sobre sua ‘primeira vez’ com a bebida. O conteúdo da mensagem da entrevista tinha duplo sentido, fazendo parecer que os entrevistados também se referiam a sua primeira relação sexual. A ideia era comunicar que a experiência com Campari que, segundo a campanha publicitária, tal como com o sexo, melhorava com a prática e com o tempo.²⁴⁸ A causa do ajuizamento da ação que gerou o recurso para a Suprema Corte foi uma publicação da revista Hustler que, a um só tempo, era uma paródia do anúncio da bebida e uma sátira dirigida ao líder religioso Jerry Falwell, pastor da Igreja Batista na cidade de Lynchburg, Virginia. O religioso era apresentador de programas de rádio e televisão transmitidos por todos os Estados Unidos (“A hora do Evangelho dos velhos tempos”), além de líder da Maioria Moralista, uma organização política de ideias conservadoras. Dentre outras posições políticas, Jerry Falwell se opunha ardentemente à pornografia e aos que eram considerados os reis dessa ‘indústria’: Bob Guccione, da revista Penthouse, Hugh Hefner, da revista Playboy, e Larry Flynt, da revista Hustler. A sátira contida no anúncio-paródia publicado na Hustler de novembro de 1983 retratava uma entrevista de Falwell sobre a sua ‘primeira vez’ da seguinte forma:

FALWELL: Minha primeira vez foi em um banheirinho no quintal [da minha casa] em Lynchburg, Virginia.

ENTREVISTADOR: Não foi um pouco apertado?

FALWELL: Não, depois que eu expulsei a cabra.

ENTREVISTADOR: Entendi. Conte-me, então, como foi.

FALWELL: Eu realmente nunca esperaria fazer isso pela primeira vez com a minha mãe, mas depois que ela proporcionou a todos os outros caras da cidade um ótimo programa, eu pensei, ‘que se dane’.

ENTREVISTADOR: Mas com a sua mãe? Não é um pouco estranho?

FALWELL: Não acho. A aparência não importa muito para mim em uma mulher.

ENTREVISTADOR: Prossiga.

FALWELL. Bem, nós estávamos ‘bebaços’ de Campari, ginger ale e soda, bebida que se chamava Fire and Brimstone naquele tempo. E mamãe parecia melhor do que uma puta batista com uma doação de cem dólares.

ENTREVISTADOR: Campari no meio da bosta com a sua mãe... que interessante. Bem, e como foi?

FALWELL: O Campari estava maravilhoso, mas mamãe desmaiou antes que eu pudesse gozar.

ENTREVISTADOR: Você experimentou outras vezes?

FALWELL: Com certeza... muitas vezes. Mas não no banheirinho. Entre mamãe e a merda, era muito difícil aguentar as moscas.

ENTREVISTADOR: Eu me referia a Campari.

FALWELL: Ah, sim. Eu sempre fico ‘bebaço’ antes de subir ao púlpito. Você não acha que eu posso falar todas aquelas merdas que eu falo sóbrio, acha?

²⁴⁸ SMOLLA, R.A., Jerry Falwell v. Larry Flint – The First Amendment on Trial, p. 21-23

O anúncio trazia um retrato do rosto de Jerry Falwell, a reprodução da marca Campari e de uma garrafa e copos com a bebida e a seguinte advertência, em letras menores, ao final: “Anúncio-Paródia: não deve ser levado a sério”.

Jerry Falwell ajuizou ação indenizatória no Tribunal Federal do Distrito Oeste da Virgínia contra a revista Hustler e contra Larry Flynt, alegando que a publicação do anúncio foi causa dos seguintes atos ilícitos: (a) indevida utilização de seu nome e imagem, (b) violação da honra e (c) imposição de sofrimento emocional intenso decorrente de aflição, angústia e desequilíbrio no bem-estar causado dolosamente pelo réu (o que no direito norte-americano se classifica dentre as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual denominada *intentional infliction of emotional distress*). Apresentada contestação, produzidas as provas, o pedido de indenização por indevida utilização do nome e imagem de Falwell no anúncio foi antecipadamente julgado improcedente pelo juiz federal sob o fundamento de que o anúncio não havia sido publicado com a real intenção de comercializar o produto. Foram submetidos ao júri os fatos referentes aos pedidos de indenização por violação à honra e por sofrimento intencionalmente causado pelo réu. Ao responder aos quesitos de acordo com as instruções formuladas pelo juiz federal, o júri entendeu que não houve violação da honra do autor porque nenhuma pessoa poderia razoavelmente considerar que o anúncio realmente fazia uma afirmação sobre fatos que se passaram com o autor. Em outras palavras, segundo entendeu o júri, não houve violação da honra porque, em verdade, nenhum fato foi afirmado sobre o autor. Quanto ao sofrimento dolosamente causado no autor pelo réu, o júri julgou ser o pedido procedente porque o anúncio, que era de fato ultrajante como alegou o autor, ultrapassava os limites de decência e moralidade normalmente compartilhados pela comunidade. A indenização foi fixada na quantia de U\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares norte-americanos). Interposta apelação, O Tribunal Federal de Apelações para o Quarto Circuito negou-lhe provimento.

A questão que se colocava, no âmbito do debate sobre a liberdade de expressão, era sobre se a Primeira Emenda autorizava a concessão de indenizações em ações ajuizadas contra a imprensa mesmo se não comprovada a violação da honra do autor da ação segundo os critérios estabelecidos pela

doutrina da malícia real.²⁴⁹ Pode um agente público ou uma pessoa pública receber indenização mesmo que nenhum fato tenha sido afirmado contra a sua pessoa e que sua honra não tenha sido violada? O sofrimento decorrente da publicação de uma sátira que não atribui qualquer fato real à pessoa retratada justifica a imposição de indenização? Que efeitos um precedente como esse pode gerar no campo da autocensura sobre aqueles que pretendem manifestar o pensamento por meio de sátiras, charges, esquetes de humor, etc.? A punição da expressão pelo sofrimento que ela causa na pessoa que é objeto da crítica, sem a concomitante violação da honra, seria uma forma de escapar dos standards de proteção da liberdade de expressão estabelecidos no julgamento de *New York Times* e casos subsequentes? *Hustler* e *Larry Flynt* interpuseram recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que o admitiu e aceitou reexaminar o caso.

Em 2 de setembro de 1987, ocorreu a sustentação oral dos advogados das partes e, em 24 de fevereiro de 1988, o caso *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell* foi julgado pela Suprema Corte.²⁵⁰ O relator do acórdão foi o presidente da Corte, Juiz Rehnquist. A novidade que o caso trazia para o direito constitucional norte-americano no campo da proteção conferida pela Primeira Emenda à liberdade de expressão dizia respeito à possibilidade de se punir a expressão do pensamento apenas com base no sofrimento causado à pessoa atingida pela expressão sem que tenha havido qualquer violação da honra ou reputação. A doutrina da malícia real já havia consolidado o entendimento de que, em assuntos de interesse público envolvendo agentes públicos ou figuras públicas, a violação da honra apenas estaria caracterizada se, dolosamente, fosse afirmado um fato falso a respeito da pessoa sobre quem recaiu a expressão. Deparou-se a Corte com a seguinte questão: não havendo afirmação de fato, mas apenas expressão de opinião, estaria a pessoa afetada pela opinião autorizada a obter indenização em função de a opinião ser entendida como ultrajante ou ofensiva?

A Suprema Corte entendeu, em resumo, que a proteção que a lei confere aos agentes públicos e figuras públicas contra o sofrimento decorrente de

²⁴⁹ SMOLLA, op.cit., p. 155-168

²⁵⁰ A sustentação oral, o julgamento e grande parte da história envolvendo o caso *Hustler Magazine, Inc. and Larry Flynt v. Jerry Falwell* foram retratados no filme 'O Povo contra Larry Flynt', dirigido por Milos Forman.

angústia, aflição e desequilíbrio no bem-estar, intencionalmente causado, não afasta a proteção constitucional que a Primeira Emenda confere à liberdade de expressão. Em outras palavras, a expressão deve ser protegida mesmo que “patentemente ofensiva e que intencionalmente cause sofrimento, desde que não possa ser entendida como afirmando fatos reais sobre a pessoa retratada”.²⁵¹ Em assuntos de interesse público, o fato de a opinião ser ofensiva ou ultrajante não autoriza, por si só, a restrição da liberdade de expressão: “ultraje, na área do discurso social e político, tem uma subjetividade inerente e autorizar um júri a reconhecer responsabilidade com base em seu gosto ou sua visão sobre o discurso ou com base, talvez, em sua discordância com uma expressão particular” não é consistente com a Primeira Emenda. Se, em conjunto com a expressão da opinião, também houver afirmação de fatos, o caso deve ser apreciado e julgado segundo os critérios da doutrina da malícia real. Como registrou a Corte, a paródia da revista *Hustler* não continha fatos reais sobre Jerry Falwell, limitando-se a expressar na verdade a opinião de que o religioso era um hipócrita. Reconheceu, então, a Corte que a expressão de opiniões por meio de paródias, sátiras, exageros e hipérboles retóricas, mesmo que ofensivas, tem proteção constitucional. O caráter ultrajante da mensagem, por sua vez, não é suficiente para proibi-la, mesmo porque, segundo a Corte, não é possível estabelecer um critério objetivo para separar o que deve e o que não deve ser considerado um ultraje. Citando a decisão que proferiu em *FCC v. Pacifica Foundation*, a Corte esclareceu: “O fato de a sociedade achar um discurso ofensivo não é motivo suficiente para suprimi-lo. Na verdade, se se trata de opinião que ofende, a consequência é que se tem uma razão para lhe conferir a proteção constitucional”. Como observou Smolla, o voto redigido pelo presidente Rehnquist salientou a imunidade absoluta que a Constituição confere à expressão de opiniões em assuntos de interesse público:

Ao tempo em que enfatizou fortemente a decisão do caso *Times*, o voto do Presidente da Corte avançou muito mais ao estabelecer que a expressão de opinião, diferentemente da falsa afirmação de fato, tem a proteção absoluta da Primeira Emenda. (...) A regra que seu voto determina na verdade é que as figuras públicas e os agentes públicos estão proibidos de obter indenização quando nenhum fato sobre eles é comunicado e a única coisa que eles podem comprovar é que o discurso feriu os seus sentimentos.²⁵²

²⁵¹ *Hustler Magazine, Inc. and Larry Flynt v. Jerry Falwell*, 485 U.S. 46

²⁵² SMOLLA, op.cit., p. 299-300

À época em que proferida a decisão em *Hustler v. Falwell*, a proteção à liberdade de expressão vinha sendo muito questionada no debate doutrinário norte-americano, o que se refletia em alguns votos e decisões judiciais. Alguns entendiam que os critérios fixados no julgamento do caso *New York Times* eram excessivos e não protegiam adequadamente a reputação, sugerindo que a matéria fosse novamente deixada à regulação das leis estaduais. Outros, ao contrário, que os referidos critérios eram insuficientes para garantir a livre manifestação do pensamento em assuntos de interesse público. Mas como ressaltou Smolla: “O que é mais importa no voto do Presidente Rehnquist é seu amplo significado de reafirmar o papel da liberdade de expressão na vida americana”.²⁵³ Esta opinião também é compartilhada por Lewis.²⁵⁴

5.4. Os critérios de proteção da liberdade de expressão na doutrina da malícia real

Antes de encerrar este capítulo, é recomendável enumerar os critérios que a Suprema Corte norte-americana formulou em sua jurisprudência para proteger a liberdade de expressão quando são propostas ações civis indenizatórias ou ações penais em que se alega violação à honra. Segundo a doutrina da malícia real, os cidadãos e a imprensa, quando formulam críticas que possam afetar a reputação de agentes públicos, somente podem sofrer condenação por violação à honra se houverem feito afirmação de fatos falsos com conhecimento da falsidade dos fatos afirmados (dolo direto) ou com temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade desses mesmos fatos (dolo eventual). O autor da ação, a quem incumbe o ônus da comprovação da responsabilidade do réu em todos os seus aspectos, deve demonstrar: (a) que a declaração é difamatória ou caluniosa (entendida a calúnia como uma espécie de difamação, ou seja, como a difamação qualificada pela falsa imputação de um fato criminoso) e afeta sua honra (uma declaração falsa sobre alguém, mas elogiosa ou indiferente, não afeta necessariamente a honra), (b) que o fato afirmado é falso e (c) que o réu agiu com dolo direito (conhecimento da falsidade do fato afirmado na declaração) ou eventual (indiferença ou temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato

²⁵³ *Ibid.*, p. 302

²⁵⁴ LEWIS, A., *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*, p. 233

afirmado). A crítica dirigida a um órgão do governo ou a um serviço público é livre e não pode ser entendida como ofensa ao agente que administra ou comanda o órgão ou o serviço. No campo de incidência da doutrina da malícia real, a comprovação da culpa do réu é insuficiente para sustentar uma condenação. É necessária a demonstração do dolo direito, ou seja, de que a afirmação do fato falso foi feita com o conhecimento de sua falsidade ou do dolo eventual, representado pelo temerário desinteresse pela verdade, ou seja, de que a afirmação do fato falso foi feita com provável conhecimento de sua falsidade. Não se presume, em nenhuma hipótese, a falsidade da declaração difamatória. No âmbito da doutrina da malícia real, é necessário que seja comprovada pelo autor da ação a falsidade do fato declarado. Não cabe ao réu, portanto, comprovar a veracidade do que afirmou, ainda que ele possa voluntariamente fazê-lo. A veracidade ou falsidade do fato afirmado deve ser apurada em termos subjetivos, sendo considerado verdadeiro um fato afirmado de acordo com a experiência de quem fez a afirmação. O autor da ação tem, então, o ônus de comprovar que o réu resolveu, livre e voluntariamente, afirmar um fato falso ou assumir o risco de afirmá-lo, mesmo sabendo da provável falsidade de acordo com a sua experiência. A doutrina da malícia real também se aplica para a apuração da responsabilidade criminal e, além das declarações dirigidas aos agentes públicos, também protege as afirmações de fatos, mesmo que falsos, dirigidos às figuras públicas, mas desde que não haja dolo. Como reiterou diversas vezes a Suprema Corte norte-americana, a deliberada afirmação de fato falso, isto é, a mentira dolosamente pronunciada, não tem a proteção da liberdade de expressão. Porém, a liberdade de opinião é absoluta, não havendo algo que se possa configurar juridicamente como uma ‘falsa ideia’. As ideias podem ser adequadas ou inadequadas, não falsas. Os insultos, epítetos, paródias e sátiras se, no contexto em que pronunciados, não implicarem uma afirmação dolosa de fato falso, são entendidos como mera opinião e também estão protegidos pela Primeira Emenda.

A doutrina da malícia real, tal como originalmente concebida no julgamento do caso *New York Times*, deve estar dirigida a mais ampla proteção do debate sobre os assuntos de governo e de interesse público, que compõem, como registrou a Corte, o significado central da Primeira Emenda. Sua aplicação concretiza o exercício da liberdade de expressão em uma dimensão institucional e

demonstra, na prática, o que significa a posição preferencial da liberdade de expressão. Reiterando a concepção de Meiklejohn sobre a Primeira Emenda, Sunstein sustentou que ela está fundamentada em um particular entendimento de democracia: “uma convicção de que a democracia consiste no autogoverno como forma de solução pela cidadania das importantes questões de política pública: ‘A liberdade que a Primeira Emenda protege não é, então, a ausência de regulação. É a presença do autogoverno’.”²⁵⁵ Nesse contexto, pode-se dizer que a doutrina da malícia real está dirigida a alcançar as expressões que envolvem agentes públicos e figuras públicas que participam do debate público. Ademais, a proteção que a doutrina da malícia real confere à liberdade de expressão também visa à proteção do direito à informação de toda a sociedade. O direito à informação é um aspecto da liberdade de expressão, ou seja, é a liberdade de expressão em sua dimensão social, como direito de buscar e receber informações. No entanto, quando envolvidos apenas interesses privados de particulares, a expressão do pensamento se exerce em uma dimensão individual, não estando regulada pela esfera normativa da Primeira Emenda. Como pontuou o Juiz Warren no julgamento de *Curtis v. Butts*: “A liberdade de imprensa regulada pela Primeira Emenda não inclui licença absoluta para destruir vidas e carreiras”. O direito à honra, portanto, deve merecer adequada proteção constitucional e, quando envolvidos apenas interesses particulares, não deve estar em posição desigual em relação à liberdade de expressão. A proteção da honra e da reputação também tem seu aspecto social porque não alcança apenas o indivíduo cuja honra é protegida, mas o conhecimento e a consideração que os demais membros da sociedade têm sobre o indivíduo. Porém, o direito à liberdade de expressão, por sua dimensão institucional, por seu vínculo imediato e indissociável com o exercício do autogoverno e com a existência da democracia constitucional, deve gozar de uma posição preferencial quando em questão os assuntos de governo e interesse público. Aplicando a doutrina da malícia real, a jurisprudência norte-americana pratica, no dia-a-dia do direito, a posição preferencial da liberdade de expressão,

²⁵⁵ SUNSTEIN, C.R., *Hard Defamation Cases in William and Mary Law Review*, vol. 25, p. 891-904

concretizando, enfim, o objetivo principal declarado pela Suprema Corte ao formular a doutrina: **afastar a autocensura**.²⁵⁶

Estes critérios de proteção da liberdade de expressão e o reconhecimento de sua posição preferencial quando em jogo assuntos de interesse público foram adotados, por exemplo, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No direito brasileiro, porém, esta doutrina não tem ressonância e estão invertidos os sinais da posição preferencial. Não se acolheu a doutrina da malícia real ou qualquer outra teoria que confira proteção à liberdade de expressão em assuntos de governo e interesse público. Vigora, ao contrário, a posição preferencial da honra. É o que demonstra a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que se passa a fazer no capítulo seguinte.

²⁵⁶ BERTONI, E.A., “New York Times vs. Sullivan” y La Malicia Real de La Doctrina in Libertad de Expresión y Estado de Derecho

6

A posição preferencial da honra: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o 'direito vigente' no ordenamento jurídico brasileiro

6.1.

'Direito vigente' e regulamentação da liberdade de expressão e da honra no ordenamento jurídico brasileiro.

Quais são os critérios que o direito brasileiro atualmente fornece para a solução do conflito entre a liberdade de expressão, de um lado, e a honra, de outro? Pode um jornalista comentar com liberdade assuntos de interesse público, criticando as atividades de governo e a conduta dos governantes? Pode o cidadão denunciar os atos ilegais de um agente público? E o comportamento de uma figura pública? Pode ser criticado? Durante uma campanha eleitoral, um político pode debater livremente com seu adversário e inclusive, em momentos mais exaltados, insultá-lo, chamando-o de corrupto, mentiroso, ladrão ou mafioso? As irregularidades praticadas por empresários que contratam com o poder público podem ser denunciadas pela imprensa sem temor de represálias? Entenda-se aqui por liberdade para denunciar e criticar, a possibilidade de o fazer sem temor de represália judicial, isto é, de responder, em sequência, a uma ação e de sofrer uma condenação judicial. Um jornalista pode criticar a decisão de um juiz? E a reportagem ou opinião de outro jornalista ou mesmo do diretor de redação, do editor ou do proprietário de uma empresa de comunicação? E se a crítica for ofensiva? De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, haverá punição para quem resolve falar e participar do debate público, atacando os agentes e figuras públicas e às vezes até os ofendendo?

Para responder a essas perguntas, é necessário identificar qual é, atualmente, o 'direito vigente' no Brasil quando em questão o conflito entre a liberdade de expressão e a honra, especialmente se esse conflito envolve agentes

públicos, figuras públicas ou assuntos de interesse público em geral. Antes, porém, deve-se esclarecer o que, neste trabalho, se considera o ‘direito vigente’. Trata-se do conceito com o qual se vai analisar e estudar o direito brasileiro. O ‘direito vigente’ não se confunde necessariamente com o texto da norma legal em vigor em dado momento e em dado ordenamento jurídico. O conceito de ‘direito vigente’ foi proposto pelo professor dinamarquês Alf Ross,²⁵⁷ que sustentava que a ciência do direito deveria ser entendida como uma ciência social empírica e que, sendo assim, estava sujeita ao princípio da verificação. O direito, segundo Ross, se apresenta como o conjunto de normas estabelecidas para o funcionamento do aparato de força do estado. Portanto, o que interessa ao jurista é verificar de que forma as normas jurídicas estão dirigidas, não às pessoas, mas aos tribunais, órgãos do estado com atribuição para aplicação da lei em caráter final: “Uma medida legislativa que não encerre diretivas para os tribunais só pode ser considerada como um pronunciamento ideológico-moral sem relevância jurídica”.²⁵⁸ Contendo diretivas aos tribunais, indicando de que maneira deve ser tratada determinada conduta – tal como fazem as normas penais – tornam-se desnecessárias novas instruções aos destinatários da norma que, por sua vez, já devem saber o que esperar dos tribunais. A descrição dos tipos penais no Código Penal é um bom exemplo dessa explicação (‘Matar alguém – pena: reclusão de seis a vinte anos). Segundo Ross, “os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais”. Logo, “[é] aqui [nas decisões dos tribunais] que temos que procurar a efetividade que constitui a vigência do direito”.²⁵⁹ O ‘direito vigente’ deve ser compreendido como um conjunto de normas que opera efetivamente na mente dos juízes que as acatam e aceitam como socialmente obrigatórias: “somente os fenômenos jurídicos no sentido mais restrito – a aplicação do direito pelos tribunais – são decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas”.²⁶⁰ Logo, o fundamento da vigência do direito deve ser buscado nas decisões dos tribunais. Em semelhante sentido foi o entendimento manifestado no STF pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da Reclamação nº 4.335 – AC. Ao se manifestar – não como doutrinador, mas como juiz – sobre a ascensão dos precedentes no direito

²⁵⁷ ROSS, A., *Direito e Justiça*, tradução de Edson Bini, 2000

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 57

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 59

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 60

brasileiro e sobre a primeira de suas finalidades constitucionais (a segurança jurídica, as outras duas seriam a isonomia e a eficiência), o Ministro Barroso esclareceu o seguinte:

Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é.²⁶¹

Por outro lado, Ross também afirmou que seria errado dizer que a regra de direito é vigente simplesmente porque aplicada na prática diária dos tribunais. Examinar o trabalho dos tribunais é necessário, mas não suficiente. Isso porque, alteradas determinadas condições (a revogação de uma lei, por exemplo), a prática dos tribunais tende a se alterar. Daí a importância do exame do trabalho legislativo. O mais correto, então, é considerar que: “os enunciados que concernem ao direito vigente da atualidade têm que ser entendidos como enunciados alusivos a decisões futuras hipotéticas submetidas a certas condições”.²⁶² A identificação do ‘direito vigente’ diz respeito, portanto, à capacidade de prever as futuras decisões judiciais. Isso não engloba um juízo de certeza, mas um juízo de mera probabilidade (que pode ir da certeza virtual a uma ligeira probabilidade).²⁶³ A probabilidade é elevada quando baseada em doutrina incontroversa e larga, extensa e coerente aplicação pelo tribunais de precedentes judiciais uniformes; é, por outro lado, baixa quando fundada em um único precedente, com dúbias razões de decidir. Várias escalas de intermediação são possíveis, considerados esses dois extremos. Mesmo que, ao considerar o conceito de ‘direito vigente’, o objetivo do jurista seja a predição das decisões dos tribunais, a identificação do que é o ‘direito vigente’ se inicia e não pode escapar do exame das leis que vigoram, em um dado ordenamento, sobre a questão jurídica que se pretende estudar. A definição do conteúdo da norma parte de seu dispositivo, cabendo a quem a interpreta e aplica descrever o sentido do texto

²⁶¹ Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 4.335 – AC, relator: Ministro Gilmar Mendes

²⁶² ROSS, *op.cit.*, p. 66

²⁶³ *Ibid.*, p. 70

legal.²⁶⁴ Portanto, havendo a revogação de um dado dispositivo legal e a promulgação de um outro, todo o panorama de identificação do ‘direito vigente’ será modificado porque esses acontecimentos, certamente ou quase certamente, influirão nas futuras decisões dos tribunais. Necessário, então, enumerar os dispositivos normativos que vigoram atualmente no direito brasileiro regulando a honra e a liberdade de expressão, direitos que frequentemente entram em conflito e interessam a este estudo.

A Constituição, ao tratar do direito à liberdade de expressão, estabelece em seu art. 5º, nos incisos IV e IX que: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença”. O direito à liberdade de expressão como direito de buscar e receber informações está previsto no inciso XIV do art. 5º da Constituição nos seguintes termos: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. No capítulo que trata da comunicação social, a Constituição prevê, no caput do art. 220, que: “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” e nos parágrafos 1º e 2º que: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” e que: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. O parágrafo sexto do art. 220 da Constituição proíbe a exigência de qualquer tipo de autorização para publicação de livros, jornais, revistas ou outros meios impressos de comunicação: “A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”. A Constituição, no caput do art. 53, também estabelece uma imunidade absoluta em favor da expressão do pensamento manifestada por deputados federais e senadores: “[o]s Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Esta norma se estende aos deputados estaduais por

²⁶⁴ ÁVILA, H., Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 22: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado”.

força do art. 27, § 1º (“Será de quatro anos os mandatos dos deputados estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”) e, em parte, aos vereadores por força do art. 29, VIII (“O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”). O direito à honra, por sua vez, está protegido pelo art. 5º, X da Constituição: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Diversas normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil também regulam os direitos à liberdade de expressão e à honra. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no direito brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estabelece em seu art. 13.1 e 2, quanto à liberdade de expressão, que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” e que: “O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. A honra está protegida pelo art. 11 da Convenção, que determina em seus incisos 1, 2 e 3: “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos, promulgado no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, estabelece uma proteção para a liberdade de expressão em seu art. 19: “1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas” e para a honra em seu art. 17: “1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

Em nível legal, o Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade, não estabeleceu expressamente, um dispositivo legal específico para proteção da honra. O art. 20, porém, ao regulamentar a proteção do direito à imagem, permitiu a proibição da divulgação da imagem quando sua exposição afetar a honra da pessoa. Mas o art. 20 do Código Civil se destina especificamente a proteger a imagem, e não a honra. A liberdade de expressão, embora também seja um direito da personalidade, não mereceu referência ou proteção do Código Civil. Os artigos 186, 927 e 944 estabelecem em conjunto a responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito, atribuindo o dever de reparar àquele que causou o dano, ainda que meramente moral. O art. 953 do Código Civil estabeleceu que os danos decorrentes de injúria, calúnia e difamação devem ser reparados: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”. O Código Penal protege a honra, estabelecendo os crimes de calúnia (art. 138: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”), injúria (art. 139: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”) e difamação (art. 140: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”). A calúnia constitui espécie de difamação, ou seja, a difamação

qualificada pela falsa imputação de crime como fato ofensivo à reputação de alguém. A injúria pune a ofensa da honra subjetiva. O Código Penal não capitula crimes contra a liberdade de expressão. Pode-se dizer que, após a revogação da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 1967), não há regulação da liberdade de expressão em nível legal no direito brasileiro. As exceções ficam por conta da Lei nº 9.504, de 1997, que estabelece normas para as eleições, da Lei nº 12.965, de 2014, que trata dos direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e da Lei nº 13.188, de 2015, que dispõe sobre os direitos de resposta e retificação. A Lei nº 9.504, de 1997, regula a propaganda eleitoral e, em seu art. 58, prevê 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”. A Lei do Marco Civil da Internet, em alguns dispositivos, determina o respeito aos direitos à liberdade de expressão e à honra no uso da internet. Não há, contudo, normas a regular o conflito que pode ocorrer entre esses mesmos direitos, salvo no que diz respeito à proteção do provedor de conexão à internet a quem é conferida imunidade em relação aos danos decorrentes da expressão manifestada por terceiros (art. 18 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014: “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”). A Lei do Direito de Resposta, por sua vez, embora recheada de boas intenções, não diferencia o direito de resposta do direito de retificação²⁶⁵ e dispõe, em caráter geral, que esses direitos são assegurados aos ofendidos em matéria jornalística. A lei não esclarece, contudo, quais os critérios para se considerar que alguém foi ‘ofendido’, nem diz, por exemplo, se a imputação de um fato verdadeiro exclui a ‘ofensa’. Enumerados os dispositivos legais em vigor no direito brasileiro, é necessário verificar se existem critérios para a solução do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra e de que forma esses conflitos vêm sendo resolvidos em nosso ordenamento.

²⁶⁵ Os direitos de resposta e de retificação são meios de restrição da liberdade de expressão, mas o direito de resposta pressupõe a violação do direito à honra e o direito de retificação a violação do direito à imagem.

6.2.

A ponderação como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais e a ausência de critérios objetivos de proteção da liberdade de expressão no Brasil

Ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, no direito brasileiro, um conflito entre os direitos à liberdade de expressão e à honra tende a ser solucionado em favor deste último direito, não importando se o conflito envolve assunto de interesse público ou agentes públicos, candidatos a cargos eletivos ou também figuras públicas. Quando, em um determinado caso, se confrontam liberdade de expressão e honra, é muito provável (probabilidade de 60% a 70%, como se verá a seguir) que, no direito brasileiro, a expressão do pensamento se veja punida e até censurada para a proteção do direito à honra.

No conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, Sagüés²⁶⁶ observa que existe uma disputa entre civilistas e constitucionalistas, que, a partir dos princípios fundamentais de suas disciplinas, tendem a focar o problema da colisão entre esses direitos sob diferentes perspectivas. Embora a referência seja ao caso argentino, o exemplo se ajusta ao direito brasileiro. Na Argentina e, em certa medida, também no Brasil, os constitucionalistas ressaltam a posição preferente, quase-absoluta às vezes, do direito à liberdade de expressão, reconhecido como imprescindível à constituição e sobrevivência de um regime constitucional de características democráticas. Os civilistas, por sua vez, valorizam em maior medida o direito à honra, tão caro que lhes é como direito da personalidade (muito embora os civilistas se esqueçam que o direito à liberdade de expressão também é um direito da personalidade!). Gozando de posição preferencial, a proteção da honra para os civilistas justificaria inclusive a imposição, em certas circunstâncias, de censura prévia pelo poder judiciário. Permitiria também a imposição de condenações de indenização por dano moral, independentemente de anterior delimitação de critérios mais rígidos e seguros para caracterização da violação do mencionado direito. Sagüés aponta que: “o discurso duplo (constitucionalista e civilista) que reina na área provoca, além de uma certa esquizofrenia jurídica, um sério obstáculo para encontrar uma resposta

²⁶⁶ SAGÜÉS, N.P., Censura Judicial Previa a la Prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006, p. 965-975

uniforme e consensual”.²⁶⁷ Este debate está no centro das preocupações dos estudiosos que se ocupam da liberdade de expressão, uma vez que a ‘esquizofrenia jurídica’ também se manifesta no direito brasileiro.

De pronto, cabe ressaltar que grande parte dos autores que abordam o assunto na doutrina brasileira, tanto constitucionalistas, quanto civilistas, parecem pecar por uma falha metodológica fundamental. Isso porque, após conceituar e definir os direitos em disputa, os autores se limitam a afirmar que pode haver colisão entre a liberdade de expressão, de um lado, e a honra, de outro, remetendo o conflito para solução por ponderação em análise caso a caso. Trata-se de um padrão argumentativo que é formulado nos seguintes termos: a Constituição reconhece e protege a liberdade de expressão; logo, a todos se assegura a possibilidade de livre manifestação do pensamento. Porém, a Constituição também prevê a inviolabilidade da honra. Sendo assim, ao mesmo tempo em que se garante o exercício da liberdade de expressão, deve-se também respeitar a honra, que é inviolável. Não se estabelecem, porém, critérios mínimos para definir previamente em que medida a honra podem ser limitada pela liberdade de expressão e vice-versa. Em que hipóteses o exercício da liberdade de expressão poderia configurar violação do direito à honra? Sempre que a manifestação da palavra afetar (mas não violar) a honra de alguém? E se a declaração for verdadeira? E se for falsa, mas proferida sem dolo, ou seja, sem o conhecimento da falsidade? A doutrina brasileira não responde a essas questões, limitando-se a remeter a colisão de direitos para solução *a posteriori* do caso concreto por ponderação. A leitura de artigos doutrinários e pareceres de diversos autores brasileiros que se dedicaram ao conflito da honra com a liberdade de expressão²⁶⁸

²⁶⁷ SAGÜES, op.cit., p. 61-62

²⁶⁸ Dentre outros: RODRIGUES JR., E.B., Solucionando o Conflito entre o Direito à Imagem e a Liberdade de Expressão: a Contribuição da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos *in* Revista dos Tribunais, vol. 905; RODRIGUES, M.T.M., Direitos Humanos e Liberdade de Informações Jornalísticas *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 25; MENDES, G.F., Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e Direito à Honra e à Imagem *in* Revista de Informação Legislativa nº 31; BARBOSA, F.N., Internet e Consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade civil do provedor de pesquisa *in* Revista dos Tribunais, vol. 924; SPODE, G., O Controle da Publicidade à Luz do Código de Defesa do Consumidor *in* Revista de Direito do Consumidor, vol. 43; GARCIA, R., Biografias Não Autorizadas, Liberdade de Expressão e Privacidade na História da Vida Privada *in* Revista de Direito Privado, vol. 52; GARCIA, G.G.C., Estado Democrático de Direito e Liberdade de Expressão e Informação *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 42; ADIERS, L.B., O Cabimento da Tutela Inibitória na

permite concluir que o padrão argumentativo seguido indica a possibilidade de colisão entre os direitos, mas não formula, nem ao menos aponta, critérios prévios para enfrentar e resolver esse conflito de direitos. Não havendo critérios predefinidos de verificação dos limites de cada direito, as soluções, segundo essa doutrina, devem ser alcançadas no caso concreto mediante técnica de ponderação. Estabelecidas as possibilidades de solução apenas nesses termos, a segurança jurídica fica comprometida nessa matéria porque a ponderação no caso concreto, sem prévio estabelecimento de critérios mínimos, se pratica no terreno da pura subjetividade (e muito frequentemente em desfavor da liberdade de expressão, como a seguir se verá).²⁶⁹ Ao juiz caberá determinar o que é ou não ofensivo, e isso é feito arbitrariamente, segundo o seu próprio entendimento e com recurso à ‘intenção ou ausência de intenção de ofender’ (*animus injuriandi vel diffamandi*) do agente, que é o próprio juiz quem livremente (e até arbitrariamente) determina se ocorreu.²⁷⁰

Defesa de Direitos Fundamentais *in* Revista de Direito Privado, vol. 31; ZULIANI, E.S., Questões da Lei de Imprensa e os Direitos da Personalidade disponível em <http://online.sintese.com>: “Aplica-se, sem dúvida, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que nada mais representa do que estabelecer diferenças entre valores fundamentais que se colidem (liberdade de expressão versus direito à honra e intimidade), para que o intérprete possa, com ponderação, definir a primazia de um ou de outro”.

²⁶⁹ Bornholdt aponta a utilização como estereótipo ou mito de algumas acepções da ponderação indicando que nesses casos a ponderação “nada mais significa do que uma declaração de intenções. Todos os direitos devem ser levados em consideração, sem que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que sua utilização supere o puro decisionismo (...)” e, em seguida, alerta para o prejuízo à segurança jurídica que esse método de resolução dos conflitos entre direitos fundamentais provoca: “Hodiernamente, e em larga medida em nosso país, não apenas se oculta a subjetividade do julgador, como ainda, ao se ignorar a força da lei, ou mesmo dispositivos constitucionais, concede-se ao decisionismo um amplo espaço de atuação. Neste particular, o direito sofre com a perda de uma das pontas dos conceitos que o caracterizam (a ideia de segurança jurídica)”. Cf. BORNHOLDT, R.M., Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais, p. 105-107.

²⁷⁰ WEINGARTNER NETO, J. Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa – Uma pauta de justificação penal, p. 166, faz referência ao reconhecimento pela Corte Constitucional Espanhola da insuficiência ao recurso ao *animus* do agente como critério de tipificação dos crimes contra a honra: “Menos de um ano depois, a Corte Constitucional Espanhola estabeleceria claramente que a referência ao ‘animus injuriandi’ é insuficiente para justificar uma limitação do discurso político: ‘Com base na doutrina exposta [necessidade de rigorosa ponderação de qualquer decisão restritiva da liberdade de expressão, em face da posição preferencial]’, a jurisprudência constitucional ‘modificou profundamente a problemática dos delitos contra a honra naqueles supostos em que a ação que incide neste direito tenha sido realizada no exercício de ditas liberdades. A dimensão constitucional destas converte em insuficiente o critério do animus injuriandi, tradicionalmente utilizado pela jurisprudência penal’ pois os direitos fundamentais dos arts. 16.1 e 20 da CE ‘excedem do âmbito pessoal pela sua dimensão institucional’ e porque ‘significam o reconhecimento e a garantia da opinião pública livre e, portanto, do pluralismo político propugnado pelo artigo 1.1 da Constituição como um dos valores superiores do nosso ordenamento jurídico’”. Trata-se de referência à decisão do Tribunal Constitucional Espanhol proferida na STC 20/1990 (liberdade ideológica de opinar sobre o Rei).

As decisões das cortes brasileiras estão, em geral, de acordo com os argumentos doutrinários, procurando resolver caso a caso os conflitos que surgem da colisão desses direitos por meio da livre ponderação. No entanto, a solução no caso concreto sem a prévia definição de critérios legais ou jurisprudenciais mínimos, tal como praticada pelo judiciário no Brasil, não oferece qualquer segurança jurídica às pessoas que resolvem expor publicamente as suas ideias, relatar fatos, formular denúncias ou manifestar por qualquer meio seu pensamento. A situação é particularmente crítica para os jornalistas, trabalhadores que utilizam a liberdade de expressão como meio para o exercício de sua profissão, que sofrem toda sorte de ataques em razão dos fatos expostos ou das opiniões manifestadas, principalmente (mas não exclusivamente) por meio de ações judiciais. Como exemplo dessa insegurança para o exercício da liberdade de expressão, cabe mencionar a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 683.751 – RS, que ao negar provimento ao recurso, entendeu que o conflito entre o direito à liberdade de expressão e os demais direitos da personalidade deve ser resolvido por ponderação no caso concreto:

Na realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação, inclusive jornalística, impõe-lhe parâmetros – entre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) – cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, § 1º), cabendo ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.

Não é o resultado desse julgamento que ora interessa (porque na espécie a decisão foi em favor da liberdade de expressão), mas a forma de solucionar o conflito: ponderação no caso concreto, cabendo ao juiz escolher – sem quaisquer critérios previamente definidos – que direito (liberdade de expressão ou honra) deve prevalecer. Nesta decisão, o ministro considerou ‘lapidar’ as lições doutrinárias de Sérgio Cavalieri Filho²⁷¹ e Gilmar Ferreira Mendes,²⁷² ambos

²⁷¹ CAVALIERI FILHO, S., Programa de Responsabilidade Civil, p. 129-131: “(...) ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, ‘e de comunicação’, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X do seu art. 5º, dispõe que ‘são invioláveis a intimidade’, a vida privada, a ‘honra’ e a imagem das pessoas, assegurado o direito à

também remetendo a solução do conflito entre a liberdade de expressão e os demais direitos da personalidade para a ponderação no caso concreto com base na proporcionalidade, sem prévia definição de critérios para o regular exercício da liberdade de expressão. Dessa forma, tudo fica para ser resolvido por meio de um conceito aberto como a proporcionalidade, tal como abstratamente invocada pelos juízes e tribunais.

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'. Isso evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do 'princípio da unidade constitucional', a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém (...). À luz desses princípios, é forçoso concluir que, sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro. Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da 'proporcionalidade' como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. Ademais, o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve-se fazer com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, 'in fine'. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no § 1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à 'observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV'. Temos aqui verdadeira 'reserva legal qualificada', que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos de personalidade em geral. Do contrário, não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos acima citados como limites imanentes ao exercício da liberdade de imprensa. (...) Em conclusão: os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do 'princípio da convivência das liberdades', pelo quê não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações".

²⁷² MENDES, G.F., *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*, p. 89-96: "No processo de 'ponderação' desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (...). Como demonstrado, a Constituição brasileira (...) conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X. Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação".

Quanto à jurisprudência das instâncias ordinárias, Chequer descreveu o que entendeu ser a realidade no direito brasileiro e a denominou de ‘um cenário de incoerências’.²⁷³ Após esclarecer que a doutrina brasileira sobre o assunto, quase que por unanimidade, abstém-se de apontar a prevalência de um direito sobre os outros, remetendo a solução dos conflitos entre liberdade de expressão e os demais direitos da personalidade para a ponderação do caso concreto, Chequer expõe o seu entendimento sobre o padrão das decisões judiciais adotadas no Brasil:

Na jurisprudência pátria, apesar de quase todos os tribunais falarem nos seus julgados, introdutoriamente, que a solução dos casos em que apresentam o citado conflito está em aplicar o princípio da ponderação de interesses, ao analisarmos os conteúdos e as conclusões de alguns julgados, é fácil perceber que, na grande maioria, os tribunais têm observado a liberdade de expressão, de forma efetiva, tão somente para impedir a censura prévia, dando preferência, nos casos de conflito posterior entre liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade, a esses direitos, esvaziando-se, quase completamente, o direito fundamental à liberdade de expressão neste último caso.

Após o estudo de diversas jurisprudências (dos TJMG, TAMG, TJRJ, TJSP, TJRS, TJPR, TJDFT e STJ), podemos chegar a uma conclusão interessante: quando o conflito entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade ocorre de forma prévia, por exemplo, havendo uma ação objetivando proibir, previamente, a publicação de uma determinada expressão, nesse caso, a liberdade de expressão é observada no Brasil, invocando as decisões judiciais, o princípio da proibição da censura prévia. O problema, todavia, não se concentra aqui. Na verdade, ele surge quando a liberdade de expressão é exercida a ponto de conflitar, posteriormente, com os direitos da personalidade. Neste último caso, a maioria esmagadora dos tribunais, apesar de falar em ponderação, dos fundamentos das decisões podemos concluir que os julgados têm adotado uma premissa completamente falsa – *a premissa de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos da personalidade*. Ora, isso coloca a liberdade de expressão, nesse conflito real e posterior com os direitos da personalidade, como letra morta.

É como se afirmássemos: a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir qualquer direito da personalidade. Se atingir os direitos da personalidade, em qualquer nível, ainda que não ofenda o núcleo essencial desses direitos, não interessa o motivo, é ilícita. Nesse caso, se a manifestação da liberdade for culposa ou dolosa, gera indenização.²⁷⁴

²⁷³ Farias, embora não faça referência ao cenário caótico da jurisprudência brasileira, ao contrário, crê haver um esforço para o estabelecimento de critérios, também percebe as incoerências do direito nacional: “É verdade que a doutrina e a jurisprudência constitucionais têm se empenhado em fornecer critérios hermenêuticos para guiar racionalmente a superação da colisão em exame [liberdade de expressão x demais direitos fundamentais]. Mas o resultado está longe de constituir um quadro rígido e estabilizado de soluções”. Cf. FARIAS, E., *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional*, p. 252.

²⁷⁴ CHEQUER, C., *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro), p. 204

Embora o judiciário também não deixe de exercer, quando provocado, a censura prévia,²⁷⁵ Chequer foi preciso ao apontar que as decisões judiciais brasileiras transformam a liberdade de expressão em ‘letra morta’ porque, em geral, entendem ilícitas quaisquer manifestações do pensamento que, de alguma maneira, afetam a honra, impondo, em consequência, condenações por dano à honra. Como bem apontou o autor, segundo vêm decidindo os tribunais estaduais, a honra não pode ser de forma alguma afetada pela liberdade de expressão. A simples afetação significa, no entender desses tribunais, imediata violação. Nada pode tocar a honra. A prevalecer esse entendimento, a liberdade de expressão passa a ser apenas um direito abstratamente previsto na Constituição. Quando ela é concreta e verdadeiramente exercida, merece a repulsa dos tribunais. Ocorre, porém, que a liberdade de expressão, sempre que autenticamente exercida, acaba afetando a honra de terceiros. Mas é exatamente esta a sua razão de existir juridicamente, o motivo por que deve estar protegida pelo direito. Como já mencionado no capítulo anterior, foi o que registrou a Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Hustler Magazine e Larry Flynt v. Jerry Falwell*: “O fato de a sociedade achar um discurso ofensivo não é motivo suficiente para suprimi-lo. Na verdade, se se trata de opinião que ofende, a consequência é que se tem uma razão para lhe conferir a proteção constitucional.”

276

A liberdade de expressão não é prevista como direito fundamental pela Constituição para assegurar o direito de fazer elogios ou de manifestar opiniões favoráveis. A liberdade de expressão existe para garantir o direito de discordar, de criticar; às vezes até de ofender. Juridicamente falando, o exercício da crítica contundente implica **afetar** ou **atingir** a honra alheia, mas não necessariamente **violar** a honra. O ‘direito de concordar e elogiar’ não precisa da liberdade de expressão para ser exercido.

²⁷⁵ Os juízes também exercem o papel de censores no Brasil e não são raras as decisões em que proíbem, em caráter liminar, a divulgação de fatos ou opiniões que possam afetar a honra e a privacidade de terceiros. Reporto-me aos capítulos 5 e 6 da dissertação de minha autoria: *A Censura Judicial como Meio de Restrição da Liberdade de Expressão*. Vários são os exemplos de censura judicial prévia no Brasil. Para citar as censuras promovidas ou referendadas pelo Supremo Tribunal Federal: caso *Globo v. Garotinho* – Petição nº 2.702, caso *Sarney v. O Estado de São Paulo* – Reclamação nº 9.428; há diversos outros casos de decisões judiciais de primeira e segunda instâncias promovendo a censura e proibindo a publicação de fatos, livros, biografias, ideias etc.

²⁷⁶ *Hustler Magazine, Inc. and Larry Flynt v. Jerry Falwell*, 485 U.S. 46

Chequer, ao relatar algumas das decisões dos tribunais estaduais, nos conduz por um verdadeiro ‘trem fantasma’ da liberdade de expressão do direito brasileiro. Trata-se de decisões que seriam ridicularizadas em qualquer fórum de debates sério sobre a liberdade de expressão no exterior. Por exemplo, dentre os exemplos narrados pelo autor: (a) o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou Ciro Gomes pela seguinte declaração: “não tenho a menor dúvida de que essa hegemonia do PSDB em São Paulo, não todos, mas essa que se representa por Serra, Fernando Henrique, enfim, fico nesses dois, tem a horror a pobre. Se for nordestino e preto então, nem se fala!”. Trata-se de uma opinião expressada por um político sobre outros dois políticos, um dos quais ocupava cargo público à época. O direito de emitir uma opinião, que por definição não é verdadeira ou falsa, deveria estar protegida em caráter absoluto pela liberdade de expressão; (b) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou órgão de imprensa por divulgar notícia sobre inquérito que investigava acusado de praticar crimes de estelionato. O réu foi posteriormente absolvido. O tribunal entendeu que o réu estava protegido pelo princípio da presunção de inocência, inclusive para fins extraprocessuais, o que tornava ilícita a divulgação da informação sobre os fatos. No entanto, os fatos divulgados (existência do inquérito e da investigação) eram verdadeiros. A divulgação de fatos verdadeiros sobre crimes que estavam sendo investigados em inquérito policial não é permitida pelo direito brasileiro, ao menos segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; (c) o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou um sindicato de professores porque protestava contra o prefeito da cidade de Pouso Alegre. Os professores ergueram uma faixa com a nota que atribuíam ao prefeito: “Enéas é zero”. Trata-se de mera opinião sobre um agente público, o prefeito da cidade de Pouso Alegre, mas que não pode ser manifestada em Minas Gerais; (d) o Tribunal de Justiça do Distrito Federal condenou órgão de imprensa por divulgar que um desembargador está sendo investigado por irregularidades cometidas em gestão de herança milionária. O tribunal adotou como fundamento a sentença condenatória: “não se pode invocar o princípio da liberdade de comunicação, consagrado na Constituição Federal, porquanto a mesma Carta Magna tutela a inviolabilidade, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Assim, ao lado da liberdade há uma responsabilidade, sendo certo que entretanto em conflito de norma

constitucionais, o juiz optará, no ato de decidir, por aplicação daquela que alberga o maior bem jurídico, no caso, a honra do demandante”.²⁷⁷ No Distrito Federal, o juiz faz opção entre os direitos em disputa e a honra foi considerada o bem jurídico maior. Simples assim. É proibido publicar que desembargador está sendo investigado por irregularidades.²⁷⁸ O ‘cenário de horrores’ prossegue, mas com certa coerência: as decisões são proferidas quase sempre em favor da honra e dos demais direitos da personalidade e quase nunca para proteger a liberdade de expressão (também ela um direito da personalidade, vale sempre lembrar). Sem qualquer outro critério previamente estabelecido, senão uma proporcionalidade ou uma ponderação que revela apenas uma cultura jurídica que não conhece o conteúdo da liberdade de expressão e que geralmente expressa as ideias preconcebidas do juiz.²⁷⁹

O panorama desfavorável à liberdade de expressão também se manifesta na jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça. Atualmente, a jurisprudência do STJ, em conjunto com as dos diversos tribunais estaduais, compõe o ‘direito vigente’ no Brasil sobre a liberdade de expressão. Desde que instituída pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a repercussão geral como requisito para admissão dos recursos extraordinários, o Supremo Tribunal Federal não tem exercido o papel de manifestar a última palavra, ao menos nos conflitos intersubjetivos e no exercício do controle difuso de constitucionalidade, nas demandas que envolvem honra e liberdade de expressão. Por exemplo, as ações propostas pelo deputado federal Sandro Mabel contra todos os jornais que noticiaram seu envolvimento no fato político conhecido por ‘mensalão’, pleiteando indenização por dano moral, confirmam essa afirmação. Todos os processos foram julgados pelo STJ, que se pronunciou,

²⁷⁷ CHEQUER, op.cit., p. 204-219

²⁷⁸ Esta decisão foi posteriormente reformada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº: 801.109 – DF, relatado pelo Ministro Raul Araújo

²⁷⁹ Bornholdt faz remontar ao ‘estado autoritário’ a ‘prevalência do direito à honra’ quando em conflito com a liberdade de expressão: “Essa opção de resolução [prevalência do direito à honra], então, será marcante tanto nos Estados europeus do século passado quanto nas ditaduras latino-americanas, espanhola (franquista), portuguesa (salazarista). Daí não escaparão também os prolongados períodos de sítio vividos por nossa República, contra os quais tão atentamente combateram Ruy Barbosa e outros juristas de estirpe, e aos resquícios de tal sistema nas decisões dos períodos democráticos”. O autor também vincula a essa concepção autoritária de estado o estabelecimento de tipos penais abertos para a injúria: “É dentro da linha ora proposta que se justifica a adoção de tipos penais tão abertos e irrestritos para a injúria, como sói ocorrer nos Códigos Penais alemão e brasileiro”. Cf. BORNHOLDT, R.M., Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais, p. 149-150.

em última instância, sobre o conflito entre a liberdade de expressão e a honra.²⁸⁰ Nenhum dos casos alcançou o Supremo Tribunal Federal. O STF não conheceu os recursos extraordinários interpostos pelos órgãos de imprensa ao argumento de que não estava presente o requisito de admissibilidade da repercussão geral. Pode-se dizer, portanto, que o ‘direito vigente’ no Brasil estabelece que, quando em conflito com a honra, a liberdade de expressão, em regra, será censurada, punida e não prevalecerá. Aos jornalistas e a todos aqueles que pretendem manifestar publicamente o seu pensamento, recomenda-se cautela. Elogios, ‘críticas construtivas’ e comentários imparciais são aceitos pelo ‘direito vigente’ brasileiro. Críticas verdadeiras e opiniões contundentes, muito provavelmente, serão punidas, se ajuizada uma ação. Se ofensivas, certamente, não serão permitidas pelo judiciário. Denúncias das mais diversas irregularidades, ainda que os fatos sejam verdadeiros e ainda que estejam em debate assuntos de interesse público, devem ser feitas com todo o cuidado. É o que se recomenda tendo em vista as decisões do STJ conforme se passa a descrever.

6.3.

A responsabilidade civil por violação à honra na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Pesquisa desenvolvida pela acadêmica Paula Chueke Rabacov sob a orientação do Professor Fábio Leite, do Departamento de Direito da PUC-Rio,²⁸¹ analisou os acórdãos proferidos pelo STJ entre os anos de 2002 e 2010 com o objetivo de verificar como o tribunal vem decidindo os conflitos entre a liberdade de expressão, a honra e outros direitos da personalidade e qual dos direitos tem recebido do tribunal uma proteção preferencial. O estudo considerou apenas os processos civis e as decisões proferidas pelas 3^a e 4^a turmas do tribunal. Na base de dados de jurisprudência do STJ, foram utilizadas como parâmetros de pesquisa, dentre outras, as seguintes palavras-chave: ‘censura’, ‘autocensura’, ‘liberdade de

²⁸⁰ Os pedidos formulados pelo autor foram julgados procedentes, reconhecendo-se a violação da honra do autor. Os Recursos Especiais nº 1.216.385 – GO, nº 1.331.098 – GO e nº 1.374.177 – GO foram relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão

²⁸¹ Pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq

expressão’, ‘liberdade de imprensa’, ‘direito à honra’.²⁸² A pesquisa encontrou 58 (cinquenta e oito) acórdãos que se adequavam aos parâmetros estabelecidos. No conflito entre a liberdade de expressão e os demais direitos da personalidade no STJ, o resultado mostrou um placar de 7 (sete) a 3 (três) em favor da honra e demais direitos da personalidade. Melhor explicando: dos recursos especiais que foram julgados entre 1º de janeiro de 2002 e 31 de dezembro de 2010, 70% (setenta por cento) deles resultou em julgamento favorável à honra, à imagem ou à privacidade e em detrimento da liberdade de expressão. No âmbito dos tribunais estaduais, a situação é ainda pior para a liberdade de expressão. Neles, os demais direitos da personalidade recebem decisões favoráveis em 79% (setenta e nove por cento) dos casos. A pesquisa identifica que, em uma análise das decisões proferidas nos três graus de jurisdição (sentença, acórdão do tribunal de justiça estadual e acórdão do STJ), apenas 6% dos casos receberam decisão uniforme em todas as instâncias do judiciário em favor da liberdade de expressão. Se isso não comprova, ao menos indica que a liberdade de expressão, quando em confronto com a honra, não está suficientemente protegida no direito brasileiro. Os dados também apontam a insegurança jurídica para aqueles que pretendem manifestar livremente o seu pensamento, o que é causado por dois fatores principais: (a) uma cultura jurídica não comprometida com a liberdade de expressão e (b) um método inadequado de solução de conflitos, qual seja, a ponderação de interesses com foco no julgamento do caso concreto e sem o prévio estabelecimento de critérios gerais, delimitando minimamente as esferas normativas dos direitos envolvidos.²⁸³

²⁸² RABACOV, P.C., Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade na Jurisprudência do STJ (orientação do Prof. Fábio Carvalho Leite), disponível em http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Paula%20Chueke%20Rabacov.pdf São as seguintes as conclusões da autora da pesquisa: “Destá análise apurada de algumas propriedades das variadas ações e de suas respectivas decisões em cada instância restou consignada a preferência que o Poder Judiciário dá à proteção e resguardo aos direitos da personalidade quando estes se apresentam em aparente conflito com a liberdade de expressão e imprensa. É evidente que, muitas vezes, as ações podem apresentar particularidade capazes de lhes dispensarem tratamento específico que escapa aos balanços estatísticos, mas pelo cálculo da porcentagem que nos mostra a ocorrência com a qual há a preponderância da liberdade de expressão e imprensa em detrimento dos direitos da personalidade, é válido reconhecer, para fins de ilustração, que uma pessoa que figure como réu em uma ação desta natureza tem algo em torno de 21% de chegar ‘vitorioso’ ao Superior Tribunal de Justiça e algo próximo de 30% de probabilidade de assim sair dele.

²⁸³ O conceito de esfera normativa dos direitos pode ser conferido em PEREIRA, J.R.G., *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 23-51

A fim de atualizar os dados dessa pesquisa (que compreende os acórdãos proferidos até o ano de 2010), utilizando-se os mesmos critérios de busca na base de dados para os acórdãos proferidos pelo STJ no período de 1º de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2015, que tratavam de ações de indenização por violação à honra ou à privacidade pelo exercício da liberdade de expressão, foram encontrados os seguintes resultados: (a) total de acórdãos – 34 (trinta e quatro); (b) acórdãos proferidos em favor da liberdade de expressão – 12 (doze), o que corresponde a 35,30% do total; (c) acórdãos proferidos em favor dos demais direitos da personalidade – 22 (vinte e dois), o que corresponde a 64,70% do total. Em relação aos acórdãos proferidos pelos tribunais estaduais, de um total de 34 (trinta e quatro) decisões, 23 (vinte e três) – ou 67,65% do total – foram em favor da honra, da privacidade e demais direitos da personalidade e 11 (onze) – ou 32,35% – em favor da liberdade de expressão.²⁸⁴ Comparados os dois períodos, não há melhora no panorama de proteção à liberdade de expressão. O STJ mantém o seu padrão jurisprudencial de considerar a honra como um direito preferencial. A ponderação como método de solução continuou a prevalecer e a proclamação apenas retórica da liberdade de expressão como direito fundamental persiste, com a certeza de que o exercício desse direito deve ceder quando afetada a honra.

Moraes, no entanto, elogia a atuação do STJ. O tribunal, segundo autora, tem adotado importantes precedentes, com ‘posição coerente e consistente’ para solução dos conflitos entre a liberdade de expressão e a honra.²⁸⁵ A autora propõe os seguintes indicadores para orientar a análise da jurisprudência do tribunal: (a) interesse público da notícia (“O sacrifício de direitos fundamentais da pessoa humana deve estar estritamente condicionado a uma real vantagem da coletividade”); (b) veracidade ou verossimilhança da notícia (que deve “vincular-se ao requisito da continência material, entendida esta como a proporção entre o

²⁸⁴ Foram considerados na pesquisa os Recursos Especiais nº: 606.415, 645.729, 660.619, 738.793, 801.109, 1.021.688, 1.068.824, 1.120.971, 1.169.337, 1.192.208, 1.193.886, 1.216.385, 1.248.828, 1.268.233, 1.269.841, 1.297.426, 1.297.567, 1.306.443, 1.308.885, 1.328.914, 1.330.028, 1.331.098, 1.334.097, 1.334.357, 1.335.153, 1.374.177, 1.381.610, 1.399.819, 1.414.004, 1.414.887, 1.435.582, 1.500.676, 1.504.833

²⁸⁵ MORAES, M.C.B., Honra, liberdade de expressão e ponderação. *civilistica.com*, ano 2, número 2, 2013: “A jurisprudência do STJ, nos numerosos casos de colisão entre o direito à honra, reputação e decoro, e a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, visto na dimensão do direito à informação, tem adotado uma posição coerente e consistente, vindo a construir alguns precedentes da maior importância”.

juízo crítico e o fato criticado; assim o juízo de desvalor não pode exceder o estritamente necessário para o cumprimento do interesse público, impedindo-se quaisquer insinuações maliciosas”); (c) atualidade, continência e pertinência do fato noticiado; (d) notoriedade da vítima (“Diante do conflito de interesses entre a tutela aos direitos da personalidade (honra, decoro e dignidade) e a tutela ao direito de liberdade de manifestação do pensamento tende-se a sacrificar mais facilmente o primeiro, justamente porque se está a tratar de pessoa pública”) e (e) ausência de intenção de ofender ou abuso do direito de informar.²⁸⁶ Ocorre, porém, que os indicadores mencionados pela autora certamente não constituem standards seguros para orientar uma real defesa do direito à liberdade de expressão (e nem mesmo uma adequada proteção dos direitos à honra e à privacidade). Em que constitui o interesse público da notícia, isoladamente considerado? Qualquer assunto publicado em jornal ou revista deve ser, de imediato, considerado de interesse público? Como constatar a existência de uma ‘real vantagem da coletividade’ para justificar o ‘sacrifício de direitos fundamentais da pessoa humana’? Quais seriam as ‘insinuações maliciosas’ não alcançadas pela ‘veracidade da notícia’? São todos critérios subjetivos e que pouco ajudam a estabelecer alguma segurança jurídica. Como, então, determinar esses critérios com algum grau de objetividade ou com, ao menos, o menor grau de subjetividade possível? A notícia verdadeira está, afinal, protegida? Mesmo que seja difamatória? E a notícia que, embora falsa, foi publicada sem o conhecimento da falsidade, ou seja, sem dolo? Quem devem ser consideradas as pessoas notórias? Todos os fatos a respeito das pessoas notórias podem ser noticiados? Mesmo os que digam respeito à sua intimidade? Em que consistem a ausência da intenção de ofender ou o abuso do direito de informar? Uma denúncia de corrupção de um empresário, servidor político ou político caracteriza intenção de ofender? E a crítica, mesmo ácida e contundente, a uma determinada conduta ou decisão de uma autoridade? Para que a liberdade de expressão goze de proteção adequada, são necessários critérios que sejam, a um só tempo, previamente definidos e, tanto quanto possível, objetivamente estabelecidos. É mister aqui evitar o uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sob pena de – em razão de uma cultura jurídica construída em defesa da honra e

²⁸⁶ MORAES, op.cit.

de outros direitos da personalidade – sempre se conviver com um menosprezo pelo exercício da liberdade de expressão. Em vez de notoriedade da vítima, talvez fosse melhor, como faz a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, utilizar os conceitos de agente público ou figura pública, por exemplo. Em vez de veracidade ou verossimilhança da notícia, melhor seria solucionar a questão jurídica, considerando, quando em debate assuntos de interesse público, a necessidade de comprovação pela vítima de que houve contra si falsa declaração de fato difamatório com dolo do réu, ou seja, com conhecimento da falsidade. Nesses casos em que está presente o interesse público, para que a informação verdadeira seja efetivamente protegida, também se deve tolerar sob certas circunstâncias a divulgação de uma informação falsa, desde que proferida sem dolo. Não se advoga que a mentira deva ter valor no debate social, mas, como ressaltou o Juiz Brennan no julgamento do caso New York Times, para que a liberdade de expressão possa estar adequadamente protegida em uma sociedade democrática, é necessário que a falsa declaração às vezes seja tolerada. Isso porque a liberdade de expressão necessita de espaço para respirar, *breathing space*, ou seja, espaço para ser adequadamente exercida. Em vez de ausência do direito de ofender, melhor seria entender a diferença entre uma afirmação de fato e uma emissão de opinião, considerando punível apenas a falsa afirmação dolosa de fato e absolutamente imune a emissão de uma opinião, mesmo que ofensiva, porque a opinião não é falsa ou verdadeira, mas boa ou má, adequada ou inadequada de acordo com a percepção e o entendimento de cada um. Por que se deve conceder ao juiz o poder de julgar as opiniões dos cidadãos?

A fim de compreender o ‘direito vigente’ no ordenamento brasileiro, faz-se necessária uma análise da jurisprudência do STJ – tribunal que vem exercendo a palavra final nos processos que envolvem conflitos concretos entre a liberdade de expressão e a honra – à luz da doutrina da malícia real e de alguns dos critérios que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana adota para resolver os conflitos entre a liberdade de expressão e a honra ou reputação. O exame dos acórdãos do STJ será feito, então, a partir dos seguintes indicadores, que serão apontados em uma análise crítica, sempre que digam respeito à decisão sob exame: (a) se a expressão envolve assunto de interesse público ou assunto meramente particular, entendendo-se por assunto de interesse público aquele em

que a manifestação se dirige a um agente público (agente político, servidor ou empregado público) ou a uma figura pública (candidatos a cargos eletivos e políticos que não estejam no exercício do mandato, dirigentes de partidos políticos, empresários que estejam na condição de sócio de empresas contratantes com o poder público e ainda pessoas notórias em seu meio social, pessoas que deliberadamente se lançam ao debate de assuntos de interesse público e relevância social, pessoas que cometem ou são investigadas pelo cometimento de infrações penais e outros); (b) se a expressão é uma afirmação de fato ou uma emissão de opinião; (c) sendo uma afirmação de fato, se a expressão é verdadeira ou falsa; (d) sendo falsa, se a afirmação do fato é difamatória (e não indiferente ou elogiosa), ou seja, se implica a diminuição da consideração de que goza a pessoa em seu meio social; (e) sendo falsa e difamatória a declaração, e também envolvendo assunto de interesse público, se a afirmação do fato falso foi proferida com dolo, ou seja, com conhecimento da falsidade (dolo direto: vontade livre e consciente de declarar um fato falso) ou com temerário desinteresse sobre a veracidade do fato (dolo eventual: declaração de fato falso com conhecimento de sua provável falsidade, assumindo-se mesmo assim o risco de fazer a afirmação da falsidade); (f) sendo falsa e difamatória a declaração, mas envolvendo assunto meramente privado, se a afirmação do fato falso foi proferida com culpa, ou seja, com negligência ou sem a observância do necessário dever de cuidado quanto à apuração da veracidade do fato; (g) se o autor da ação desincumbiu-se do ônus de comprovar a falsidade do fato afirmado, seu caráter difamatório e o dolo ou a culpa do réu.

Serão a seguir abordados criticamente alguns dos acórdãos proferidos entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de dezembro de 2015 pelas terceira e quarta turmas do STJ, que compõem a Seção de Direito Privado do tribunal, à luz dos critérios anteriormente enunciados, quando aplicáveis.²⁸⁷ Passa-se, então, à descrição e análise de alguns dos recursos especiais, primeiro os que negaram proteção à liberdade de expressão, registrando-se os dispositivos legais que os recorrentes alegaram violados e se houve a interposição de recurso extraordinário.

²⁸⁷ Para uma análise dos acórdãos proferidos entre 2002 e 2010, consultar: LOBO, L.S.F., Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: uma análise argumentativa no âmbito do STJ (orientação de Fábio Carvalho Leite), disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Luisa%20Soares%20Ferreira%20Lobo.pdf

Dos acórdãos proferidos pelas 3^a e 4^a Turmas do STJ entre 1^o de janeiro de 2011 e 31 de dezembro de 2015, podem-se extrair as seguintes observações:

– Recurso Especial nº 645.729 – DF, relatado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira e julgado pela 4^a Turma (decisão por unanimidade):

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. IMPRENSA. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. LEI DE IMPRENSA. INAPLICABILIDADE (ADPF N. 130/STF). PEDIDO. INDICAÇÃO EXATA DO VALOR PLEITEADO. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. OFENSA À HONRA. NOTA EM COLUNA SOCIAL DE CARÁTER SENSACIONALISTA, COM EXAGERO DO DIREITO-DEVER DE INFORMAR. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO STJ QUANDO VERIFICADO EXAGERO. REDUÇÃO. JUROS DE MORA. FIXAÇÃO.

1. Não se verificam as alegadas omissões no acórdão recorrido, que expressamente afastou a incidência da Lei de Imprensa e levou em consideração o art. 159 do Código Civil de 1916. Inocorrência, de igual modo, de omissão quanto à fixação dos juros de mora.

2. A Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) foi declarada incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo Eg. Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 130, Relator o Ministro CARLOS AYRES BRITTO, PLENÁRIO, julgada em 30/4/2009).

3. Não há inépcia da inicial em ação que busca a condenação por danos morais e o autor deixa a fixação do montante ao prudente arbítrio do julgador. Precedentes.

4. Confronto entre a inviolabilidade da intimidade e da honra das pessoas e a liberdade de expressão jornalística. Exagero no direito-dever de informar, pelo teor sensacionalista da notícia, prevalecendo a defesa da honra do ofendido.

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o STJ pode alterar o valor dos danos morais quando fixados de maneira exagerada, sem que isso implique revolvimento do conteúdo fático-probatório.

6. No caso, o valor comporta redução, levando-se em consideração aspectos como a presença constante do recorrido em reportagens polêmicas e de grande repercussão, ser ele pessoa pública e não se tratando de ofensa de natureza extremamente grave.

7. Os juros de mora incidem desde o evento danoso, à taxa de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do CC/2002, e pela Taxa Selic após essa data (EREsp n. 727.842/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 20/11/2008).

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido.

O julgamento envolveu uma nota publicada no jornal O Globo em outubro de 2001 na coluna do jornalista Ancelmo Gois sobre o desembargador Siro Darlan, então juiz da Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro. Na primeira página do jornal, constava a seguinte chamada: “Siro Darlan, um juiz entre gays. Entre fotos de homens nus, a última edição da ‘G Magazine’, revista

gay, traz entrevista surpreendente com o polêmico e moralista juiz de menores do Rio, Siro Darlan”. Na coluna do jornalista Ancelmo Gois, foi publicada a seguinte nota, com conteúdo simultâneo de informação e opinião: “Viciado em holofotes, o juiz Siro Darlan é o entrevistado principal da ‘G Magazine’, revista erótica proibida para os menores que ele tanto protege. Por causa da reportagem, já tem gente na cúpula do Tribunal de Justiça do Rio que está querendo ‘deportá-lo’ para Portugal por uns seis meses. A conferir”. O autor, em sua petição inicial, considerou que a nota trazia ‘tom acintoso’ e pleiteou indenização por danos morais. A sentença de primeiro grau condenou o jornal O Globo ao pagamento de indenização no valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos. Interpostas apelações, a quantia indenizatória foi majorada para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).²⁸⁸ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o órgão de imprensa ‘revelou comportamento irônico e ofensivo’ e que não era verdadeira a notícia da deportação do autor para Portugal. O recurso especial interposto pelo réu alegou violação, dentre outros, aos artigos 159 e 160, I do Código Civil de 1916 e 51 e 52 da Lei de Imprensa. Não há notícia de interposição de recurso extraordinário. O STJ deu provimento, em parte, ao recurso especial apenas para reduzir para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) o valor da indenização. O recurso não foi admitido no que diz respeito à alegação de violação às normas da Lei de Imprensa em razão de sua revogação pela Constituição tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130 – DF. Quanto ao conflito entre a honra e a liberdade de expressão, o tribunal entendeu que deveria prevalecer a honra, o que ficou registrado na ementa do acórdão: “Confronto entre a inviolabilidade da intimidade e da honra das pessoas e a liberdade de expressão jornalística. Exagero no direito-dever de informar, pelo teor sensacionalista da notícia, prevalecendo a defesa da honra do ofendido”. Ao analisar o trabalho do jornalista, o STJ considerou que a notícia não poderia conter “comentários jocosos”. A análise do texto jornalístico permite notar, porém, que os comentários não passam da expressão da opinião do jornalista, retratando o que, no entender do jornalista, seria um comportamento contraditório: um juiz de menores moralista conceder entrevista a uma revista erótica dirigida ao público homossexual masculino. Opinião sobre um agente público que não pode ser

²⁸⁸ Valor que, então, era superior ao montante equivalente a cem salários mínimos.

considerada falsa ou verdadeira. O conteúdo fático da nota do jornalista Ancelmo Gois se refere à deportação do autor para Portugal, como forma de punição. Quanto a isso, o acórdão entendeu que: “para o enorme público leitor do jornal, que dificilmente teria acesso à informação verdadeira, de que o juiz fora contemplado com uma bolsa de estudos em Portugal, a impressão transmitida é que o magistrado fora efetivamente afastado, repreendido pela cúpula do TJRJ, ou ‘deportado’, nos exatos termos publicados no jornal”. O STJ entendeu que se tratava de fato falso e que o jornalista teria agido ou com dolo ou, no mínimo, com culpa. No entanto, ainda que se considere que a informação não fosse realmente verdadeira, não há notícia de que o jornalista divulgara a informação com conhecimento da falsidade ou com temerário desinteresse pela verdade. Como sustenta a doutrina da malícia real, a divulgação de notícia falsa é, em certas circunstâncias, tolerada para que a liberdade de expressão possa ser exercida em um estado democrático de direito. Em se tratando de assunto de interesse público (como é o da espécie que envolve agente público como um juiz estadual), a ausência de dolo do jornalista o exime de qualquer responsabilidade sobre a publicação de notícia falsa. O acórdão não esclarece se o jornalista, mesmo tendo conhecimento de que a notícia da deportação para Portugal seria falsa, a publicou. Ademais, a nota afirmou apenas que “já tem gente na cúpula do Tribunal de Justiça do Rio que está querendo deportá-lo”, o que é diferente de dizer que o tribunal lhe aplicou formalmente uma punição. A decisão do STJ não adentra na apreciação desses critérios.

– Recurso Especial nº 1.068.824 – RJ e Recurso Especial nº 1.120.971 – RJ, ambos relatados pelo Ministro Sidnei Beneti e julgados em conjunto pela 3ª Turma (decisões por unanimidade quanto à responsabilidade civil da ré e por maioria quanto ao valor da indenização):

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS MORAIS. LEI DE IMPRENSA. PUBLICAÇÃO DE ESCRITO CONTENDO A EXPRESSÃO ‘CORRUPTO DESVAIRADO’, OFENSIVA À HONRA SUBJETIVA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Não há negativa de jurisdição ante a fundamentação suficiente do Acórdão recorrido, pois a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

2.- Não se acolhe alegação recursal de violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, (Rel. Min AYRES BITTO) já firmou que todo o conjunto dessa lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de maneira que esse fundamento do recurso deixou de existir no ordenamento jurídico, não havendo em aludido julgamento, ademais, modulação temporal de efeitos.

3.- Tendo o Recurso sido interposto antes do julgamento do C. Supremo Tribunal Federal é recomendável o aproveitamento de argumentos (REsp 945.461-MT, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI) expostos, admitido o pré-questionamento implícito, enfocando-se, pois, fundamentos deduzidos no debate do caso desde a inicial.

4.- A Expressão ‘corrupto desvairado’, lançada em artigo jornalístico, configura ofensa à honra, por constituir, tecnicamente, injúria -- figura jurídica diante da qual inadmissível exceção de verdade, causando, portanto, dano moral e indenização.

5.- No caso, em que matéria jornalística imputa a ex-Presidente da República a qualificação de ‘político desvairado’ não se revela excessiva, a condenação ao valor de R\$ 60.000,00, de modo que não pode ser acolhido o recurso que visa à redução do valor (tendo, ao contrário, sido o valor considerado insuficiente no julgamento, em conjunto do Recurso Especial no 1.120.971-RJ).

6.- Recurso Especial improvido.

(Recurso Especial nº 1.068.824 – RJ)

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA, COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R\$ 500.000,00.

1.- Matéria jornalística publicada em revista semanal de grande circulação que atribui a ex-Presidente da República a qualidade de ‘corrupto desvairado’.

2.- De rigor a elevação do valor da indenização por dano moral, com desestímulo ao cometimento da figura jurídica da injúria, realizada por intermédio de veículos de grande circulação e respeitabilidade nacionais e consideradas as condições econômicas dos ofensores e pessoais do ofendido, Ex-Presidente da República, que foi absolvido de acusação de corrupção cumpriu suspensão de direitos políticos e veio a ser eleito Senador da República.

3.- Por unanimidade elevado o valor da indenização, fixado em R\$ 500.000,00 pelo entendimento da D. Maioria, vencido, nessa parte, o voto do Relator, acompanhado de um voto, que fixavam a indenização em R\$ 150.000,00.

4.- Recurso Especial provido para fixação do valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

(Recurso Especial nº 1.120.971 – RJ)

Os recursos especiais foram interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia condenado a Editora Abril e os jornalistas Roberto Civita e André Petry a pagar uma indenização de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) ao Senador e ex-presidente da República Fernando Collor em razão da

publicação da seguinte opinião editorial na revista Veja de 29 de março de 2006 sob o título ‘Estado Policial’:

‘O governo do operário ético faz com o caseiro tudo o que o governo do corrupto desvariado não ousou fazer com o motorista’.

O ministro Antonio Palocci, ao reaparecer em público na sexta-feira passada, depois de duas semanas escondido, disse que está vivendo um inferno. Dá para imaginar, então, o que deve estar vivendo o caseiro que o denunciou. Afinal, o caseiro resolveu contar o que viu no casarão do Lago Sul em Brasília e, em menos de dez dias, passou a ser investigado pela Polícia Federal sob a acusação de lavagem de dinheiro! Entrou na máquina de moer reputações. Primeiro, calaram-lhe a boca, depois quebraram-lhe o sigilo bancário e, agora, aterrorizam-no com um inquérito. Coisa de Estado policial. Na opinião do presidente da OAB, Roberto Busato, ‘coisa de gângster, de sindicato do crime’. O governo de Fernando Collor não fez nem um décimo disso contra Eriberto França, o motorista que prestou um depoimento devastador e terminal sobre as traficâncias do presidente e seu ex-tesoureiro de campanha. É preciso, em nome da verdade histórica, que se reconheça: o governo do operário ético faz com o caseiro tudo o que o governo do corrupto desvariado não ousou fazer com o motorista. E repare-se numa diferença: o motorista derrubou o governo literalmente. O caseiro derrubou o governo moralmente. Na construção de seu inferno, Palocci teve em excesso tudo o que faltou ao caseiro. Examinemos:

A vida pessoal. O ministro jamais teve sua vida pessoal e familiar devassada. A própria imprensa, durante meses a fio, por respeito à privacidade do ministro, limitou-se a divulgar que o casarão era um ponto diurno de lobistas. Só noticiou que era também um ponto noturno de prostitutas quando isso se tornou um dado fundamental para entender o Palocci-gate. No caso do caseiro, seu drama pessoal e familiar de filho bastardo foi revelado por inteiro em questão de dias, expondo a vida pregressa de sua mãe, Benta Soares, autora da frase mais reveladora da essência do governo Lula. Disse ela: ‘Peço ao presidente que não faça nada com meu filho’.

O sigilo bancário. As contas do ministro Palocci estão devidamente preservadas, como aliás deve acontecer em qualquer nação civilizada. Nem se pediu que fosse quebrado seu sigilo bancário. Nem mesmo quando Rogério Buratti denunciou à polícia que Palocci retinha parte das propinas pagas por fornecedoras da prefeitura de Ribeirão. No caso do caseiro, sua vida bancária é um livro abertíssimo ilegalmente abertíssimo. Depois disso, o caseiro decidiu abrir voluntariamente todos os seus sigilos, telefônico e fiscal, inclusive. Pediu que os outros seguissem sua atitude. Paulo Okamoto não se manifestou. Lulinha, o filho, também não.

O direito de falar. Palocci fala quando quiser, onde quiser, embora nos últimos dias tenha reivindicado seu direito de ficar em silêncio e, de preferência, longe dos holofotes. O caseiro não. O governo não deixa que abra a boca numa CPI. Só autoriza, e neste caso alegremente, que abra a boca no inquérito policial, no qual responde a perguntas na condição de acusado. O ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, achou mesmo que o caseiro não devia falar na CPI. Em seu despacho, o ministro explicou que seu depoimento seria inútil devido à ‘condição cultural’ do caseiro. Se a moda pega, pobres e pouco instruídos devem viver calados. Num Estado policial, a moda é capaz de pegar.

O tribunal entendeu que constituía violação à honra do autor, na modalidade de injúria, a expressão ‘corrupto desvariado’, extraída da seguinte

passagem: “O governo do operário ético faz com o caseiro tudo o que o governo do corrupto desvariado não ousou fazer com o motorista”. Pelo contexto da publicação, percebe-se claramente que o objetivo do jornalista é criticar o governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, tendo por base o episódio que envolveu o ex-Ministro da Fazenda Antonio Palocci e o caseiro Francenildo Costa. Fez-se referência ao autor apenas em tom de hipérbole retórica, utilizando-se o recurso lingüístico, não para diminuir a reputação do autor e ex-presidente, e sim para atacar o governo do Presidente que estava no exercício do mandato. Ambas as partes interpuseram recursos especiais contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O autor visando à majoração da verba indenizatória e os réus buscando a improcedência do pedido ou a redução da indenização. O recurso extraordinário interposto pelos réus com base nos artigos 5º, IV e IX e 220, todos da Constituição não foi admitido pelo tribunal estadual. O STJ negou provimento ao recurso interposto pelos réus e deu provimento ao recurso do autor para majorar a quantia indenizatória e condenar a revista Veja a pagar ao Senador Fernando Collor o montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). No julgamento de primeiro grau, o pedido formulado pelo autor havia sido julgado improcedente, dentre outros, sob os fundamentos de que “o objetivo do jornalista não era atingir a honra do ex-Presidente da República”, mas “criticar os métodos utilizados no Governo Lula para abafar escândalos”, bem como que o autor fora absolvido pelo STF da acusação de corrupção em função de questões processuais. O STJ não concordou com esses fundamentos. Ao contrário, pronunciou-se amplamente pelo caráter preferencial do direito à honra, ainda quando a crítica afete um agente público como o autor, senador e ex-presidente da República (cabendo lembrar que o autor sequer foi objeto de crítica direta pelo jornalista):

O exame técnico-jurídico do caso, circunscrito, como se disse, à estrita análise dos termos do artigo, leva a concluir pela configuração da ofensa, a desencadear indenização por dano moral, ante os termos constantes do artigo em causa. (...) E o núcleo do ponto central, constante do destaque, que foi o texto tomado por base pelo Acórdão para a condenação (fls. 338), convenha-se, é realmente ofensivo, apto a causar padecimento psicológico a qualquer destinatário, ainda que profissional político experiente – lembrando-se que há tempos está afastada a tese de que a condição de homem público implicaria a obrigação de suportar palavras e expressões de ofensa direta e pessoal, desbordante do digladiar-se em meio à crítica, ainda que acerba.

A atribuição da condição de corrupto ao autor não foi analisada pelo STJ como uma simples afirmação de fato. Nas circunstâncias em que proferida, a declaração deveria ter sido considerada absolutamente legítima e protegida pela liberdade de expressão, uma vez que o autor, embora não condenado pelo STF, foi condenado pelo Senado Federal por crime de responsabilidade com base nos atos de corrupção que lhe eram imputados. Sob esse aspecto, a expressão deveria estar realmente protegida porque, se fosse entendida pelo STJ como afirmação de fato, o jornalista estaria a declarar fato verdadeiro e, portanto, imune à persecução civil ou penal. O STJ, porém, considerou a expressão ‘corrupto desvairado’ como uma emissão de opinião, tanto assim que, examinado o caso na perspectiva criminal, julgou ter ocorrido uma injúria: “O caso dos autos é de injúria (CP, art. 140), como se disse, forma de reduzida margem de defensabilidade entre as modalidades da ofensa à honra, pois não admite exceção de verdade”. E não admite exceção de verdade porque é simples emissão de opinião como indicam os próprios autores citados pela decisão do STJ em apoio à sua conclusão: Damásio de Jesus, Magalhães Noronha e Néelson Hungria. Em resumo, em debate de assunto de interesse público, envolvendo um agente público, senador e ex-presidente da República, o STJ, sem afastar o caráter verdadeiro dos fatos, condenou o órgão de imprensa e os jornalistas em razão da emissão de uma simples opinião que, aliás, nem visava a criticar o autor. A situação do autor foi utilizada como base de comparação com a conduta do governo cuja conduta se procurou denunciar. De acordo com o STJ também deve ser considerado injúria chamar ladrão de ladrão: “A injúria não se exclui nem mesmo pela eventual adequação de termos e expressões ao destinatário. Assim são os exemplos, com que se comprazem os penalistas, como o de chamar de ladrão ao ladrão e situações semelhantes, não desfigura de palavras semelhantes”. A preferência pelo direito à honra em menosprezo do direito à liberdade de expressão também se manifestou no voto do Ministro Massami Uyeda. Seu voto pareceu entender que a crítica aos agentes públicos não pode ser a mais ampla possível, ao contrário, é preciso, segundo disse o Ministro, “ter respeito”:

Evidentemente, também aqui da tribuna foi dito que não será isso que irá enriquecer o ofendido, que é uma pessoa bem sucedida, mas também não se pode perder de vista que se trata de uma figura de projeção, que deve ter respeito, como supremo mandatário da Nação, como atual Senador da República e há que

se ter uma certa cautela, uma precaução pelos profissionais. Nós mesmos aqui, nos nossos julgamentos, temos que agir, proceder, redigir os nossos votos e proferir os nossos posicionamentos com respeito à dignidade das pessoas. Podemos até não concordar, mas isso não nos autoriza a desacatar, a ofender, a machucar e, como disse a Sra. Ministra Nancy Andrighi, ainda que uma pessoa possa ter esse escudo, representado pelo desempenho de uma função pública tornando-a figura pública conhecida, dentro dessa pessoa pulsa coração, sentimento.

O STJ também mostrou não compreender em que consiste a doutrina da malícia real adotada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Embora a ela tenha sido feita menção no voto do Ministro Ricardo Cueva, o tribunal não reconheceu a imunidade de que gozam as opiniões proferidas em assuntos de interesse público (o que era o caso sob julgamento), nem demonstrou conhecer que o “temerário desinteresse pela verdade” diz respeito ao dolo eventual em relação à falsidade dos fatos proferidos sobre o ofendido (e não opiniões, que não são verdadeiras ou falsas, mas adequadas ou inadequadas, boas ou más, a depender de quem as avalia):

Então me parece que, realmente, aqui, o fato de ser uma figura pública não pode deixar de ser levado em conta, obviamente, como bem acentuado pelo Relator, mas também não pode servir para atenuar a responsabilidade e o valor da indenização, já que, mesmo nos Estados Unidos, por exemplo, onde há critério mais rígido no tocante às pessoas públicas, o dano seria indenizável. Aqui, lembro de um voto proferido em um caso recente, nesta Terceira Turma, em que se demonstrou que a jurisprudência norte-americana exige que, em se tratando de figuras públicas, haja, pelo menos, um critério de desrespeito temerário à reputação dessa pessoa para que se caracterize a responsabilidade civil. Quer dizer, mesmo que se use esse critério mais elevado, do desrespeito temerário, parece que aqui ele se concretiza, que foi ultrapassada essa barreira.

A expressão “desrespeito temerário à reputação” nada significa para a doutrina da malícia real. O temerário desinteresse sobre a verdade do fato afirmado, por sua vez, é critério para caracterização do dolo eventual, dolo que deve ser analisado como vontade, não simplesmente de fazer uma declaração, mas de fazer uma declaração falsa. A doutrina da malícia real procura apurar o dolo em relação à falsidade do fato afirmado, o dolo de mentir, de proferir uma declaração falsa, uma mentira deliberada. Não o dolo em relação à própria declaração ou em relação ao caráter difamatório do fato afirmado. Para majorar a verba indenizatória, o STJ voltou a condenar a emissão de opiniões, não considerando sequer que o jornalista as proferiu a fim de tratar de assunto de

interesse público e da conduta de agentes públicos. Para o tribunal, importava era punir a ‘injúria’: “No caso, o desestímulo ao tipo de ofensa, juridicamente catalogada como injúria, deve ser enfatizado. Não importa quem seja o ofendido, o sistema jurídico reprova sejam-lhe dirigidos qualificativos pessoais ofensivos à honra e à dignidade. Qualificativos ofensivos, epítetos, apodos, zombarias, dirigidos a quem quer que seja configuram injúria. A linguagem oferece larga margem de variantes para externar a crítica ou o reproche pessoal sem o uso de palavras e expressões ofensivas. Sem dúvida, podia ter sido evitada a expressão ‘corrupto desvairado’ lançada contra o ora Recorrente, ainda que se externasse a consideração negativa que o atingiu”. Cabe mencionar, ainda, que, em recurso de embargos de declaração opostos pelos réus, ficou claro que o valor da condenação, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), foi alcançado como um valor médio, uma vez que a Ministra Nancy Andrichi e os Ministros Ricardo Cueva e Massami Uyeda haviam proposto fixar a indenização em favor de Fernando Collor em um milhão de reais!²⁸⁹ Por fim, um posterior recurso extraordinário interposto pela revista Veja, embora admitido pelo STJ, foi negado pelo STF que considerou inexistir repercussão geral.

– Recurso Especial nº 1.169.337 – SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão e julgado pela 4ª Turma (decisão por unanimidade):

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA LESIVA À HONRA DO AUTOR. ADVERSÁRIO POLÍTICO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DECLARAÇÕES DO RÉU QUE TRANSBORDAM OS LIMITES DO DIREITO DE CRÍTICA. ABUSO DO DIREITO. DANO MORAL CONFIGURADO. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. O litígio revela, em certa medida, colisão entre dois direitos fundamentais, consagrados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na legislação infraconstitucional, como o direito à livre manifestação do pensamento, de um lado, e a tutela dos direitos da personalidade, como a imagem e a honra, de outro.
2. Embora seja livre a manifestação do pensamento - mormente em épocas

²⁸⁹ Embargos de Declaração na Petição no Recurso Especial nº 1.120.971 – RJ: “Na Sessão de Julgamento, sugerido, pelo voto do Relator, valor entre R\$ 100.000,00 e R\$ 150.000,00, seguiu-se debate, em que os E. Ministros NANCY ANDRIGHI, MASSAMI UYEDA e VILLAS BÔAS CUEVA compuseram a D. maioria, lembrando casos semelhantes, relativos a indenização por dano moral causado a ocupantes de elevados cargos na vida pública, e fixaram o valor de R\$1.000.000,00. O voto do Relator, acompanhado pelo voto do E. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, fixou-se no valor de R\$ 150.000. Consolidou-se, ao final, no voto da D. Maioria, o valor em R\$ 500.000,00, que foi proclamado”.

eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, especialmente para formação da convicção do eleitorado -, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento. São os direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. A liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano; o exercício do direito de forma anormal ou irregular deve sofrer reprimenda do ordenamento jurídico.

4. No caso, o que se extrai da leitura dos excertos é, em suma, que o réu teria realizado diretamente condutas ligadas a atos de improbidade administrativa e mau uso de dinheiro público, seja ao custear viagem de membros do Ministério Público à Suíça na busca de contas bancárias do recorrido, seja por superfaturar obra pública do Estado, inclusive cometendo atos tipificados como crime, unicamente com o suposto fim de perseguir o demandado. Salta aos olhos, portanto, que não se trata de 'simples manifestação do seu pensamento e do exercício de seu legítimo direito de crítica', como pretende demonstrar. Ao reverso, pelo que se depreende, houve deliberada intenção de ofender a honra e imagem do Governador do Estado de São Paulo, declaradamente adversário político do reclamado, e que na época disputava as eleições para o mais alto cargo do Poder Executivo bandeirante, imputando a ele a pecha de pessoa afeta ao cometimento de ilícitos penais e administrativos.

5. Recurso especial provido.

Trata-se de recurso especial interposto no curso do processo em que são partes como autor o governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin e o como réu o deputado federal Paulo Maluf. O autor alegou que a seguinte passagem de uma nota divulgada à imprensa pelo réu implicou violação de sua honra:

Desta vez, com a agravante de a viagem de todos àquele país ser paga com dinheiro dos cofres públicos, o que caracteriza ato de improbidade administrativa, que envolve e compromete diretamente o governador Geraldo Alckmin. A viagem foi custeada pelo tesouro do Estado.

A mesma velocidade de investigação não existe para encontrar eventuais crimes que teriam sido praticados pelo Governador Geraldo Alckmin no superfaturamento de 80% das obras do Rodoanel.

A nota à imprensa publicada pelo réu fez-se em um contexto em que ele procurava apresentar defesa contra as acusações que lhe eram feitas e criticava as investigações, comparando-as com as que se dirigiam ao governador do estado em relação ao superfaturamento de obras públicas. O Tribunal de Justiça de São Paulo, dando provimento ao recurso do réu, julgou improcedente o pedido, reconhecendo seu direito à livre manifestação do pensamento:

O conteúdo da nota 5 veiculada não diz respeito diretamente ao autor, tendo ocorrido divulgação segundo o interesse comum, limitada a emissão de opinião sobre a forma e celeridade com que as investigações estavam sendo realizadas. Aliás, conforme se vê nas notícias que instruíram a contestação, é notória a existência de denúncias sobre supostas alterações no projeto original e superfaturamento dos custos das obras do Rodoanel, iniciadas no governo de Mário Covas, do qual o autor foi vice-governador, e também realizadas durante o mandato do apelado. Ao comparar a diferente celeridade de investigação de dois fatos de interesse público, envolvendo obras de duas conhecidas personalidades de nossa atualidade política, o apelante apenas exerceu seu direito de crítica, não extrapolando os limites da liberdade de manifestação garantida pela Constituição Federal. No que tange à menção a ato de improbidade administrativa relacionado com a viagem mencionada, pelo que se observa na nota, há mera ilação de que se trataria de gasto com dinheiro do erário público estadual, do qual o apelado é responsável, ainda que indiretamente, não obstante a independência do Ministério Público, pois este é parte do Poder Executivo chefiado pelo Governador do Estado. Assim, não caracterizado dolo ou abuso no seu direito de liberdade de manifestação, é de rigor a improcedência da ação.

O recorrente alegou violação ao art. 159 do Código Civil e ao art. 49, I da Lei de Imprensa (já revogada). O STJ deu provimento ao recurso especial interposto pelo governador do Estado de São Paulo para condenar o réu Paulo Maluf ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Os fatos envolviam um agente público, governador do estado, e uma figura pública, ex-prefeito do Município de São Paulo e político que não estava no exercício de mandato eletivo. Os assuntos em debate eram de interesse público: investigações da conduta de autoridades, superfaturamento de obras públicas e acusação de improbidade administrativa. Segundo apontou o STJ não havia controvérsia quanto à veracidade das declarações: “De plano, é de notar que não há nenhuma insurgência contra a veracidade e autoria das declarações”. No acórdão do STJ, porém, não fica bem esclarecido se as declarações foram consideradas verdadeiras por seu conteúdo, ou seja, por serem verdadeiros os fatos afirmados ou apenas pela sua existência: as declarações que o autor considerou difamatórias foram realmente proferidas pelo réu. Verifica-se, de qualquer forma, que, mesmo sendo declarações a respeito de assunto de interesse público e formuladas por uma figura pública contra um agente público, nada se apurou quanto à possível falsidade dos fatos afirmados ou quanto ao dolo do réu. Ao STJ, as declarações pareceram ‘ofensivas’ e isso foi o suficiente para restringir a liberdade de expressão (melhor andou o Tribunal de Justiça de São Paulo, que

entendeu que o réu se limitou a, com amparo na lei, emitir opinião e a criticar o autor). Segundo o STJ, a crítica aos agentes públicos não pode ser “abusiva”:

É de ressaltar, por oportuno, que as pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. Por exemplo, os ‘famosos’ devem estar acostumados à ‘bisbilhotagem’ da sociedade. No entanto, o limite para a informação ou expressão de manifestação é o da honra da pessoa atingida. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas, levianas e injuriosas – embora possam ser ácidas –, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. (...) Penso que na hipótese houve verdadeiro abuso do direito de ‘criticar’, sendo de inteira responsabilidade do réu o excesso cometido. De fato, a liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano; o exercício do direito de forma anormal ou irregular deve sofrer reprimenda do ordenamento jurídico.

A análise dos fundamentos da decisão do STJ permite dizer que não existe qualquer critério para verificar em que condições é possível ao cidadão fazer uma crítica à conduta da autoridade pública. O STJ assenta que o limite da crítica é a honra da autoridade. Mas não enuncia os critérios em que se deve ou não considerar a honra violada. Se as declarações, mesmo difamatórias, são todas verdadeiras, ou seja, se todos os fatos afirmados são verdadeiros, a honra da autoridade estará violada? E se, mesmo falsos os fatos ou com algumas imprecisões não relevantes no contexto (por exemplo: as obras foram superfaturadas em 30% e não em 40% do custo original), as declarações são proferidas sem dolo do réu, acreditando que seriam verdadeiros e sem o conhecimento da falsidade, estará violada a honra da autoridade? O STJ não esclarece. A verdade é que fica tudo ao arbítrio do ministro relator que, caso a caso, vai resolvendo se a honra foi ou não foi violada, se houve ou não ofensa e se a crítica é ou não abusiva. Não há critérios objetivos mínimos a guiar o cidadão que pretende criticar uma autoridade pública. Em que condições é possível livremente criticar um agente público sem correr o risco de sofrer posterior condenação e ficar obrigado a pagar indenização? A jurisprudência do STJ não responde. O caso em análise é interessante porque a sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, o tribunal estadual deu provimento ao recurso de apelação para julgar improcedente o pedido e o STJ, por sua vez, deu provimento

ao recurso especial para julgar procedente o pedido. Isso indica que não há critério (minimamente) objetivo para solução do conflito entre a liberdade de expressão e a honra no direito brasileiro. Pode-se até dizer – em uma consideração extrema – que, em um caso como o da espécie, a adoção de um sistema de ‘loteria judicial’ seria mais adequado para resolver a controvérsia. Proposta a ação, as partes lançariam os dados para definir quem deve ser o vencedor. Os resultados não seriam muito diferentes dos que se alcançam atualmente e o custo seria infinitamente menor. No ordenamento jurídico brasileiro, para vencer uma demanda fundamentando-se no direito à liberdade de expressão, é preciso, antes de tudo, sorte. O argumento é extremo, evidentemente. O que aqui se advoga é o estabelecimento de critérios objetivos mínimos para a proteção da liberdade de expressão.

– Recurso Especial nº 1.216.385 – GO, Recurso Especial nº 1.331.098 – GO e Recurso Especial nº 1.374.177 – GO, relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão e julgados pela 4ª Turma (decisões unânimes):

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA EM ENCARTE QUE IRROGA A DEPUTADO FEDERAL A PECHA DE MENSALEIRO. INFORMAÇÃO QUE SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. Embora a proteção da atividade informativa extraída diretamente da Constituição garanta a liberdade de ‘expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’ (art. 5º, inciso IX), também se encontra constitucionalmente protegida a inviolabilidade da ‘intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’ (art. 5º, inciso X).

2. Nesse passo, apesar do direito à informação e à liberdade de expressão serem resguardados constitucionalmente – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado –, tais direitos não são absolutos. Ao contrário, encontram rédeas necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade. Tal dever, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. Não se exigindo, contudo, prova inequívoca da má-fé da publicação.

4. No caso em julgamento, é fato público e noticiado pela mídia que o Deputado Federal Sandro Mabel foi absolvido de qualquer envolvimento no escândalo ‘mensalão’ pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados em novembro de 2005, quase um ano antes do material veiculado pela recorrida no final de 2006. Tampouco foi denunciado pelo Ministério Público na propalada ação penal que tramita no Supremo Tribunal Federal, sequer foi indiciado.

5. O fundamento do acórdão estadual de que não houve intenção da recorrida de ofender a honra e a moral do autor é descabido. Para ensejar indenizações do jaez desta que se ora persegue, não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação. Do contrário, equivaleria a prescrever a tais situações a produção de prova diabólica, improvável de ser produzida.

6. Nos termos do art. 944 do CC a indenização mede-se pela extensão do dano. Atentando-se às peculiaridades do caso, especialmente que não se mostra evidente e estreme de dúvidas que a capacidade financeira da ora recorrida seja elevada; que a tiragem do jornal (5 mil exemplares) não é tão expressiva se considerarmos que a pessoa noticiada é pública e tem imagem estabelecida em âmbito nacional; que, por outro lado, a condenação, no caso, é independente da investigação da intensidade da culpa/dolo do agente, afigura-se-me razoável o arbitramento da indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

7. Recurso especial parcialmente provido.

(Recurso Especial nº 1.216.385 – GO, referente à ação em que foi réu a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade. Semelhantes ementas foram elaboradas para os acórdãos proferidos no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.331.098 – GO e 1.374.177 – GO, em que foram recorrentes Globo Comunicações e Participações Ltda. e S.A. Correio Braziliense)

Os fatos diziam respeito a reportagens publicadas em vários meios de comunicação social sobre o envolvimento do Deputado Federal Sandro Antônio Scodro, conhecido no meio político como Sandro Mabel, no episódio conhecido como ‘escândalo do mensalão’. As reportagens ou noticiavam que o autor estava envolvido no episódio ou atribuíam a ele a condição de ‘mensaleiro’. O autor alegava violação à sua honra, sustentando que a sua participação no episódio foi afastada, uma vez que fora absolvido das acusações pela Comissão de Ética da Câmara dos Deputados, bem como que não fora denunciado pelo Ministério Público Federal. O autor propôs uma série de ações contra vários veículos de comunicação e as decisões recorridas foram proferidas pelo Tribunal de Justiça de Goiás. O STJ, ao apreciar os recursos especiais, deu-lhes ou negou-lhes provimento sempre para reconhecer violada a honra do autor e condenar os réus ao pagamento de indenização por dano moral. Da fundamentação do acórdão, embora o STJ tenha proclamado (sempre em sentido retórico) a importância do direito à liberdade de expressão, assentando inclusive certa compreensão com a imprecisão dos fatos contidos nas informações publicadas (“O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve

consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas”), fez valer, em todos os casos, seu entendimento no sentido de que o direito à honra, quando em conflito com a liberdade de expressão, deve ter um valor preferencial:

apesar do direito à informação e à liberdade de expressão serem resguardados constitucionalmente – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado –, tais direitos não são absolutos. Ao contrário, encontram rédeas necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, o direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade.

No julgamento desses recursos, o STJ fez referência mais uma vez à doutrina da malícia real e, novamente, pareceu não a compreender em seu exato sentido. Ademais, entendeu-a inadequada ao direito brasileiro:

Quanto à fundamentação traçada pelo Tribunal de origem, no sentido de que não houve intenção do veículo de comunicação de ofender a honra e a moral do autor, conforme ressaltei no Recurso Especial n. 680.794-PR, para ensejar indenizações do jaez desta que se ora persegue, não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação, à semelhança do que ocorrera na jurisprudência norte-americana, sobretudo na década de 80, quando vicejou a doutrina da *actual malice*, ou a chamada Regra New York Times, nascida originalmente em 1964, no marcante caso *New York Times Co. vs Sullivan*, julgado no Estado do Alabama.

Essa doutrina afirma que a pessoa atingida em sua honra com notícia difamatória “só teria seu interesse protegido caso pudesse demonstrar que a afirmação fora feita com intenção maliciosa (*actual malice*), entendendo-se com isso conhecimento efetivo da falsidade da afirmação infamante ou, pelo menos, um desconhecimento culposo (negligente)” (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. Revista dos Tribunais, ano 6 – no 23 – Abril-julho de 1998, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, IBDC, pp. 24/29).

A tanto, porém, não devemos chegar, porquanto a fórmula não se adequa ao sistema jurídico pátrio.

De fato, a premissa da *actual malice* pode consubstanciar-se, no mais das vezes, em exigência de prova diabólica, improvável de ser produzida, notadamente porque perquirições acerca de conhecimento prévio da falsidade (*knowledge of falsity*), ainda que verificado um agir grosseiro (*reckless disregard*), arvoram-se em recintos impenetráveis da subjetividade humana, o que é incompatível com o sistema processual brasileiro.

Como já se afirmou algumas vezes ao longo deste trabalho, a doutrina da malícia real exige sempre o dolo direto (conhecimento da falsidade ou *knowledge of falsity*) ou eventual (temerário desinteresse ou *reckless disregard*), mas sempre o dolo na apuração da conduta do réu, ou seja, daquele que, manifestando o seu pensamento, é demandado em ação indenizatória. E esse dolo não está vinculado ao proferir ou não proferir uma declaração. Porque a declaração em si (ou seja, unicamente considerada) será sempre proferida com a vontade de se pronunciar, de manifestar o pensamento. O dolo está vinculado a proferir a declaração com o conhecimento de sua falsidade, isto é, da falsidade do fato afirmado, o que caracteriza o dolo direto, ou com temerário desinteresse pela veracidade ou falsidade do fato, ou seja, conhecendo a provável falsidade do fato, assumir o risco, mesmo assim, de proferir uma declaração falsa e difamatória. As dificuldades referentes à produção da prova, por sua vez, não devem justificar o não acolhimento da doutrina da malícia real. Evidentemente, para que seja demonstrado o conhecimento da falsidade, é necessário que o autor dirija a produção da prova aos fatos envolvendo a atividade de apuração da notícia desenvolvida pelo réu. Isso porque se faz necessário comprovar que o réu tinha conhecimento da falsidade. A apuração do dolo do réu nada tem de impossível e de diverso do que ocorre em qualquer outro processo em que é necessária a comprovação de dolo para a imposição da responsabilidade penal ou civil. E também não difere de uma atividade probatória necessária à apuração da culpa. É, aliás, prática corriqueira nas instruções penais. O STJ afirma que a comprovação do dolo consistente na afirmação de fato falso com o conhecimento da falsidade seria “incompatível com o sistema processual brasileiro”, mas não explica por que. Não deve o dolo ser comprovado no julgamento dos crimes contra a honra? Em qualquer hipótese de verificação de responsabilidade penal ou civil, salvo se objetiva, o juiz não pode se furtar a avaliar a vontade e a intenção do réu, adentrando nos “recintos (...) da subjetividade humana”. É ônus das partes comprovar o dolo como vontade livre e consciente do réu ou a culpa como inobservância de um dever objetivo de cuidado e é dever do juiz o exame da prova produzida. É certo que a doutrina da malícia real torna mais difícil a imposição de penas aos jornalistas e aos cidadãos em geral, mas sua finalidade é essa mesma porque a posição preferencial da liberdade de expressão significa melhor proteger o debate dos assuntos de interesse público, essenciais para a sobrevivência da

sociedade democrática. Quando em jogo interesses puramente privados, a doutrina não se aplica, valendo as regras do direito comum. O problema referente à produção da prova também surgiu no direito norte-americano e a Suprema Corte enfrentou a questão no julgamento do caso *Herbert v. Lando*, em que, reafirmando a doutrina da malícia real, possibilitou ao autor o mais amplo acesso à produção de provas, inclusive para autorizar o autor, se necessário, a adentrar no processo editorial dos órgãos de comunicação:

Quando um membro da imprensa é acusado de circular afirmações falsas e danosas e processado por violação à reputação, não existe privilégio no campo das garantias das liberdades de imprensa e expressão previstas pela Primeira Emenda de impedir o autor de fazer perguntas aos responsáveis pela publicação sobre o processo editorial quando os depoimentos se destinam a produzir provas dos elementos da causa de pedir do autor da ação.²⁹⁰

– Recurso Especial nº 1.328.914 – DF, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado pela 3ª Turma (decisão por unanimidade):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÕES EM BLOG DE JORNALISTA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA. ABUSOS OU EXCESSOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 186, 187 e 927 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 09.10.2007. Recurso especial concluso ao Gabinete em 03.06.2013.
2. Discussão acerca da potencialidade ofensiva de publicações em blog de jornalista, que aponta envolvimento de ex-senador da República com atividades ilícitas, além de atribuir-lhe as qualificações de mentiroso, patife, corrupto, pervertido, depravado, velhaco, pusilânime, covarde.
3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.
4. Em se tratando de questões políticas, e de pessoa pública, como o é um Senador da República, é natural que haja exposição à opinião e crítica dos cidadãos, da imprensa. Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais. O exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas – o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores.
5. Ao contrário do que entenderam o Juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem, convém não esquecer que pessoas públicas e notórias não deixam, só por isso, de ter o resguardo de direitos da personalidade.
6. Caracterizada a ocorrência do ato ilícito, que se traduz no ato de atribuir a alguém qualificações pejorativas e xingamentos, dos danos morais e do nexo de

²⁹⁰ *Herber v. Lando*, 441 U.S. 153

causalidade, é de ser reformado o acórdão recorrido para julgar procedente o pedido de compensação por danos morais.

7. Recurso especial provido.

Os fatos envolviam a publicação de postagem no blog do jornalista Ricardo Noblat, em 5 de outubro de 2007, de comentário crítico a atos do Senador Renan Calheiros, que exercia a presidência do Senado Federal. Renan acabara de afastar da condição de membros da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania os senadores Pedro Simon e Jarbas Vasconcelos, nomeando senadores que, segundo o jornalista, lhe seriam “clientes de favores e servos fiéis”. Eis o teor da postagem:

O que fez Renan. E o que ele é

Debrucei-me durante a madrugada sobre um volume puído do dicionário do Aurélio à procura de uma palavra que definisse com razoável precisão o ato de Renan Calheiros de defenestrar da Comissão de Constituição e Justiça do Senado seus colegas Pedro Simon (RS) e Jarbas Vasconcelos – ambos fundadores do PMDB. O lugar deles será ocupado por Almeida Lima (SE) e Paulo Duque (RJ), clientes de favores e servos fiéis de Renan.

Sim, porque foi Renan que decidiu substituir Simon e Jarbas. Ou vocês duvidam que ele segue mandando em quase todos os senadores do PMDB e em senadores de outros partidos reféns dos seus dossiês? Por acaso Valdir Raupp (RO), líder do partido e executor da ordem contra Simon e Jarbas, é algo além de um reles tarefeiro de Renan – assim como tarefeiro e reles é também Leomar Quintanilha (TO), presidente do Conselho de Ética do Senado?

Pensei em classificar o ato de Renan de *deboche*. Deboche com a minha, com a sua e com a cara de todo mundo. Afinal, Simon e Jarbas são tidos por correligionários e adversários como exemplos de políticos corretos, decentes. E a Comissão de Constituição e Justiça, presidida por outro político correto e decente, Marco Maciel (DEM-PE), é a mais importante Comissão do Senado. Por isso mesmo costuma acolher o que os partidos têm de melhor.

Deboche quer dizer *devassidão*, *libertinagem*. Creio que está aquém do verdadeiro significado do gesto de Renan.

Então me detive na palavra *escárnio*. Gosto dela. É sonora, insolente, redonda. Sempre que posso eu a uso, principalmente quando estou indignado com alguma coisa. Para pronunciá-la, é preciso abrir os lábios e mostrar os dentes com expressão de cólera ou de riso – no caso em exame, de cólera. Ocorre que *escárnio* parece ser uma palavra mais pesada do que de fato é. Nem de longe corresponde aos seus sinônimos mais usuais.

Escárnio quer dizer *menosprezo*, *zombaria*, *desdém*. É pouco para caracterizar o que fez Renan.

De pronto, desprezei a palavra *pequenez*. Convenhamos, é fraquíssima. Não está à altura da façanha de Renan. Pela mesma razão passei ao largo de *descabido*. Que apenas quer dizer *inconveniente*, *impróprio*, *inoportuno*. Por comum, vulgar, não perdi tempo com *sem-vergonha*. Vi-me tentado, confesso, a trocá-la por *sem pudor*, *sem brio* – mas esses são termos que soam elegantes, digamos assim. Renan não merece ser associado a eles.

Esbarrei na palavra *reles*. Sem dúvida, a decisão tomada por Renan foi *ordinária*, *vil*, *reles*. Mas se vocês se derem ao trabalho de voltar ao início desta nota verão

que tachei de *reles* os senadores Raupp e Quintanilha. Não me agrada repetir palavras quando posso me socorrer de outras. Tanto mais em ocasiões em que me sinto à vontade para escrever sem pressa. O português é uma língua riquíssima. Por que não desfrutarmos de sua riqueza?

Quando adolescente, descobri a expressão *rés-do-chão* em um romance francês. No início do século XIX, um dos personagens do romance levava vida modesta ao *rés-do-chão* de um pardieiro em Paris. Estamos de acordo que o Senado está sendo empurrado por Renan para o andar térreo mais enlameado de sua história, não estamos? Mas o que isso tem a ver com o golpe aplicado por Renan em Simon e Jarbas? Tudo, ora.

Do *rés-do-chão* onde se encontra, e para onde procura atrair seus colegas, Renan cometeu uma *patifaria* – mais uma. Alvíssaras! Imagino finalmente ter encontrado a palavra certa para definir a ação de Renan - *patifaria*. Autor de *patifaria* é *patife*. E *patife* quer dizer *velhaco*, *pusilânime* ou *covarde*, alguém capaz de mandar todos os escrúpulos às favas para alcançar seus objetivos por quaisquer meios – de preferência os ilícitos.

O irônico é que quanto mais forte Renan parece estar, mais fraco se revela. Não se arrisca a passear na rua ou a frequentar shoppings. Não tem peito de voar em avião comercial. Vive cercado de seguranças na residência oficial do presidente do Senado. A essa altura, depois de manipular a maioria dos seus pares e o governo nos últimos cinco meses, é um político *desmoralizado*. Que quer dizer, segundo Aurélio, *desacreditado*, *estragado*, *pervertido*, *depravado* ou *corrupto*.

O pedido formulado na ação proposta pelo senador contra o jornalista foi julgado improcedente em ambas as instâncias da Justiça do Distrito Federal. Entendera o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que:

A matéria jornalística, mesmo de conteúdo sarcástico, divulgada no exercício do direito-dever inerente à profissão, não ofende a honra do indivíduo se não resta comprovado o abuso ou má-fé com o propósito de atingir a dignidade ou difamar o apelante, ainda mais quando somente reproduzindo o que era largamente veiculado por outros meios de comunicação, e fazendo críticas coerentes com o momento político vivido. (...) Ocupando o Autor posição de Homem Público e sendo certo que a época dos fatos era alvo dos noticiários nacionais e de duras críticas por parte da imprensa como um todo, inescusável que seus atos fiquem expostos ao controle e apreciação da sociedade.

O recurso especial foi interposto pelo autor, alegando violação aos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Não consta que tenha sido interposto recurso extraordinário. O STJ não concordou com os fundamentos do acórdão recorrido e deu provimento ao recurso especial para condenar o jornalista a pagar ao senador a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por dano moral. Curiosíssima é a fundamentação do acórdão que, ao admitir o recurso especial para verificar se houve violação ao art. 186 do Código Civil, reconhece que se trata na verdade de controvérsia constitucional para a qual, acrescente-se, seria competente o Supremo Tribunal Federal:

(...) verifica-se que a controvérsia tem como pano de fundo um conflito de direitos constitucionalmente assegurados: enquanto a atividade do recorrente está pautada pelo direito à liberdade de informação (art. 220, § 1º, da CF/88), o recorrido invoca o direito à sua honra e reputação, visando à compensação por danos morais que alega ter sofrido (art. 5º, X, da CF/88).

No julgamento do recurso especial, o STJ entendeu que, embora os fatos fossem verdadeiros e tivessem sido noticiados por diversos outros meios de comunicação (“o recorrido [o jornalista], pelo menos na maior parte das publicações de seu blog, foi diligente na divulgação das informações, não atuando com abuso ou excessos”), o jornalista Ricardo Noblat não tinha direito a emitir sua opinião a respeito da conduta do Senador Renan Calheiros. O tribunal considerou ilegal a seguinte passagem da postagem do jornalista: “Imagino finalmente ter encontrado a palavra certa para definir a ação de Renan - patifaria. Autor de patifaria é patife. E patife quer dizer velhaco, pusilânime ou covarde, alguém capaz de mandar todos os escrúpulos às favas para alcançar seus objetivos por quaisquer meios - de preferência os ilícitos. (...) A essa altura, depois de manipular a maioria dos seus pares e o governo nos últimos cinco meses, é um político desmoralizado. Que quer dizer, segundo Aurélio, desacreditado, estragado, pervertido, depravado ou corrupto”. O contexto da postagem no blog demonstra claramente que o jornalista, baseando-se em fatos verdadeiros, fez uma crítica veemente à conduta do presidente do Senado Federal, emitindo suas opiniões a respeito do episódio. Ainda que se alguns adjetivos possam ser tomados como insultos, o jornalista não publicou qualquer fato que não fosse verdadeiro sobre o agente público. Nessa decisão nota-se mais uma vez que o STJ não compreendeu o real significado da doutrina da malícia real. Esta, vale reiterar, proíbe que o cidadão ou o jornalista, em debate de assuntos de interesse público, faça, dolosamente, uma declaração de fato difamatório e falso. Em assunto de interesse público, como a que envolve a conduta de chefe de um dos poderes da República, a emissão de opinião, mesmo que esta constitua um insulto, deve gozar de imunidade absoluta e está protegida pelo direito constitucional à liberdade de expressão. O julgamento do STJ, porém, passa longe desses fundamentos. Segundo o tribunal, o réu, ao chamar o autor de patife ou de um político desmoralizado, deixou “patente [seu] interesse de lesionar moralmente o requerente por meio de injúria”. Na verdade, o STJ, em certo sentido, inverte as

razões que justificam a crítica aos agentes públicos detentores de cargos eletivos para dizer que, porque justamente disputam os cargos eletivos, tem especial interesse em ter a sua honra protegida:

Em se tratando de questões políticas, e de pessoa pública, como o é um senador da República, é natural que haja exposição à opinião e crítica dos cidadãos, da imprensa. Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais. O exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas – o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores. Na hipótese, não se tratou apenas de divulgação de fatos ou investigações sobre as condutas do recorrente, mas de xingamentos, cuja reprovabilidade é evidente. Deve-se lembrar que a garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de compensação pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5º, V e X, da CF. Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação e de utilização de determinados termos para se referir a alguém.

Embora tenha resolvido a questão sob a perspectiva constitucional (como, aliás, deve ser mesmo o caso, mas a questão constitucional deveria ser resolvida em sede de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal), o STJ reconheceu o direito fundamental à liberdade de expressão apenas de forma retórica. Direito de manifestar o pensamento que, segundo o STJ, deve ceder em face da honra, mesmo em se tratando de crítica a agente detentor de cargo eletivo e mesmo que todos os fatos afirmados sejam reconhecidamente verdadeiros.

– Recurso Especial nº 1.334.357 – SP, relatado pelo Ministro Ricardo Cueva e julgado pela 3ª Turma (decisão por unanimidade):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. SÚMULA Nº 227/STJ. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CAPACIDADE PROCESSUAL. OFENSA À HONRA OBJETIVA DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E CRÍTICA. ENTREVISTA CONCEDIDA POR MÉDICO PSIQUIATRA. QUESTIONAMENTO ACERCA DA POTENCIAL INFLUÊNCIA DO ABUSO DE DROGAS NA PRÁTICA DE CRIME DE HOMICÍDIO. AFIRMAÇÃO DO ENTREVISTADO DE QUE A CONDUTA DE INSTITUIÇÃO AUTORA É PERMISSIVA E INCENTIVADORA DO USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MONTANTE INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE.

REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA No 7/STJ. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVO DA LEI DE IMPRENSA. NÃO CONHECIMENTO. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Ação indenizatória, por danos morais, movida por instituição de ensino superior de renome, a quem foi atribuída pelo réu, em entrevista concedida à emissora de rádio, parcela de responsabilidade pelo crime, de grande repercussão nacional, que vitimou o casal Richtofen.
2. Entrevistado que, ao ser questionado sobre a potencial influência das drogas nos desígnios homicidas dos jovens responsáveis pelo crime, desvia-se do que lhe foi perguntado e passa a tecer considerações desabonadoras a respeito de suposto comportamento permissivo e incentivador do uso de determinada droga por parte da instituição de ensino superior autora da demanda.
3. A pessoa jurídica, por ser titular de honra objetiva, faz jus à proteção de sua imagem, seu bom nome e sua credibilidade. Por tal motivo, quando os referidos bens jurídicos forem atingidos pela prática de ato ilícito, surge o potencial dever de indenizar (Súmula no 227/STJ).
4. A garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento não é absoluta. Seu exercício encontra limite no dever de respeito aos demais direitos e garantias fundamentais também protegidos, dentre os quais destaca-se a inviolabilidade da honras pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral provocado.
5. As afirmações de que a instituição de ensino recorrida tem ‘a ideologia de favorecer o uso da maconha’, consubstanciando-se em um ‘antro da maconha’, evidenciam a existência do ânimo do recorrente de simplesmente ofender, comportamento ilícito que enseja, no caso vertente, o dever de indenizar.
6. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula no 7/STJ, tem reduzido o montante fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando abusivo, circunstância inexistente no presente caso, em que não se pode afirmar excessivo o arbitramento da indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) diante das especificidades do caso concreto.
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

Os fatos tratados nesse recurso especial envolviam uma entrevista concedida pelo médico Içami Tiba à Rádio Eldorado de São Paulo sobre a influência das drogas no cometimento de crimes. Na época, estava em destaque no noticiário nacional o crime de homicídio contra o casal Richtofen. A autora da ação foi a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, que se insurgiu contra o seguinte trecho da entrevista em que o recorrido foi perguntado sobre a influência das drogas sobre o comportamento dos autores do crime contra o casal Richtofen:

Sem dúvidas que houve. O pessoal principalmente a PUC, ela tem uma ideologia de favorecer o uso da maconha. A PUC é um antro de maconha. Os alunos que vão lá já sabem disso, até os corredores têm os ‘fumódromos’, os bares em volta fumam maconha (*sic*) sobre os olhos grossos da própria Diretoria da PUC.

Então, todo mundo sabe, quem vai para PUC pode fumar maconha lá dentro que não lhe acontece nada.

Acontece que lá é um núcleo inteligente, então começam também defender,

começam combater como se fosse assim, a maconha é menos mal que o álcool, menos mal que o cigarro e aí ficam fazendo a apologia do menos mal. Então é como se dissesse, então gente vamos estuprar que é menos grave do que matar.

O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o médico Içami Tiba ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00. No que diz respeito ao conflito entre a honra e a liberdade de expressão (o recorrente também suscitou questões processuais) o recurso especial foi interposto alegando violação aos artigos 159 e 160, I do Código Civil de 1916 e 27, I da Lei de Imprensa. O STF não conheceu do recurso extraordinário interposto pelo réu. O STJ negou provimento ao recurso especial. Quanto ao valor da indenização arbitrada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o STJ considerou-a até módica: “Em verdade, o referido montante indenizatório se revela até módico, haja vista a gravidade das acusações promovidas pelo recorrente em desfavor da instituição de ensino recorrida. Sua eventual majoração é obstada pelo fato de não ter havido interposição de recurso com esse propósito pela parte ofendida”. Cabe observar que a demanda envolve como autora uma instituição de ensino superior, a PUC-SP, que, por desempenhar serviço público federal, pode ser considerada como pessoa jurídica equivalente a agente público. O réu é uma figura pública na medida em que, em razão de sua atividade, participa do debate de temas de interesse público ligados ao comportamento humano e à educação de crianças e adolescentes, procurando influenciar na solução dessas controvérsias. É autor de diversos livros sobre o assunto e, na condição de médico do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, pode mesmo ser considerado agente público, embora os fatos sob julgamento não dissessem respeito especificamente a nenhum ato praticado no desempenho de suas funções como servidor público estadual. Na espécie, porém, mesmo que as ambas as partes fossem consideradas particulares, a solução do caso pela improcedência total do pedido sob o enfoque da doutrina da malícia real não seria diverso. Isso porque não são substancialmente falsos os fatos afirmados pelo réu (não cabendo então perquirir quanto ao dolo ou à culpa na afirmação de fato falso), tal como registrou o acórdão recorrido: “(...) como já referido, o que restou evidenciado é que, conquanto haja utilização de *canabis sativa* nas dependências da universidade e a política de repressão e orientação praticada pela autora seja insuficiente, não há qualquer favorecimento da utilização da mencionada droga”. Pelo que se depreende do acórdão do tribunal

estadual, ficou comprovado que havia consumo de maconha das dependências da PUC-SP e que a política de repressão e orientação da universidade era insuficiente. A afirmação do réu, embora difamatória, não era falsa. Porém, o Tribunal de Justiça de São Paulo, e também o STJ, entendeu que seria falso dizer que havia ‘favorecimento’ e ainda que a PUC-SP é um ‘antro de maconha’. Ora, as opiniões do réu, embora hiperbólicas em certo sentido, não podem ser consideradas falsas ou verdadeiras. São opiniões que devem merecer a proteção do ordenamento constitucional. Caso não houvesse consumo de maconha nas dependências da universidade ou que, havendo o consumo, também houvesse uma firme política de repressão, as opiniões do réu estariam fundadas em afirmações de fatos falsos. Não era o caso. Ao que parece, e isso ficou indicado, haveria certa tolerância da diretoria da PUC-SP quanto ao consumo de maconha em suas dependências e o réu tinha o direito de fazer a crítica a essa conduta da universidade. Não foi o que entendeu o STJ:

Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação. A liberdade para o exercício da crítica não pode ser erigida à condição de verdadeiro escudo acobertador da prática de atos irresponsáveis, sendo perfeitamente plausível que aquele que se sinta ofendido formule em juízo pretensão de obter a reparação pelos danos injustamente causados à sua imagem a partir da conduta abusiva do eventual ofensor. Cumpre estabelecer se, no caso em espécie, foi acertada a conclusão das instâncias de cognição plena quanto à configuração de excesso ofensivo na exteriorização das opiniões do recorrente.

Ao que parece, durante uma entrevista, também não é permitido ao entrevistado, segundo decidiu o STJ, exprimir livremente sua opinião sobre determinado assunto se isso implicar desvio da pergunta formulada. O entrevistado deve se ater ao que foi perguntado pelo entrevistador:

Nesse contexto, revela-se patente que o recorrente, desviando-se do que realmente havia sido perguntado pelo entrevistador, passou a emitir opinião ofensiva e genérica em desfavor da instituição de ensino ora recorrida. As afirmações de que a PUC/SP tem ‘a ideologia de favorecer o uso da maconha’, consubstanciando-se em um ‘antro da maconha’, evidenciam a existência do ânimo do recorrente de simplesmente ofender, já que a referida instituição não era sequer objeto da entrevista e nada do que se colheu das provas encartadas aos autos foi capaz de demonstrar a veracidade das agressivas manifestações expostas pelo recorrente de modo irresponsável.

A referência à PUC-SP, porém, não foi feita apartando-se do contexto do assunto debatido na medida em que uma das pessoas acusadas pelo crime (e depois condenada) era estudante da universidade. Sob o enfoque da doutrina da malícia real, aliás, sequer caberia analisar a veracidade ou falsidade da declaração ou o dolo ou culpa do réu. Isso porque uma crítica em caráter geral a um serviço público, como o prestado pela PUC-SP, não implica violação à honra de nenhuma pessoa específica ou do agente público com atribuição de comando do serviço. Menos ainda à reputação da própria instituição. O STJ entende possível, com base no enunciado nº 227 da súmula de sua jurisprudência, que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Considerando, porém, a proteção de que gozar a liberdade de expressão em qualquer democracia constitucional, deve-se cogitar da possibilidade de restringir a aplicação desse entendimento em caso de violação à reputação da pessoa jurídica, admitindo-se a condenação apenas quando verificada a ocorrência simultânea de lesão patrimonial, fixando-se indenização correspondente às perdas e danos efetivamente comprovados pela pessoa jurídica. A decisão do STJ, na forma em que proferida, não passou de censura à manifestação do pensamento do réu que, muito provavelmente, em futuras entrevistas ou pensou duas vezes ou se absteve de criticar as instituições que toleravam o consumo de drogas em suas dependências.

– Recurso Especial nº 1.414.004 – DF, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado pela 3ª Turma (decisão por unanimidade):

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. LIBERDADE DE IMPRENSA. LIMITES. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: 5º E 220 DA CF/88 E 186 E 927 DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 23.08.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 05.12.2013.

2. Recurso especial em que se discute os limites da liberdade de imprensa.

3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

4. O veículo de comunicação somente se exime de culpa quando buscar fontes fidedignas, exercendo atividade investigativa, ouvindo as diversas partes interessadas e afastando quaisquer dúvidas sérias quanto à verossimilhança do que divulgará.

5. Hipótese em julgamento na qual o comportamento do recorrente extrapolou em

muito o *animus narrandi*, tendo por escopo nodal atingir a honra e a imagem do recorrido, com o agravante de se utilizar como subterfúgio informações inverídicas, evidenciando, no mínimo, displicência do jornalista na confirmação dos fatos trazidos pela sua fonte.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

Os fatos envolviam a publicação de matéria no jornal Correio Braziliense, com o título de ‘Convescote Concorrente’, que divulgava festa ocorrida na casa do ex-deputado federal e empresário Ricardo Rique, da qual participaram vários deputados. Segundo a reportagem a festa contava com atrações próprias, sendo a “principal era um grupo de dezenas de moças que desfilavam à beira da piscina. Vestiam biquíni e uma capa de tecido transparente. Aos convidados foram apresentadas como ‘modelos do interior de São Paulo’”. Não foram nominados e identificados os deputados que participaram da festa. Quanto ao autor da ação, a reportagem informou:

Rique é um confesso amante de festas e dos prazeres da vida. Empresário, gosta de dizer que é rico. Em 2005, a CPI do Banestado descobriu que eles usaram um doleiro para remeter US\$ 300 mil ao exterior. Chamado a explicar-se, disse que o dinheiro era para pagar apostas feitas num cassino. Ano passado voltou a ter problemas. Foi acusado de envolvimento com a máfia dos sanguessugas, que desviava dinheiro destinado à compra de ambulâncias. Não conseguiu reeleger-se deputado federal. Mas voltou a Brasília em grande estilo.

A sentença condenou o jornal Correio Braziliense ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), determinando também a publicação de seu teor no caderno de política do jornal. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação apenas para afastar a obrigação de o jornal publicar a sentença em seu caderno de política. O recurso especial foi interposto pelo réu, alegando violação aos artigos 186 e 927 do Código Civil. Não consta que tenha sido interposto recurso extraordinário pelo réu. O STJ negou provimento ao recurso interposto pelo jornal Correio Braziliense e manteve a condenação que o obrigava a pagar indenização por dano moral. O STJ reitera aquela curiosa fundamentação para justificar a admissão de recurso especial para resolver questão constitucional:

(...) verifica-se que a controvérsia tem como pano de fundo um conflito de direitos constitucionalmente assegurados: enquanto a atividade do recorrente está pautada pelo direito à liberdade de informação (art. 220, § 1º, da CF/88), o

recorrido invoca o direito à sua honra e reputação, visando à compensação por danos morais que alega ter sofrido (art. 5º, X, da CF/88).

Muito embora a festa tivesse ocorrido na casa de um ex-deputado federal, tendo dela participado diversos deputados federais, o STJ entendeu que os fatos não tratavam assunto de interesse público. Segundo o acórdão

a condenação do recorrente se deu com base na constatação, pelas instâncias ordinárias, de que a matéria jornalística extrapolou os limites da liberdade de imprensa, baseando-se em fatos que se mostraram absolutamente insubsistentes, bem como desprovidos do mínimo de interesse ou utilidade pública, preponderando o nítido propósito de difamar o recorrido.

Quanto ao ônus da prova dos fatos noticiados, o STJ corroborou a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que o atribuiu ao jornal-apelante, e não ao político-apelado: “a matéria publicada conteve notas acerca do evento, cuja veracidade o autor contestou veementemente, não logrando o apelante comprová-la”. Mesmo que o jornal houvesse divulgado fatos falsos ou imprecisos (ao que parece, a festa ocorreu em um apartamento, e não em uma casa; não havia piscina no apartamento), o STJ não considerou necessário verificar se o jornalista que assinou a matéria se houve com dolo, publicando deliberadamente uma mentira:

Como se vê, o comportamento do recorrente extrapolou em muito o *animus narrandi*, tendo por escopo nodal atingir a honra e a imagem do recorrido, com o agravante de utilizar como subterfúgio informações inverídicas, evidenciando, no mínimo, displicência do jornalista na confirmação dos fatos trazidos pela sua fonte.

O ônus da prova também foi invertido e atribuído ao réu, e não ao autor. Ao STJ pareceu irrelevante a participação dos parlamentares (agentes públicos) no ‘convescote’ organizado por um ex-deputado federal, fato que não foi negado. Para o tribunal, interesse público haveria apenas se dinheiro público tivesse sido usado para custear a festa. Nesta decisão, a doutrina da malícia real (mesmo que mal compreendida pelo STJ nos julgamentos anteriores) deixou de ser um critério de julgamento, não tendo sido sequer mencionada. Recorreu-se ao sempre impreciso *animus narrandi* para decidir se a liberdade de expressão deve ou não estar protegida. Fez-se presente o padrão clássico da jurisprudência brasileira: o julgamento focado no caso concreto (e apenas naquele caso concreto), sem

qualquer preocupação de generalidade, invocando-se uma ponderação destituída de critérios, seguida de uma afirmação sobre a “displícência do jornalista” e acompanhada da análise do *animus narrandi*, seja lá o que isso possa significar em termos de definição de critérios minimamente objetivos para apurar se houve abuso do direito à liberdade de expressão.

– Recurso Especial nº 1.500.676 – DF, relatado pelo Ministro Marco Buzzi e julgado pela 4ª Turma (decisão por unanimidade):

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - MATÉRIA PUBLICADA EM BLOG NO QUAL O JORNALISTA, FAZENDO USO DE PARÓDIA DE CAMPANHA PUBLICITÁRIA DE UMA CONHECIDA OPERADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO, INDUZ O LEITOR A CRER SER O AUTOR AGENTE DE PRÁTICAS CRIMINOSAS EM RAZÃO DE PROXIMIDADE COM BANQUEIRO FLAGRADO NA OPERAÇÃO SATIAGRAHA - JUIZ DE PRIMEIRO GRAU E TRIBUNAL A QUO QUÊ, COM BASE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DOS AUTOS E FAZENDO USO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES, AFIRMAM A OCORRÊNCIA DO DANO MORAL E O CONSEQUENTE DEVER DE INDENIZAR - INSURGÊNCIA DO RÉU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Inviável a análise por esta Corte Superior de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, *ex vi* art. 102, III, da Carta Magna.

2. A liberdade de informação/comunicação não é absoluta visto que deve estar calcada na verdade (dados/fatos objetivamente apurados), e o seu exercício há de se dar com a observância do disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal que estabelece parâmetros ao exercício da liberdade de imprensa.

3. O interesse social inerente ao direito de informação não exime o jornalista de pautar-se pela verdade, dever que restou violado quando, de forma sensacionalista, fazendo uso de paródia de uma conhecida campanha publicitária de cartão de crédito, veiculou publicação em blog na rede mundial de computadores com palavras e em formato capaz, por si só, de induzir o leitor a acreditar ser o então Presidente do Supremo Tribunal Federal ‘comparsa’ de acusado de condutas criminosas flagrado na Operação Satiagraha conduzida pela Polícia Federal, embora inexistissem elementos fidedignos aptos a justificarem tal acusação.

4. Para o acolhimento do apelo extremo, no sentido de que o post teria sido veiculado a partir de notícias amplamente divulgadas à época e fatos considerados verídicos, seria imprescindível promover o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado no 7 da Súmula do STJ.

5. Constitui matéria unicamente de direito examinar a alegação de conter a publicação mera crítica fundada acerca da atuação profissional do autor, sem qualquer intuito de injuriar, pois exige apenas a ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva da publicação e não o reexame do acervo fático-probatório dos autos. Publicação que extrapola os limites meramente

informativos e opinativos do ofício jornalístico, acarretando ofensa à honra e imagem do autor, pois, em que pese a peculiaridade do instrumento utilizado (blog), considerado pelo réu como ‘meio de comunicação ágil, moderno, livre, informal e despretensioso’ e de se constituir em mídia na qual a informação se dá com ‘humorismo, comicidade, sarcasmo e frases espirituosas’, a notícia, além de se apresentar como paródia de uma conhecida campanha publicitária de cartão de crédito - inegavelmente utilizada para atrair a atenção do público -, foi veiculada na rede mundial de computadores com palavras e em formato capaz, por si só, de induzir o leitor a acreditar ser o então Presidente do Supremo Tribunal Federal ‘comparsa’ (companheiro, cúmplice, parceiro, co-participante) de atividades criminosas envolvendo banqueiro flagrado na Operação Satiagraha conduzida pela Polícia Federal. Veiculação que ultrapassa as circunstâncias efetivamente conhecidas acerca dos acontecimentos envolvendo os fatos da referida operação (Satiagraha), passando a ideia de que o "jeitinho brasileiro e a corrupção" alcançam indistintamente a todos os órgãos e poderes, servidores públicos e profissionais de carreira de Estado, incluído aí o guardião da Constituição ora litigante.

6. No que tange ao quantum indenizatório, aplicável o óbice da súmula 7/STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico das partes, com razoabilidade, bom senso e com atendimento às peculiaridades do caso.

7. Recurso Especial conhecido em parte e na parte conhecida desprovido.

São partes nesse recurso o Ministro do STF Gilmar Mendes e o jornalista Paulo Henrique Amorim. O ministro propôs ação porque entendeu que sua honra foi violada por publicação de uma postagem no blog do jornalista com o seguinte conteúdo (mencionado no acórdão): “CARTÃO DANTAS DIAMOND. Comprar um dossiê – R\$ 25.000,00. Comprar um jornalista – R\$ 7.000,00 a 15.000,00. Comprar um delegado da PF – R\$ 1.000.000,00. Ser comparsa do presidente do STF – NÃO TEM PREÇO”. O contexto da publicação envolveu a concessão pelo ministro, em curto espaço de tempo, de duas ordens de *habeas corpus* em favor do banqueiro Daniel Dantas, que havia sido preso por decisão da Justiça Federal. O réu foi condenado em primeiro grau ao pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sentença mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O recurso especial foi interposto pelo réu, alegando violação aos artigos 186, 187, 927, 942, 944 e 953 do Código Civil. O jornalista também interpôs recurso extraordinário, alegando violação aos artigos 5º, IV, V, IX, X, XIII E XIV e 220 da Constituição. O STF negou seguimento ao recurso. O STJ, por sua vez, negou provimento ao recurso especial. Invocando diversos outros acórdãos do próprio STJ, a decisão também proclamou retoricamente o caráter constitucional da liberdade de expressão. Também registrou ser necessário ao jornalista observar os deveres de veracidade e imparcialidade:

A despeito de estar o direito à livre informação, sem qualquer censura, garantido no diploma constitucional, aquele que desbordar dos princípios da correção e imparcialidade fica responsável pelos danos causados pela informação/comentário/crítica, principalmente quando atingir direitos igualmente protegidos pelo legislador constituinte (direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, dentre outros).

O tribunal não explica o que são os “princípios de correção e imparcialidade” que o jornalista ou quem manifesta o pensamento deve observar. Por correção talvez deva se entender o dever de não divulgar informações falsas, mas – mesmo considerando que se trata de assunto de interesse público, envolvendo um ministro do Supremo Tribunal Federal – o tribunal não fez qualquer menção à necessidade de comprovação da falsidade ou da demonstração do dolo do autor da difamação. O “princípio da imparcialidade”, por sua vez, é realmente um mistério. Em qualquer regime constitucional do mundo, não há dúvida de que o juiz deva ser imparcial. Mas esse dever também se estende ao jornalista? Que norma jurídica o obriga a exercer a sua atividade imparcialmente? E mesmo que houvesse, como seria possível cumprir essa norma? E quem julgaria um possível descumprimento? Um comitê de jornalistas? O judiciário? Verificasse, de qualquer forma, que a expressão atacada limitara-se a fazer uma paródia sobre o anúncio publicitário de um cartão de crédito (“não tem preço”) e uma crítica à atividade judicante do autor da ação (“ser comparsa do presidente do STF”). A crítica é obviamente ofensiva, mas é apenas a opinião do jornalista e, em se tratando de comentário dirigido a agente público, não mereceria punição. Ainda que se considere que a expressão “ser comparsa do presidente do STF” contém declaração de fato, deveria o autor comprovar a falsidade dessa declaração e o dolo do réu, mas nenhum desses elementos foi objeto de debate no recurso especial. Para o STJ, importou registrar que o réu não poderia ofender o autor que, como registrado na ementa do acórdão, é o “guardião da Constituição, ora litigante”. No conflito entre a honra e a liberdade de expressão, a ponderação mais uma vez prevaleceu em favor daquela.

Em alguns julgamentos, porém, a liberdade de expressão prevaleceu. Não porque o STJ tenha encontrado algum critério mais objetivo para justificar a necessidade de proteção desse direito, mas simplesmente porque, aplicando o

método da ponderação em favor da liberdade de expressão, o tribunal entendeu que, naquele caso concreto, a balança deveria pender em favor de quem manifestou o pensamento. O Recurso Especial nº 1.297.567 – RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, traz um exemplo interessante porque o tribunal acreditou estar aplicando a doutrina da malícia real, mas demonstrou novamente não compreender o seu real significado, muito embora o pedido tenha sido julgado improcedente. O recurso foi julgado pela 3ª Turma e a decisão foi por unanimidade:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS.

1. Discussão acerca da potencialidade ofensiva de matéria publicada em jornal de grande circulação, que aponta possível envolvimento ilícito de magistrado com ex-deputado ligado ao desabamento do edifício Palace II, no Rio de Janeiro.
2. É extemporâneo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, salvo se houver reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão integrativo.
3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.
4. A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.
5. A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.
6. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.
7. Ainda que posteriormente o magistrado tenha sido absolvido das acusações, o fato é que, conforme apontado na sentença de primeiro grau, quando a reportagem foi veiculada, as investigações mencionadas estavam em andamento.
8. A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados.
9. Não houve, por conseguinte, ilicitude na conduta da recorrente, tendo o acórdão recorrido violado os arts. 186 e 927 do CC/02 quando a condenou ao pagamento de compensação por danos morais ao magistrado.
10. Recurso especial de YARA DIAS DA CRUZ MACEDO E OUTRAS não conhecido.
11. Recurso especial da INFOGLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A provido.
12. Recurso especial de ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO julgado prejudicado.

Os fatos envolviam a publicação de matéria no jornal O Globo sob o título “Situação de juiz ligado a Naya se complica” que noticiava as investigações da Polícia Federal sobre a conduta do Juiz de Direito Alexander Macedo em benefício do deputado federal Sergio Naya na ação de indenização movida pelos moradores do edifício Palace II. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou o réu ao pagamento de indenização por dano moral. O recurso especial foi interposto do réu, alegando violação aos artigos 186, 188 e 927 do Código Civil. O STJ deu provimento ao recurso interposto pelo jornal O Globo e julgou improcedente o pedido. O STF não conheceu do recurso extraordinário interposto pelo autor. No julgamento do recurso especial, o STJ reconheceu que o caso envolvia assunto de interesse público porque dele participaram agentes públicos, ao menos um deles no exercício da função:

No que respeita à relevância da informação, ela é evidente. A sociedade tem o direito de ser informada acerca de investigações em andamento sobre supostas condutas ilícitas praticadas por magistrado que atua em processo de grande repercussão nacional, ligado ao desabamento do Edifício Palace II, no Rio de Janeiro.

O tribunal também constatou a veracidade das informações divulgadas na medida em que a matéria jornalística apenas noticiava as investigações:

Verifica-se, portanto, que a reportagem não conclui que o magistrado é culpado ou que efetivamente beneficiava Sérgio Naya, mas apenas informa a existência de investigações pendentes sobre a conduta do magistrado e relata que a Polícia Federal teria encontrado provas acerca da relação entre ele e o ex-deputado.

O acórdão, citando fonte doutrinária, entendeu aplicável a doutrina da malícia real (“não basta a divulgação de informação falsa, exige-se prova de que o agente divulgador conhecia ou poderia conhecer a inveracidade da informação propalada”), mas nos termos em que a relatora equivocadamente a compreendeu:

O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. Pode-se dizer que o jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar.

O caso sob julgamento pode ser classificado como um caso fácil porque os

fatos eram verdadeiros e o assunto envolvia um juiz estadual, agente público para os fins da doutrina da malícia real. Mas, como nos demais casos já mencionados, seu registro é importante porque demonstra a incompreensão do STJ quanto à doutrina da malícia real. Não há qualquer palavra da relatora quanto à necessidade de se comprovar o dolo do réu em caso de divulgação de notícia falsa; ao contrário, o acórdão registra que o “veículo de comunicação exime-se de culpa [culpa lato sensu, e não dolo] quando (...) afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará”. Não é, certamente, nesses termos que se põe a doutrina da malícia real. Esta exige que, em caso de divulgação de informação falsa, seja comprovado o dolo do jornalista ou de quem manifesta o seu pensamento. Em nenhuma hipótese, a doutrina da malícia real considera que a liberdade de expressão está protegida somente quando afastadas “quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará”. Ao contrário, porque a doutrina da malícia real atribui uma posição preferencial à liberdade de expressão em assuntos de interesse público, é tolerada até a divulgação de notícias falsas, desde que não haja dolo. A doutrina da malícia real também é absolutamente incompatível com a fundamentação da relatora no sentido de que: “nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade”. No mesmo sentido foi o julgamento do Recurso Especial nº 1.269.841 – SP, também relatado pela Ministra Nancy Andrichi, que, utilizando-se dos mesmos fundamentos (inclusive com a equivocada referência a doutrina da malícia real), negou provimento ao recurso para manter a sentença que julgara improcedente o pedido.

O STJ também proferiu decisões favoráveis à liberdade de expressão no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.021.688 – RJ, 1.268.233 – DF e 1.330.028 – DF. No Recurso Especial nº 1.021.688 – RJ, em que são partes a Editora Abril e o ex-jogador de futebol Edmundo, o STJ deu provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido. O jogador reclamava indenização por violação à honra porque a revista *Veja* publicara reportagem com referência ao epíteto de ‘Animal’ que identificava o jogador: “Animais no volante – caso do jogador Edmundo mostra o que a justiça pode fazer contra a barbárie no trânsito”. A decisão foi tomada por maioria, vencido o relator, Ministro Massami Uyeda, que negava provimento ao recurso e julgava procedente o pedido, entendendo que a honra se sobrepõe à liberdade de expressão:

Não se olvida que a preservação da liberdade de expressão é essencial ao Estado que se reputa democrático, devendo-se, por isso, propiciar à imprensa, que desempenha a relevante função social de informar, dentre outras, uma atuação independente, sem censura. No entanto, tal liberdade deverá ser exercida sem violar direitos inerentes à personalidade, como a honra e a imagem, de quem quer que seja, sob pena de responsabilização civil pelos danos decorrentes de tal conduta. Como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, quando se apresente conflitante com tal direito, deve preponderar.

A liberdade de expressão, prevista na Constituição, é muito importante, mas se em conflito com a honra, deve ceder. Por que, então, a Constituição protege a liberdade de expressão? Para que serve? Qual a sua função? Se for apenas para elogiar ou formular uma crítica inofensiva, nem seria necessária sua previsão na Constituição. Mas, na espécie, o Ministro Sidnei Beneti proferiu voto vencedor, entendendo que o próprio autor, ao longo de sua carreira, construiu e beneficiou-se da imagem de ‘Animal’, que não foi criada pela revista Veja no momento da publicação da reportagem:

O termo e a imagem terão sido positivos para o autor em momentos em que o epíteto e a figura agregadas à pessoa tenham sido relevantes para as vitórias esportivas e pessoais e para o proveito econômico nas negociações de imagem. Mas é claro que poderia ser negativa, em instantes e fatos diversos, como o do infausto acidente, que se incrustou à própria imagem do Autor, com a ênfase que já existia na opinião pública, quando da construção da reportagem, da capa da revista e dos outdoors que lhe deram, à revista, divulgação que tinha direito de realizar.

No Recurso Especial nº 1.268.233 – DF, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, o STJ deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido. Tratava-se da publicação de uma reportagem na revista Brasília em Dia em que se apontava uma falha da segurança do Presidente da República que permitiu a aproximação de uma pessoa para proferir um discurso em favor de um criminoso. A autora entendeu que seu nome havia sido indevidamente citado na reportagem, mas o STJ considerou que as informações eram verdadeiras e envolviam assunto de interesse público (embora nesse caso a ação tenha sido proposta por particular e a difamação alegada não tenha sido formulada contra agente público ou figura pública).

No julgamento do Recurso Especial nº 1.330.028 – DF, relatado pelo Ministro Ricardo Cueva, o STJ negou provimento ao recurso, entendendo que as instâncias ordinárias reconheceram adequadamente a ausência de caráter difamatório das informações publicadas, sem violação à honra ou à privacidade do autor:

A par disso, as instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, decidiram pela improcedência do pedido, firmes no entendimento de que a matéria publicada era de cunho meramente investigativo, revestindo-se, ainda, de interesse público, sem nenhum sensacionalismo ou intromissão na privacidade do autor, não gerando, portanto, direito à indenização.

Tratava-se de ação ajuizada por Fabio Luis Lula da Silva, filho do então Presidente da República, em face do jornalista Cláudio Humberto que divulgara informação com o seguinte texto: “Em nome do pai: Uma mansão em condomínio de luxo em São Bernardo (SP) é o novo foco de atenção de jornalistas investigativos (foto). Seria de filho esperto de pai idem”. O autor sustentava que a alcunha ‘Lulinha’ implicaria violação a sua honra, mas, como acertadamente decidiram as instâncias ordinárias, não há caráter difamatório nessa expressão. Não há, aliás, na expressão ‘Lulinha’ nem qualquer afirmação de fato que possa caracterizar a difamação. A reportagem jornalística, porém, anunciou investigações sobre o patrimônio do autor e publicou foto de uma mansão, dando a entender que pertenceria ao autor. Pelo que se depreende das informações do acórdão, a mansão fotografada não pertencia ao autor. Mas não existe qualquer menção à comprovação do dolo do jornalista na divulgação dessa falsa informação, razão pela qual a decisão do STJ parece acertada.

Cabe, por fim, fazer referência ao Recurso Especial nº 801.109 – DF. Nesse julgamento, relatado pelo Ministro Raul Araújo, a 4ª Turma do STJ deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que havia condenado a revista Veja por violação à honra do desembargador Asdrubal Cruxên em matéria publicada em dezembro de 1999 sob o título ‘Doutor Milhão’. A reportagem noticiava as conclusões de comissão parlamentar de inquérito a respeito do autor e de irregularidades havidas quando o autor era juiz titular de vara de órfãos e sucessões no Distrito Federal. O acórdão relatado pelo Ministro Raul Araújo,

embora não faça menção expressa à doutrina da malícia real, parece querer adotá-la como critério de julgamento. Ao analisar o potencial conflito entre os direitos à honra e à liberdade de expressão, o relator enuncia:

Por não ser absoluta, a liberdade de informação jornalística encontra na doutrina correntes que apontam, com variada intensidade, algumas limitações.

O primeiro desses fatores de limitação reside no compromisso com a verdade. Entende-se assegurado ao jornalista emitir opinião e formular críticas, ainda que desfavoráveis e contundentes, contra qualquer pessoa ou autoridade, desde que fundadas na narração de fatos verídicos. Porém, quando os fatos noticiados não são verdadeiros, pode haver abuso do direito de informar por parte do jornalista.

Nesse contexto, o primeiro limite com que se deparam os veículos de imprensa, no exercício da liberdade de informação, é o compromisso com a verdade, sem a qual poderá ficar configurado o abuso do direito de informar. Assim, se a matéria falsa veiculada na imprensa for publicada dolosamente ou com manifesta desconsideração negligente da verdade, poderá ficar caracterizado o dever de reparar eventual dano.

Trata-se da mais próxima enunciação, ao menos no STJ, dos critérios que a doutrina da malícia real adota para resolver, em assuntos que envolvem agentes públicos ou figuras públicas, os conflitos que surgem entre os direitos à honra ou à privacidade e a liberdade de expressão. O relator reconhece o direito dos jornalistas (o que deve ser estendido a qualquer pessoa, certamente) a “emitir opinião e formular críticas, ainda que desfavoráveis e contundentes, contra qualquer pessoa ou autoridade, desde que fundadas na narração de fatos verdadeiros”. Foram esses os termos em que, em certa medida, a Suprema Corte norte-americana reconheceu o direito de emitir opiniões no julgamento do caso *Milkovich v. Lorain Journal*, como descrito no capítulo 5. Segundo o relator, a publicação de fatos falsos pode constituir abuso no direito de informar. Nesse trecho do voto, o relator parece querer se aproximar do critério enunciado pelo Juiz Brennan no julgamento de *New York Times v. Sullivan*: “Assim, se a matéria falsa veiculada na imprensa for publicada dolosamente ou com manifesta desconsideração negligente da verdade, poderá ficar caracterizado o dever de reparar eventual dano”. No entanto, alguns detalhes – mas que fazem toda a diferença – passaram despercebidos pelo relator. A publicação de declaração falsa ou a afirmação de fato falso, segundo os princípios da doutrina da malícia real, deve necessariamente ser dolosa. A negligência não é suficiente para caracterizar

abuso do direito de informar em temas de interesse público no direito constitucional norte-americano. O conhecimento da falsidade e o temerário desinteresse sobre a verdade do fato são critérios de dolo direto e eventual, respectivamente. A doutrina da malícia real também não exige do jornalista ou do cidadão um “compromisso com a verdade”. Evidentemente a mentira deliberada, ou seja, dolosamente proferida, não tem nenhum valor social. Mas a mentira sem dolo é tolerada para permitir à liberdade de expressão o “espaço para respirar de que ela necessita para sobreviver” (*breathing space to survive*). Mais adequado, então, seria falar em compromisso em abster-se de afirmar dolosamente um fato falso. E por informação verdadeira deve-se considerar a informação subjetivamente verdadeira, isto é, segundo a verdade de acordo com os fatos que eram conhecidos pelo autor no momento em que proferida a declaração. Nesse sentido, é relevante o voto do relator, que mencionou o seguinte:

Esse entendimento [o adotado pelo STJ sobre a ‘verdade’ no julgamento do Recurso Especial nº 680.794 – PR] mais flexível parece mais acertado, pois tem também o mérito de afastar a possibilidade de, a pretexto de contestar-se a veracidade de determinada versão de um fato noticiado na imprensa, passar-se a impor descabida censura aos meios de comunicação, na medida em que é sempre relativa a compreensão do que seja verdade ou a ótica do que seja verdadeiro, o que tornaria incerta a garantia constitucional de ampla liberdade de expressão jornalística.

O relator, por outro lado, não mencionou a questão do ônus da prova que, segundo a doutrina da malícia real, deve ser atribuído todo ao autor. Em assuntos de interesse público, uma declaração difamatória jamais deve ser presumida falsa e o réu não deve ter qualquer ônus de provar a veracidade de suas afirmações (a exceção da verdade, embora possa ser invocada pelo réu em sua defesa, não constitui ônus para afastar a condenação). Cabe ao autor comprovar integralmente a difamação e a falsidade dos fatos afirmados. Quanto à diferenciação dos critérios de solução dos conflitos entre a honra e a liberdade de expressão entre assuntos de interesse público, envolvendo agentes públicos e figuras públicas, e assuntos meramente privados, o relator apontou o seguinte:

Como quer que seja, relativamente a pessoas que ocupam cargos públicos, mormente as que atuam como agentes do Estado, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, por conseguinte, uma restrição, dentro do possível, daqueles direitos de personalidade. O âmbito

de reconhecimento, em casos tais, de responsabilidade civil ou de sua extensão fica mais restrito, tendo em vista a ampla repercussão dos atos e comportamentos dos agentes públicos na esfera sociopolítica, além da suscetibilidade desses atos e condutas a críticas implacáveis e ácidas por parte da imprensa.

Assim, a divulgação de notícia ou crítica acerca de atos ou decisões do Poder Público, ou de comportamento de seus agentes, a princípio, não configuram abuso no exercício da liberdade de imprensa, desde que não se refiram a um núcleo essencial de intimidade e de vida privada da pessoa ou que, na crítica, inspirada no interesse público, não seja prevalente o *animus injuriandi vel diffamandi*.

É correta e adequada a posição do acórdão quanto a uma maior proteção de que deve gozar a críticas e as expressões em geral sobre os agentes públicos. Mas a invocação do *animus injuriandi vel diffamandi* merece atenção e cuidado. Quando se diz de um agente público corrupto que ele é um corrupto, há certamente intenção de difamar e injuriar. Mas se o fato é verdadeiro – mesmo que ainda não tenha havido condenação com trânsito em julgado desse agente público por corrupção – o direito à liberdade de expressão protege essa afirmação que é, ao mesmo tempo, injuriosa e difamatória. A invocação do *animus injuriandi vel diffamandi* não contribui em nada em termos de segurança jurídica para aquele que quer manifestar o seu pensamento. Ela não permite ao jornalista, por exemplo, prever que fatos ou notícias ele pode divulgar, sem sofrer o risco de posterior condenação em juízo. A invocação do *animus injuriandi vel diffamandi* é inadequada e deve ser evitada. Mais adequado seria o estabelecimento de critérios objetivos (como faz a doutrina da malícia real): a afirmação de fato difamatório, mas verdadeiro, é permitida e de fato difamatório falso é tolerada, salvo se feita com dolo, ou seja, com conhecimento da falsidade ou temerário desinteresse sobre a verdade. Não haverá segurança jurídica para a liberdade de expressão se a jurisprudência não afastar a vaga invocação do *animus injuriandi vel diffamandi* e não adotar critérios mais precisos para reconhecimento da responsabilidade civil (e também penal) como a necessidade de afirmação de fato falso, com conhecimento da falsidade (dolo direto), ou temerário desinteresse sobre a verdade (dolo eventual) e ônus da prova atribuído ao autor. Também não haverá segurança jurídica para a liberdade de expressão se a jurisprudência não reconhecer que, em assuntos de interesse público, a difamação é permitida se o fato afirmado é verdadeiro e mesmo se o fato é falso, se a mentira não for deliberada, isto é, proferida com dolo. São dignas de nota as seguintes passagens

em que o acórdão reconhece a ampla possibilidade de crítica às autoridades e figuras públicas:

Entende-se, pois, que, em regra, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e quando a notícia e a crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados a atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem.

Por sua vez, a jurisprudência emanada do colendo Supremo Tribunal Federal parece referendar os posicionamentos mais liberais no sentido de prestigiar e fazer prevalente a liberdade de expressão jornalística.

Feitas as considerações acima, percebe-se que a análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística, a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade, fica a depender do exame de cada caso concreto, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.

Os demais ministros acompanharam o relator (salvo o Ministro Antonio Carlos Ferreira que divergiu apenas do valor fixado para os honorários de advogado), julgando improcedente o pedido, mas foi curiosa a observação do Ministro Luis Felipe Salomão que fez um juízo de valor sobre o bom gosto das matérias jornalísticas da revista Veja:

A revista Veja já foi considerada um paradigma de revista semanal no mundo todo, mas, infelizmente, Dr. Alexandre, não sei se cedendo aos anseios do mercado, as matérias jornalísticas, pelo menos até onde eu acompanhava, parei de acompanhar, passaram a ser de duvidoso bom gosto. As críticas, para lá de ácidas, passaram a ser chulas, sem nenhum estilo, sem nenhum compromisso, na verdade, com nenhum tipo de ética jornalística.

Independentemente do mérito da crítica do ministro ao trabalho jornalístico da revista, não cabe ao judiciário, evidentemente, decidir questões de bom gosto da crítica jornalística. A se concordar com isso, reinaria o arbítrio judicial, afastando-se qualquer critério de segurança jurídica para a liberdade de expressão. Seria como enunciar a seguinte regra: se a crítica é chula, não é permitida. Novamente, os elementos de julgamento do conflito entre a honra e a

liberdade de expressão, ao menos em matérias de interesse público, devem ser: afirmação de fato (a emissão de opinião deve ser absolutamente livre), verdade do fato afirmado e, em caso de falsidade, ausência de dolo com ônus da prova a cargo do autor. De qualquer forma, o acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 801.109 – DF, relatado pelo Ministro Raul Araújo, é – consideradas as demais decisões proferidas entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de dezembro de 2015, mesmo às favoráveis à liberdade de expressão – por seus resultados e principalmente por seus fundamentos, um avanço e uma esperança para a liberdade de expressão no STJ, muito embora o mesmo ministro tenha, no julgamento do Recurso Especial nº 606.415 – RJ, em que foram partes Carlos Francisco Jereissati e Paulo Henrique Amorim, recuado em seu entendimento de defesa da liberdade de expressão e se apartado dos critérios que ele próprio propôs no julgamento do Recurso Especial nº 801.109 – DF.

6.4.

Perspectivas para a solução do problema da posição preferencial da honra no direito brasileiro

A conclusão a que se chega após examinar a jurisprudência do STJ sobre a liberdade de expressão é: ‘Evite falar! Não se pronuncie!’. Se não for para elogiar ou para manifestar uma opinião favorável ou mesmo indiferente, não fale porque serás condenado. Não critique, mesmo que sua crítica envolva a afirmação de um fato verdadeiro. Não emita opinião contundente porque não é livre o direito de manifestar uma opinião. No direito brasileiro, as pessoas, especialmente os jornalistas independentes, se manifestam porque são dotados de uma corajosa ousadia. Em alguns casos, dizer o que pensa chega a ser uma atitude heroica. É muito provável que chamar uma autoridade pública de ‘pilantra’, ‘corrupto’ ou ‘mafioso’, mesmo que esse político seja verdadeiramente pilantra, corrupto e mafioso, merecerá a condenação do poder judiciário. Como disse o Ministro Massami Uyeda no julgamento conjunto dos Recursos Especiais nº 1.068.824 – RJ e 1.120.971 – RJ, ao condenar a revista Veja a pagar indenização no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao senador Fernando Collor, é preciso “ter respeito”! No entanto, mesmo que o cenário seja desfavorável à liberdade de expressão na jurisprudência do STJ, o acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 801.109 – DF pode representar uma leve esperança. Como

decisão em favor da liberdade de expressão mostra-se um caso isolado no conjunto de julgamentos do tribunal: é minoritário quanto ao resultado (a maior parte das decisões do STJ é contrária à liberdade de expressão) e quanto aos fundamentos em favor da liberdade de expressão o acórdão é solitário. E o próprio ministro relator não seguiu seu entendimento quando posteriormente julgou o Recurso Especial nº 606.415 – RJ. Faz-se necessário, então, buscar soluções que possam superar a posição preferencial que o STJ vem conferindo à honra quando em conflito com a liberdade de expressão, mesmo quando em jogo estejam assuntos de interesse público.

Duas soluções serão propostas ao longo dos dois capítulos seguintes deste trabalho. A primeira é uma proposta de solução judicial, que se denomina ‘solução fraca’, envolvendo a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em favor do direito à liberdade de expressão. Quanto ao STF, propõe-se que exerça efetivamente seu papel de guardião da Constituição, conhecendo e admitindo para julgamento os recursos extraordinários em que se alega violação às normas da Constituição que tratam da liberdade de expressão. Atualmente, como se demonstrará no capítulo seguinte, os recursos extraordinários não chegam ao STF geralmente porque o tribunal não lhes reconhece a repercussão geral. Fica, então, ao STJ, tribunal cuja função principal é uniformizar, interpretar e aplicar a lei federal (e não a Constituição), a palavra final sobre o conflito entre a liberdade de expressão e a honra no direito brasileiro. Como já se mencionou, nenhuma lei ordinária, atualmente, estabelece normas de proteção da liberdade de expressão quando em conflito com a honra no direito brasileiro, salvo os artigos 18 e 19 da Lei 12.965, de 2014, que, em certas circunstâncias, isentam de responsabilidade os provedores de internet. No que diz respeito à Corte IDH, cabe observar que esse tribunal internacional exerce o papel de intérprete final da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção goza de hierarquia supralegal e, portanto, de força normativa superior às leis ordinárias. O art. 13 da Convenção Americana prevê a liberdade de pensamento e expressão como direito humano fundamental e a Corte Interamericana desenvolveu rica e valiosa (em seus fundamentos) jurisprudência sobre a liberdade de expressão. O conjunto de julgados da corte internacional, porém, vem sendo ignorado pelos

juízes e tribunais brasileiros. A proposta de solução judicial será tratada nos capítulos 7 e 8, onde se explicitarão as razões por que a tratamos como uma ‘solução fraca’. A segunda proposta, que aponta uma ‘solução forte’, envolve uma solução legislativa e apresenta como sugestão o encaminhamento ao poder legislativo de um anteprojeto de lei, estabelecendo critérios mínimos para a proteção da liberdade de expressão e de imprensa. Nesse anteprojeto se contém uma proposta de regulação dos conflitos entre a honra e a liberdade de expressão. Como se esclarecerá no capítulo 9, este tipo de solução já foi adotado, por exemplo, na Cidade do México, que promulgou a ‘Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propria Imagen en el Distrito Federal’, de 19 de maio de 2006, e também já foi encaminhado na Argentina, onde tramitaram diversos projetos de lei de proteção à liberdade de expressão e imprensa, especialmente em assuntos de interesse público. Também o Reino Unido reformou recentemente sua legislação e promulgou o ‘Defamation Act – 2013’, para, dentre outras matérias, estabelecer critérios amplos de proteção da liberdade de expressão e de imprensa em questões de interesse público, revogando normas de defesa tradicionalmente reconhecidas pela *common law* inglesa como o *fair comment* e a *Reynolds defence*. No capítulo 9, serão explicitadas as razões por que a solução legislativa é considerada uma ‘solução forte’ e mais adequada para enfrentar a censura judicial à liberdade de expressão no direito brasileiro.

7

Proposta de solução judicial: modificação do papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro

7.1.

A liberdade de expressão e os limites do papel exercido pelo Supremo Tribunal como guardião da Constituição

A Constituição estabelece, em seu art. 102, que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Nessa função, o tribunal deve zelar pela aplicação das normas constitucionais em todo o território nacional, cumprindo-lhe ainda exercer o papel de intérprete da Constituição. No direito constitucional brasileiro, a interpretação que o STF confere às normas da Constituição é exercida em caráter final, seja no exercício do controle constitucional concreto, seja no controle abstrato. Ao tribunal cabe formalmente a última palavra sobre a Constituição. Na prática, porém, isso não vem ocorrendo no que diz respeito às normas constitucionais que asseguram as liberdades de expressão e de imprensa. No julgamento de casos concretos, quando surge a necessidade de se interpretar e aplicar normas constitucionais sobre liberdade de expressão, não é o STF quem vem exercendo, na realidade constitucional brasileira, o papel de intérprete final.

Como já se apontou no item 6.1 do capítulo 6 desta tese, as normas constitucionais sobre liberdade de expressão estão previstas nos artigos 5º, IV, IX e XIV e art. 220, *caput* e parágrafos 1º, 2º e 6º da Constituição.²⁹¹ No julgamento de casos concretos, quando o direito à liberdade de expressão, invocado com base em normas constitucionais, conflita com outros direitos da personalidade, quase sempre o direito à honra, as ações julgadas pelas instâncias ordinárias do poder judiciário são, em sua grande maioria, objeto de revisão extraordinária, não pelo

²⁹¹ No art. 53, a Constituição também protege a liberdade de expressão parlamentar, conferindo imunidade absoluta à expressão de deputados federais e senadores.

Supremo Tribunal Federal, mas pelo Superior Tribunal de Justiça. É o STJ, e não o STF, quem admite e julga os recursos de natureza extraordinária (recursos especiais) interpostos contra as decisões dos tribunais que tratam da liberdade de expressão. Isso ocorre porque, como se esclarecerá a seguir, o STF, em regra, nega admissão aos recursos extraordinários que lhe são interpostos com base na violação de normas constitucionais de proteção à liberdade de expressão e imprensa. Sendo assim, é o STJ, e não o STF, que, na prática, embora aplicando dispositivos infraconstitucionais (por exemplo, os artigos 186, 188, 927 e 944 do Código Civil) vem exercendo, no julgamento dos casos concretos, o papel de intérprete final das normas sobre liberdade de expressão. Em outras palavras, no direito brasileiro os conflitos concretos entre a liberdade de expressão e a honra são julgados e resolvidos à luz das normas legais de proteção aos demais direitos da personalidade, e não de acordo com as normas constitucionais de proteção da liberdade de expressão. Ademais, esse conflito não é julgado pelo tribunal com competência para exercer a função de guardião da Constituição, mas por tribunal a quem a Constituição atribui competência para interpretar e uniformizar a lei federal. Esta contradição – talvez não prevista, mas certamente não desejada pelo legislador constituinte – tem efeitos práticos graves, sendo o principal deles o menosprezo pelo direito à liberdade de expressão e de imprensa que tem prevalecido na jurisprudência do STJ, o que se irradia para a jurisprudência de tribunais de apelação federais e estaduais e por todas as instâncias do judiciário.

O próprio STJ percebeu e registrou que é ele, e não o STF, quem vem resolvendo no direito brasileiro os conflitos entre a liberdade de expressão e a honra. Isso ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Embora o caso envolvesse questão atinente ao conflito da liberdade de expressão e a privacidade, e não a honra, seus fundamentos também se aplicam ao conflito da liberdade de expressão com a honra. Tratava-se de uma ação movida por um dos acusados de participar de crimes de homicídio contra a população de rua, que ficou nacionalmente conhecido como ‘Chacina da Candelária’ contra a rede de televisão TV Globo. A emissora exibiu em rede nacional o programa Linha Direta, em que relembrou o episódio ocorrido treze anos antes e veiculou nome e imagem dos acusados pelo crime. Como matéria de fundo, discutia-se o direito ao esquecimento, que o autor

alegava como fundamento de sua pretensão indenizatória. Antes de passar ao julgamento do mérito do recurso, o relator fez as seguintes observações, sustentando que o STJ devia conhecer do recurso especial interposto porque havia questões infraconstitucionais envolvidas, muito embora a controvérsia fosse, em verdade, de índole constitucional:

É inegável que o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana – como intimidade, privacidade e honra – possui estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), não sendo raras as decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais em confronto.

Porém, em contrapartida, é de alçada legal a exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.

O último parágrafo pretende justificar a competência do STJ para conhecer do conflito entre a liberdade de expressão e a honra, a intimidade ou a privacidade. Porém, se o conflito é constitucional cabe ao STF resolvê-lo, proferindo a decisão final sobre qual direito, em dado caso concreto, deve prevalecer mesmo no que diz respeito à “exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito”. Cabe também ao STF promover a aplicação da norma constitucional ao caso, considerando os fatos alegados e comprovados nas instâncias ordinárias, inclusive para, se for o caso, fixar a indenização devida a quem teve o seu direito à honra ou à privacidade violado. Em uma situação ideal, a competência do STJ na matéria, se assim entendesse o STF, poderia ser a fixação do valor da indenização porque isso é matéria de lei federal: Código Civil, art. 944. E para isso ocorrer o recurso extraordinário deveria ser julgado antes do recurso especial, o que seria o mais adequado, mas não ocorre atualmente. Determinar em caráter final qual direito constitucional deve ceder em uma dada demanda e se o exercício da liberdade de expressão e de imprensa implicou violação da honra ou da privacidade, causando danos indenizáveis, deveria ser papel do guardião da Constituição, e não da corte superior que tem a competência para interpretar e uniformizar a aplicação da lei federal. Os parágrafos seguintes da decisão proferida no Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ demonstram que é o STJ, na prática jurisprudencial brasileira

atual, quem vem resolvendo os conflitos entre a liberdade de expressão e a honra ou a privacidade, bem como que essa situação ocorre por omissão do STF que, ao não admitir os recursos extraordinários envolvendo o mencionado conflito de direitos constitucionais, recusa-se a exercer a competência que a própria Constituição lhe conferiu. Em seu voto, o Ministro Salomão assim aborda a questão da competência para o julgamento dos casos envolvendo liberdade de expressão e demais direitos da personalidade:

Forma-se, a partir daí, um cenário perigoso ao jurisdicionado, que, em não raras vezes, tem subtraídas ambas as vias recursais, a do recurso especial e a do recurso extraordinário.

Diversos precedentes há, nesta Corte Superior de Justiça, a afirmar que a celeuma instalada entre a alegação de dano moral e a liberdade de imprensa resolve-se pela via do recurso extraordinário, ora negando o especial interposto, ora exigindo a interposição de recurso extraordinário simultâneo, por força da Súmula n. 126/STJ.

Nesse sentido, entre muitos outros, são os seguintes precedentes, nos quais se afirmou ser de índole parcial ou totalmente constitucional controvérsia análoga à que ora se analisa: AgRg no Ag 1.340.505/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/04/2012; REsp 1.001.923/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012; AgRg no Ag 1.185.400/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2011; AgRg no REsp 1.125.127/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011.

Não obstante, quando a controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal não se conhece do recurso extraordinário interposto, quase sempre por se entender que a celeuma instalou-se no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. Nesse sentido, apenas a título de exemplos, confirmam-se os seguintes precedentes: AI 685054 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012; AI 763284 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012; RE 597962 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012; AI 766309 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009; Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008; AI 631548 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010.

Apenas para registro, o primeiro precedente acima citado corresponde, no STJ, ao Ag. n. 1.394.533/DF, ao qual foi negado provimento por razões já mencionadas. Por sua vez, o Ag. n. 851.325/RJ (referente ao conhecido caso "Doca Street"), também foi negado no STJ por fundamentos análogos, por entender que a controvérsia era exclusivamente constitucional, e, ascendendo os autos ao STF, também não se conheceu do recurso (AI 679.343 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012).

Verifica-se assim, que, subindo recursos extraordinários ao STF, o tribunal nega-lhes admissibilidade, entendendo que o conflito “instalou-se no âmbito infraconstitucional” e que uma possível violação à Constituição “se existente, seria reflexa”. A decisão relatada pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, ao procurar justificar a competência do STJ na matéria, também aponta outra causa de inadmissibilidade dos recursos extraordinários: o requisito da repercussão geral das questões constitucionais. Diz a decisão:

Com efeito, avulta a responsabilidade do Superior em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, a partir dessa reflexão, penso que a jurisprudência do STJ deve ser atualizada e harmonizada, principalmente porque:

- a) com a Emenda Constitucional n. 45, o cenário tornou-se objetivamente diverso daquele que antes circunscrevia a interposição de recursos especial e extraordinário, pois, se anteriormente todos os fundamentos constitucionais que serviram ao acórdãos eram impugnáveis – e deviam ser, nos termos da Súmula n. 126/STJ – mediante recurso extraordinário, agora, somente as questões que, efetivamente, ostentarem repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição Federal) é que podem ascender à Suprema Corte (art. 543-A, § 1º, do CPC);
- b) no atual momento de desenvolvimento do direito é inconcebível a análise encapsulada dos litígios, de forma estanque, como se os direitos civil, penal ou processual pudessem ser ‘encaixotados’ de modo a não sofrer ingerências do direito constitucional.

Assim, ao lado da ‘regra de inadmissibilidade por violação reflexa’, a repercussão geral da questão constitucional é outro fator que afasta o STF do julgamento das questões constitucionais envolvendo a liberdade de expressão em conflito com a honra e outros direitos da personalidade. Por outro lado, são, em tese, acertados os argumentos que justificam a competência do STJ para, admitida a existência de uma questão de direito federal, julgar o caso aplicando e uniformizando a lei federal e também aplicando a Constituição. Isso porque seria impensável um tribunal de justiça julgar qualquer demanda que lhe seja submetida, ignorando a existência da Constituição ou, nas palavras do ministro relator “de costas para a Constituição”. O problema que se apresenta é a verdadeira usurpação de competência, ao menos quando se trata da aplicação das

normas constitucionais sobre a liberdade de expressão, em função da qual o STJ exerce competência do STF. A possível solução desse problema passa por um debate mais amplo – muito mais amplo do tema de que se trata esta tese – e que deve abordar a necessidade da existência de dois tribunais, um supremo e outro superior, para, em decisões separadas, uniformizar a aplicação do direito no ordenamento jurídico brasileiro, julgando, em separado, a questão constitucional e a questão de direito federal. Embora isso aconteça desde a promulgação da Constituição de 1988, deve-se perguntar se é teoricamente adequado a um juiz ou tribunal, ao aplicar o direito a um caso concreto, deixar de considerar prioritariamente as normas máximas do ordenamento jurídico, isto é, as normas da Constituição. Se a um juiz é atribuída competência para aplicar a lei federal, mas não a Constituição, ele vai examinar o caso que tem em mãos com a mente voltada às normas legais ou às normas constitucionais? Considerando um sistema de dupla possibilidade recursal para as instâncias extraordinárias, qual o papel que o STJ deve exercer atualmente? O próprio relator do Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ aponta uma resposta no sentido de que o STJ, admitindo um recurso especial, julgue o conflito em sua integralidade, isto é, considerando todas as normas jurídicas aplicáveis, inclusive evidentemente as normas constitucionais, exercendo, se for o caso, o controle de constitucionalidade que é conferido a todos os juízes e tribunais. Como afirmou o relator:

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011); e assim o fazendo, não se há falar também em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Vale considerar, porém, que ainda que o STJ exerça ou venha exercendo a aplicação do direito constitucional, a liberdade de expressão jamais se beneficiou dessa modificação (inconstitucional?) de competência. Ao contrário, no STJ vige, como cultura jurídica e orientação de julgamento, um caráter legalista (no sentido

de predominância pela aplicação da lei federal, e não da Constituição) pela posição preferencial da honra em detrimento da liberdade de expressão. Como se procurou demonstrar no capítulo 6, na jurisprudência do STJ (e dos tribunais de apelação em geral), a liberdade de expressão é direito de segunda ordem. Para o STJ, o que importa é a defesa da honra.

Os efeitos da aplicação pelo STF do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários e da consolidação do entendimento de que os conflitos envolvendo a honra e a liberdade de expressão têm caráter infraconstitucional são bem ilustrados pelo exemplo dos recursos extraordinários inadmitidos pelo STF em dois casos: os processos movidos pelo deputado federal Sandro Mabel contra vários órgãos de imprensa e o movido pela PUC-SP contra o médico Içami Tiba. Quanto aos processos movidos por Sandro Mabel, foram relatados e analisados, no item 3 do capítulo 6, os Recursos Especiais nº 1.216.385, 1.331.098 e 1.374.177, oriundos do Tribunal de Justiça de Goiás e julgados pela 4ª Turma do STJ, sendo relator o Ministro Luis Felipe Salomão. Todos os julgamentos dos recursos especiais foram favoráveis ao autor e, portanto, contrários aos órgãos de imprensa que noticiaram o envolvimento de Sandro Mabel, no episódio que ficou conhecido como ‘escândalo do mensalão’. É curioso notar que foram interpostos vários recursos extraordinários contra as decisões do Tribunal de Justiça de Goiás. O STF, porém, não admitiu nenhum deles: ou não reconheceu repercussão geral, ou reconheceu que o conflito é infraconstitucional. Como se verifica ao analisar as decisões do STF, o requisito da repercussão geral da questão constitucional e o entendimento de que o conflito é meramente legal funcionaram como fator de afastamento da competência do tribunal. Acrescente-se a isso os requisitos que dizem respeito ao prequestionamento das questões constitucionais e o reexame de provas e assim se configura a extrema dificuldade de um conflito *inter partes* envolvendo a liberdade de expressão ser admitido e resolvido pelo STF. Vejam-se as seguintes decisões, todas tomadas em ações que foram proposta por Sandro Mabel contra órgãos de imprensa que noticiaram sua participação no ‘mensalão’:

– Agravo de Instrumento nº 738.510 – GO (réu: Editora Abril), relatora: Ministra Carmen Lúcia. A relatora entendeu que as questões constitucionais não

estavam prequestionadas. Segundo a ministra, ainda que estivessem, o recurso extraordinário não deveria ser admitido: “Ademais, ainda que prequestionada estivesse a matéria, o que não é o caso, a solução da controvérsia sobre exercício abusivo do direito de informar e sobre existência de dano moral indenizável demandaria o reexame de fatos e provas e a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código Civil), procedimentos que não podem ser validamente adotados em recurso extraordinário. Incide na espécie a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal”.

– Agravo de Instrumento nº 784.060 – GO (réu: Correio Braziliense), relatora: Ministra Ellen Gracie. A relatora inadmitiu o recurso pelos seguintes fundamentos: “Esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais (art. 5º, V e X, da Carta Magna) limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, cujo exame se mostra inviável nesta sede recursal. Ademais, rever a decisão da instância *a quo* para concluir de modo diverso implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede extraordinária (Súmula STF 279)”.

– Agravo de Instrumento nº 832.363 – GO (réu: Editora Abril), relatora: Ministra Ellen Gracie. A relatora inadmitiu o recurso pelos seguintes fundamentos: “O recurso não merece prosperar. Primeiramente, verifico que o inc. II do art. 5º da Constituição Federal não foi prequestionado, porque não abordado pelo acórdão recorrido, nem mencionado nos embargos de declaração que foram opostos, não sendo satisfeito, portanto, o requisito do prequestionamento (Súmulas STF 282 e 356). Em segundo lugar, para o exame as violações aos arts. 5º, II, IV, IX, XIV, e 220, caput, § 2º, da CF/88, seria necessária a análise de fatos e provas (Súmula STF 279) e de legislação infraconstitucional, hipóteses inviáveis em sede extraordinária. Ressalto, ainda, que esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais e materiais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, cujo exame se mostra inviável nesta sede recursal”.

– Recurso Extraordinário nº 653.245 – GO (réu: Empresa Folha da Manhã), relator: Ministro Gilmar Mendes. O relator, embora não tenha declarado

se tratar de questão infraconstitucional, inadmitiu o recurso, entendendo que envolvia mero reexame de provas: “Segundo orientação sumulada do STF, não cabe recurso extraordinário para simples reexame de prova (Súmula 279). Deve-se anotar que a reapreciação de questões probatórias é diferente da valoração das provas. Enquanto a primeira prática é vedada em sede de recurso extraordinário, a segunda, a valoração, há de ser aceita”.

– Agravo em Recurso Extraordinário nº 725.304 – GO (réu: O Estado de São Paulo), relatora: Ministra Rosa Weber. A relatora inadmitiu o recurso extraordinário, entendendo inexistir ofensa direta à Constituição: “Da detida análise dos fundamentos da decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, bem como à luz das razões de decidir adotadas pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso veiculado na instância ordinária, concludo que nada colhe o agravo. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, porquanto, no caso, a suposta ofensa somente poderia ser constatada a partir da análise de matéria infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. (...) Nesse sentir, não merece processamento o apelo extremo, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República”.

No que se refere à ação proposta pela PUC-SP em face do médico Içami Tiba, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.357 – SP, relatado pelo Ministro Ricardo Cueva, manteve a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia condenado o réu (v. capítulo 5, item 3). O recurso extraordinário foi interposto, alegando violação aos artigos 5º, IV e IX, e 220 da Constituição, mas não foi admitido pelo STF. O relator do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 781.917 – SP, Ministro Dias Toffoli, além de entender que incidia o enunciado 279 da súmula da jurisprudência do tribunal, vedando o reexame das provas, invocou decisão relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, sustentando ausência de repercussão geral:

o caso dos autos se ajusta ao que decidido pelo Plenário desta Corte, que, no exame do ARE no 739.382/RJ-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à configuração da responsabilidade civil por danos causados à imagem ou à honra, haja vista que o deslinde da questão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tampouco prescinde do reexame de fatos e provas.

A análise da decisão proferida na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 739.382 – RJ, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, permite perceber que o STF, em regra, trata a ação indenizatória em que veiculado o conflito entre a liberdade de expressão e a honra como um mero conflito intersubjetivo, com repercussão apenas no âmbito da responsabilidade civil, ficando afastado o debate maior sobre a importância da proteção da liberdade de expressão para o exercício do autogoverno e para a própria sobrevivência da democracia constitucional. A ementa do acórdão que não reconheceu a repercussão geral da questão constitucional foi assim redigida:

1. Recurso Extraordinário com agravo. 2. Dano moral. 3. Liberdade de expressão. 4. Crítica contundente. 5. Discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes. 6. Não compete ao Supremo Tribunal Federal revolver a matéria fática para verificar a ocorrência de dano à imagem ou à honra, a não ser em situações excepcionais, nas quais se verifique esvaziamento do direito a imagem e, portanto, ofensa constitucional direta. 7. Ausência de repercussão geral da questão suscitada. 8. Recurso extraordinário não conhecido.

O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, havia julgado improcedente o pedido. Mas importa para o argumento que ora se desenvolve registrar que o tipo de conflito de direitos fundamentais não pode ser, em regra, considerado um conflito meramente intersubjetivo. O voto do relator afirmou o seguinte:

Entendo que a discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, uma vez que não cabe ao Supremo Tribunal Federal o reexame e a revalorização do conjunto fático-probatório dos autos, já apreciado pelas instâncias ordinárias.

A conclusão, ao que me parece, há de ser a mesma tanto na generalidade dos casos de responsabilidade civil por danos morais quanto naqueles em que se discute o direito à imagem das pessoas públicas (e.g. artistas, jornalistas, agentes públicos e políticos em geral) em conflito com o livre direito de crítica e a liberdade de expressão.

Destaco, ademais, que este Tribunal já reconheceu a inexistência de repercussão geral em diversas questões relativas à reparação por dano moral e à fixação do valor da indenização devida. Cito, à guisa de ilustração, os seguintes temas já rejeitados no Plenário Virtual: (1) tema 9, Indenização por danos morais e materiais decorrentes de manipulação de resultados de partidas de futebol, RE 565139, de relatoria do Ministro Menezes Direito; (2) tema 232, Indenização por

danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, RE 602136, de relatoria da Ministra Ellen Gracie; (3) tema 286, Responsabilidade civil de banco por danos decorrentes de indevida utilização de cartão de crédito, AI 765576, relator Ministro Gilmar Mendes; (4) tema 413, Quantum indenizatório de condenação por danos morais e materiais decorrentes da relação entre concessionária de serviço público e consumidor, AI 765567, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; (5) tema 611, Responsabilidade civil por danos morais e materiais decorrentes da negativa de cobertura por operadora de plano de saúde, ARE 697312, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; e (6) tema 623, Direito à indenização por danos morais e materiais decorrentes da espera excessiva em fila de instituição financeira, ARE687876, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Em todos esses casos, esta Corte manifestou-se sempre no sentido da ausência de repercussão geral. Penso que a mesma diretriz deve ser acolhida no tema em exame, visto que não é atribuição do Supremo Tribunal Federal avaliar a ocorrência de dano moral, tampouco velar pelo cumprimento da legislação civil aplicável à espécie”.

Verifica-se, então, que o STF coloca no mesmo patamar um conflito envolvendo o direito constitucional à liberdade de expressão e conflitos do tipo mencionado no acórdão: inscrição indevida em cadastro de inadimplentes; uso indevido de cartão de crédito; negativa de cobertura de plano de saúde; espera em fila de instituição financeira e outras. Ao STF parece, portanto, que a questão referente à condenação do jornalista ou do cidadão a indenizar dano moral decorrente da livre manifestação do pensamento tem a mesma importância constitucional da condenação proferida contra a instituição financeira porque o consumidor aguardou por tempo excessivo na fila! Em outras palavras, segundo o STF, o conflito entre os direitos à liberdade de expressão e à honra fica reduzido a uma mera disputa por danos materiais e morais, não sendo tratado como uma questão da mais alta relevância constitucional. Lamentavelmente, assim agindo, o tribunal esquece-se de que a questão toca à própria existência e funcionamento de um estado democrático de direito.

Em pesquisa realizada na página da jurisprudência do tribunal para identificar os acórdãos proferidos no período compreendido entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2015, com as expressões ‘liberdade e expressão e honra’, ‘liberdade e imprensa e honra’ e ‘liberdade e imprensa e direito e crítica’, pode-se constatar que o tribunal, em regra, não julga os recursos extraordinários envolvendo a responsabilidade civil decorrente do conflito entre a liberdade de expressão e de imprensa e a honra. O tribunal – fundamentando-se ou na ausência

de repercussão geral da questão constitucional reconhecida no julgamento Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 739.382 – RJ, ou na necessidade de reexame de fatos e provas, ausência de prequestionamento da questão constitucional ou reconhecimento de que a violação à Constituição, se existente, é meramente reflexa – negou seguimento, dentre outros, aos seguintes recursos extraordinários que envolviam o direito constitucional à liberdade de expressão: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 685.495 – SP, relator: Ministro Dias Toffoli; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.146 – RS, relator: Ministra Carmen Lúcia; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 751.724 – RJ, relator: Ministro Luiz Fux e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 758.478 – RJ, relator: Ministro Dias Toffoli. As exceções, que confirmam a regra, ficam por conta de decisões relatadas pelos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que serão abordadas adiante.

Em resumo, no que diz respeito à proteção da liberdade de expressão, o STF vem sendo um tribunal omissor. O requisito da repercussão geral da questão constitucional acrescido do entendimento de que o conflito entre os direitos mencionados implica apenas violação reflexa da Constituição vem constituindo uma barreira por meio da qual os recursos extraordinários que buscam proteção para a liberdade de expressão não conseguem alcançar o STF. Quanto ao enunciado nº 279 da súmula da jurisprudência do STF, que veda o reexame de provas em sede de recurso extraordinário, é curioso notar que, embora seja um obstáculo para o STF, não constitui barreira para julgamento dos recursos especiais no STJ. Mesmo que o STJ aprecie equivalente requisito de admissibilidade (previsto no enunciado sumular nº 7), os recursos especiais tratando do conflito entre a liberdade de expressão e a honra – que, como o próprio STJ já admitiu no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, envolvem uma questão constitucional – são admitidos para julgamento daquele tribunal superior. Por espantoso que possa parecer, o direito brasileiro cria uma situação em que o tribunal superior competente para aplicar e uniformizar a lei federal julga a questão constitucional e tribunal supremo competente para a guarda da Constituição, demite-se de seu dever e abstém-se do exercício de sua

competência constitucional, ao menos no que diz respeito à proteção da liberdade de expressão nos casos concretos.

7.2.

O direito à liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É possível dizer que ainda existe a possibilidade, no direito brasileiro, de proteção da liberdade de expressão ou do reconhecimento de sua posição preferencial, em assuntos de interesse público, quando em confronto com a honra? Pode esse direito fundamental à livre manifestação do pensamento receber a devida atenção do STF? Muito embora o tribunal não venha, usualmente, julgando os recursos extraordinários em que os direitos à liberdade de expressão e de imprensa reclamam proteção, seria injusto não registrar que o STF tem dado importantes contribuições à interpretação e aplicação dos artigos 5º IV, IX, XIV e 220 da Constituição.²⁹² Isso ocorre, não no julgamento de casos concretos, em que os recorrentes tentam sem sucesso buscar o amparo da corte por meio de recursos extraordinários, mas no exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Exemplo disso são as decisões que o tribunal proferiu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 – DF, da medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 – DF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 – DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 – DF. Além disso, como exceções a confirmar a regra, são conhecidos e admitidos os recursos extraordinários visando à aplicação das normas constitucionais sobre liberdade de expressão nas hipóteses em que são sorteados relatores os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Nestes casos, tem-se uma exceção à regra geral da jurisprudência do tribunal que, cabe reiterar, costuma não conhecer dos recursos, ora sob o fundamento de ausência de repercussão geral, ora sob a alegação de reconhecimento de possível ofensa apenas reflexa à Constituição. Vale ressaltar, no entanto, que o tribunal, em decisões monocráticas de seus ministros, tem

²⁹² A visão de Daniel Sarmento a respeito parece ser otimista. O autor anota que a “[n]ossa Suprema Corte tem jurisprudência notável nesta área, firmada em julgamentos emblemáticos”. SARMENTO, D., *Constituição e Sociedade: reclamação e liberdade de expressão* disponível em <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-reclamacao-e-liberdade-de-expressao> acesso em 7 de outubro de 2015.

julgado procedentes algumas reclamações ajuizadas pelas partes prejudicadas, buscando obrigar as instâncias ordinárias do poder judiciário a conformarem suas decisões aos julgamentos proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental antes referidas, em especial a ADPF nº 130. Embora o tribunal não tenha formulado uma teoria ou doutrina consistente para regulação da imposição de responsabilidade civil ou penal decorrente do exercício abusivo da liberdade de expressão ou para a solução dos conflitos com a honra, suas decisões tendem a reconhecer uma importância à liberdade de expressão muito maior do que a que se verifica na jurisprudência do STJ ou dos tribunais regionais federais e de justiça estaduais.²⁹³ É necessário, portanto, enunciar o que ficou decidido nesses julgamentos do STF, identificando-se em seguida os reflexos produzidos nos julgamentos subsequentes do tribunal, especialmente nas decisões proferidas em reclamações propostas visando fazer valer a autoridade dos julgamentos proferidos em sede de fiscalização abstrata.

7.2.1.

A fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas que regulam o direito à liberdade de expressão

No exercício da competência que lhe é conferida pelos artigos 102, I, *a* e § 1º da Constituição, o STF, como já se mencionou, proferiu quatro decisões em relação às normas que, em alguma medida, regularam o exercício da liberdade de expressão e de imprensa: trata-se dos julgamentos proferidos, no mérito ou em caráter liminar, em duas ações diretas de inconstitucionalidade (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.451 – DF e 4.815 – DF) e duas arguições de descumprimento de preceito fundamental (Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 – DF e 187 – DF).

Quanto às ações diretas de inconstitucionalidade, na ADI nº 4.451 – DF, o STF, em decisão liminar relatada pelo Ministro Ayres Britto, suspendeu a eficácia dos incisos II e III, parte final, do art. 45 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que, ao estabelecer normas para as eleições, proibiu a produção pelas emissoras de rádio e televisão, após o dia 1º de julho em ano de eleições, de

²⁹³ Nesse sentido, v. SARMENTO, *op.cit.*, para quem “outros juízos e tribunais brasileiros têm permanecido quase indiferentes a esta jurisprudência constitucional admirável”.

programas em candidato, partido ou coligação seja degradado ou ridicularizado, ou o uso de trucagem ou montagem com essa finalidade ou, ainda, a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação. Entendeu o STF que as normas impugnadas suprimiam indevidamente a liberdade de expressão e não seriam necessárias para garantir a igualdade dos candidatos na disputa por cargos eletivos. Ficou permitida, então, a divulgação de programas humorísticos, charges e caricaturas a respeito de candidatos, bem como o exercício do direito de liberdade de expressão na modalidade de emissão de opiniões críticas, contundentes, ácidas e sarcásticas, o que se considerou necessário para a formação da opinião pública, especialmente em período eleitoral. O processo aguarda julgamento de mérito.

A ADI nº 4.815 – DF, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros, foi relatada pela Ministra Carmen Lúcia. A autora da ação levou ao STF o problema que suas associadas enfrentavam ao tentar publicar biografias de pessoas notórias na sociedade na medida em que juízes e tribunais vinham entendendo que os artigos 20 e 21 do Código Civil condicionavam a publicação da obra biográfica à autorização ou, ao menos, à não oposição do biografado. Após admitir várias organizações da sociedade civil como *amici curiae* e realizar audiência públicas, o tribunal julgou procedente o pedido para, interpretando conforme a Constituição os referidos artigos do Código Civil, declarar que a publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais não estão submetidas ao consentimento das pessoas biografadas e de pessoas que sejam eventualmente retratadas na obra. No julgamento da ADI nº 4.815 – DF, não figurava, como tema central, o conflito entre os direitos à liberdade de expressão e à honra. Antes, no caso das biografias não autorizadas, o direito à liberdade de expressão se contrapunha mais frontalmente com o direito à privacidade, fundamento que vinha sendo adotado para proibir ou, sendo mais preciso, para censurar a publicação de livro ou filme. O tribunal afastou a censura prévia consistente na necessidade de autorização do biografado para publicação de livro ou filme, mas reafirmou a inviolabilidade do direito à privacidade e dos demais direitos da personalidade, ressaltando que sua violação deve ser reparada mediante indenização. O STF, porém, não avançou ainda mais, abstendo-se de explicitar os critérios para imposição de responsabilidade civil quando violada a privacidade da

pessoa biografada ou de terceiros. Um bom exemplo que nos dá a jurisprudência norte-americana para solução desse problema é a decisão proferida pela Suprema Corte, em 9 de janeiro de 1967, no caso *Time, Inc. v. Hill*.²⁹⁴ Inserido no contexto

²⁹⁴ *Times, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374. O caso *Time, Inc. v. Hill*, julgado pela Suprema Corte em 9 de janeiro de 1967, está inegavelmente inserido no contexto das decisões que se seguiram a *New York Times v. Sullivan* e, portanto, no âmbito de incidência da doutrina da malícia real. A distinção que aqui merece ser destacada se refere ao direito que, no caso concreto, entrou em colisão com a liberdade de expressão. Em *New York Times*, como muitas vezes já se afirmou, decidiu-se a respeito de uma alegada violação à honra de agente público; em *Hill*, o autor fundamentou sua demanda na violação do direito à privacidade. Em 11 de setembro de 1952, três prisioneiros, após escaparem de uma prisão, invadiram a casa de James Hill e de sua família, nos subúrbios da cidade de Filadélfia, onde permaneceram por 19 (dezenove) horas, tomando os residentes como reféns. Nenhuma violência foi cometida contra os membros da família Hill e os fugitivos deixaram a casa, na madrugada do dia seguinte à invasão, no carro da família. Em posterior confronto com a polícia, dois fugitivos foram mortos e o outro preso. Logo após o episódio, James Hill, a pedido dos repórteres que cercavam sua residência, deu uma declaração à imprensa, esclarecendo o que havia ocorrido, que nenhuma violência havia sido cometida e que os fugitivos até haviam agido com cortesia. Os fatos se tornaram notícia em todo o país, mas, logo após, a família evitou a atenção do público ou qualquer posterior exposição na imprensa. Pouco tempo depois, mudaram-se para o estado de Connecticut. Em fevereiro de 1955, a revista *Life*, de propriedade da recorrente *Time, Inc.*, publicou uma reportagem sobre a peça teatral dirigida por Robert Montgomery que estrearia em teatro no circuito Broadway, ‘*As Horas de Desespero*’, escrita por Joseph Hayes e baseada em romance de mesmo nome e de sua autoria. Embora o autor tenha declarado que havia se inspirado em várias histórias, inclusive na da família Hill, a peça teatral e o romance retratavam episódios de violência contra os membros da família. A reportagem da revista *Life*, por sua vez, indicava que a peça reproduzia e encenava os fatos realmente vividos pela família Hill e estava ilustrada com fotografias dos atores tiradas na própria casa que fora a residência da família na Filadélfia. Os fatos não envolviam a violação da honra de James Hill ou de sua família e a ação fundamentou-se na violação do direito à privacidade (*invasion of privacy*). O romance e a peça teatral, de fato, não sugeriam qualquer dano à reputação da família; ao contrário, esta era exaltada por seu comportamento heroico. Os tribunais de Nova Iorque condenaram o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de U\$ 30.000,00 (trinta mil dólares norte-americanos). Em sua decisão, a Suprema Corte, dando provimento ao recurso, resolveu aplicar ao caso Hill os mesmos critérios da doutrina da malícia real formulados na decisão de *New York Times*, muito embora os fatos não envolvessem agentes públicos, assuntos de governo ou críticas a governantes. O Juiz Brennan, ao redigir a decisão da corte, ressaltou que a proteção constitucional à liberdade de expressão impede que, em caso de assuntos que mereçam ser noticiados, a imprensa não pode ser condenada sem prova da falsidade dos fatos publicados e da publicação com conhecimento da falsidade ou temerário desinteresse pela veracidade ou falsidade dos fatos: “Alguém precisa apenas abrir um jornal ou uma revista para entender a vasta gama de assuntos publicados que expõem as pessoas, cidadãos privados e agentes públicos, ao olhar do público. A exposição da intimidade, em variados graus, a outras pessoas é concomitante com a vida na sociedade civilizada. O risco dessa exposição é um incidente essencial em uma sociedade que põe na liberdade de palavra e imprensa um valor primário”. Pela pena de Brennan, a Suprema Corte, desta vez em uma decisão por maioria, entendeu mais uma vez que o direito à liberdade de expressão deve gozar de uma posição preferencial, prevalecendo, portanto, quando em confronto com o direito à privacidade, quando se tratar de fatos que mereçam ser noticiados ao público. Isso não significa, contudo, que os fatos falsos estejam protegidos em caráter absoluto — como, aliás, defendiam os Juízes Black e Douglas em seus votos concorrentes — uma vez que a publicação da falsidade com dolo, ou seja, com conhecimento ou com temerário desinteresse, implica a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade civil do jornalista ou da empresa de comunicação. Por outro lado, o voto vencido do Juiz Fortas, acompanhado dos Juízes Warren e Clark, entendia que o direito à privacidade merecia uma proteção mais adequada quando em confronto com a liberdade de expressão se não estivessem envolvidos agentes ou pessoas públicas. Após fazer referência à jurisprudência da Suprema Corte sobre o direito à privacidade, Fortas disse: “Privacidade, então, é um direito básico. Os estados podem, por meio de legislação apropriada e dentro dos limites próprios, editar leis para fazer valer esse direito”. Sua preocupação

das decisões que se seguiram a *New York Times v. Sullivan* e no âmbito de incidência da doutrina da malícia real, o julgamento do caso Hill demonstra que, em se tratando de assuntos que mereçam ser divulgados e quando em conflito liberdade de expressão e privacidade, a proteção constitucional da liberdade de expressão exige que a imprensa, tal como no caso *New York Times*, não possa ser condenada sem prova da falsidade dos fatos publicados e de que a publicação tenha sido feita com dolo, ou seja, com conhecimento da falsidade ou temerário desinteresse pela verdade. Sendo assim – e voltando à realidade jurídica brasileira – uma biografia publicada sem a autorização do biografado e sob o amparo da decisão proferida pelo STF na ADI nº 4.815 – DF não pode sofrer censura prévia. A reparação da privacidade se dá por meio de indenização conforme decidiu o tribunal.²⁹⁵ A partir das lições da doutrina da malícia real, a violação da privacidade – e em consequência a imposição de indenização por dano moral – apenas ocorreria se da obra biográfica constasse uma informação falsa ali inserida pelo autor da obra com o conhecimento da falsidade ou da provável falsidade da informação. Tudo o mais o que fosse publicado – fatos, versões, opiniões, críticas, etc. – ou seja, tudo o que não fosse uma mentira dolosa e deliberada, estaria protegido pelo direito à liberdade de expressão do autor da obra, estando assim também livre do pagamento de qualquer indenização. Uma informação difamatória, porém verdadeira – o biografado era ou é um alcoólatra, viciado em substâncias entorpecentes, etc. – não poderia ser alvo de pedido de reparação. O STF, porém, não avançou e absteve-se de estabelecer critérios de imposição de responsabilidade civil em caso de uso abusivo da liberdade de expressão.

era a proteção da privacidade dos particulares, uma vez ele que não estava de acordo com a imunidade para a publicação de um artigo que “irresponsável e injuriosamente invadia a privacidade de uma família quieta sem nenhum propósito exceto um interesse dramático e um apelo comercial”. Quanto aos agentes públicos, em seu voto vencido, Fortas ressaltou que: “Não hesito dizer, por exemplo, que, quando uma personalidade política ou um assunto político está envolvido ou quando o acontecimento ao qual a alegada invasão de privacidade está ligada é uma questão de interesse público predominante, os valores da Primeira Emenda são supremos e estão autorizados, no mínimo, aos mesmos tipos de proteção que esta Corte formulou em *New York Times Co. v. Sullivan*”.

²⁹⁵ O debate entre a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Luís Roberto Barroso deixou clara a decisão do tribunal no julgamento da ADI nº 4.815 – DF. Ministro Luís Roberto Barroso: “Eu estou acompanhando a Ministra Carmen Lúcia na conclusão única também. É porque minha sugestão era que nós explicitássemos que a interferência do Judiciário não deveria ser a priori, e, sim, a posteriori”. Ministra Carmen Lúcia: “Não, mas está expressamente que é nos termos do pedido, e o pedido é este: a declaração de inconstitucionalidade, salvo autorização; então, nenhuma dúvida”.

No que diz respeito às arguições de descumprimento de preceito fundamental, na ADPF nº 187 – DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, o STF reconheceu aos organizadores e participantes do movimento denominado ‘Marcha da Maconha’ o direito de reunião e de liberdade de expressão em defesa da descriminalização do uso de substância entorpecente. Em maio de 2008, diversas decisões judiciais, invocando o art. 287 do Código Penal, proibiram, em oito cidades brasileiras, a realização da marcha (que é uma ‘reunião em movimento’, como bem ressaltou o tribunal, na palavra do Ministro Lewandowski). Entendiam os juízes estaduais que a marcha da maconha implicava a apologia do crime de uso de drogas. O STF julgou procedente o pedido para, em interpretação conforme a Constituição, excluir qualquer aplicação do art. 287 do Código Penal que implique considerar criminosa manifestação em defesa da legalização do consumo de drogas, inclusive em locais e eventos públicos. Nesta ADPF, a liberdade de expressão se viu em confronto com a segurança pública, e não com a honra (caso da ADI nº 4.451 – DF) ou com a privacidade (caso da ADI nº 4.815 – DF).

O julgamento da ADPF nº 130 – DF, por sua vez, foi, dentre as decisões dos mencionados casos de fiscalização abstrata da constitucionalidade, o de maior abrangência no que diz respeito aos temas de liberdade de expressão e de imprensa. Isso porque o tribunal julgou procedente o pedido para considerar que a Lei nº 5.250, de 1967, a então vigente ‘Lei de Imprensa’, não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988. O acórdão foi relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto e o julgamento abordou diversos aspectos da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. A ementa do acórdão proferido na ADPF nº 130 – DF revela que o voto do relator apresentou os seguintes fundamentos: (a) que a plena liberdade de imprensa é categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia; (b) que as liberdades de expressão, de imprensa, de manifestação artística, científica, intelectual e de comunicação se põem como superiores bens da personalidade e como emanção do próprio princípio da dignidade da pessoa humana; (c) que o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa tem precedência sobre o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada e que a proteção destes ocorre *a posteriori* pelo exercício do direito de resposta e pelo estabelecimento de responsabilidades penal,

civil e administrativa; (d) que o Congresso Nacional não tem o poder de legislar para estabelecer uma lei orgânica para regulamentar a atividade de imprensa, mas mantém sua competência legislativa para dispor sobre direito de resposta, responsabilidade civil e indenização pelos abusos cometidos por meio da imprensa, responsabilidade penal, acesso a diversões e espetáculos públicos, propaganda comercial, etc.²⁹⁶ Embora nem todos os ministros tenham se manifestado expressamente quanto a todas as questões levantadas pelo relator, os votos vencidos foram no sentido de entender recepcionada a Lei de Imprensa apenas na parte que regulava o direito de resposta (voto do Ministro Gilmar Mendes), de considerar recepcionados alguns dispositivos da lei (voto dos Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa) ou de considerar recepcionada integralmente a lei (voto do Ministro Marco Aurélio). No que mais de perto interessa ao tema abordado nesta tese, o certo é que, com toda a ‘Lei de Imprensa’, foram revogados os artigos 49 a 57, que regulavam a responsabilidade civil por violação à honra em caso de uso abusivo da liberdade de expressão por

²⁹⁶ “A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional ‘observado o disposto nesta Constituição’ (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da ‘plena liberdade de informação jornalística’ (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. A uma atividade que já era ‘livre’ (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de ‘plena’ (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado ‘núcleo duro’ da atividade). (...) Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho e seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o ‘estado de sítio’ (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (...) Regulações estatais que, sobretudo, incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público’”.

meio da imprensa. Revogada a ‘Lei de Imprensa’, as responsabilidades civil e penal passaram a ser reguladas pela legislação comum, ou seja, pelas normas gerais dos Códigos Civil e Penal. Embora o tribunal tenha julgado procedente pedido formulado na ADPF nº 130 – DF apenas “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”, esse julgamento vem produzindo relevantes efeitos na resolução atual dos conflitos entre a liberdade de expressão e a honra, uma vez que tem ensejado a propositura de diversas reclamações sobre temas que tocam ao conflito entre a liberdade de expressão e de imprensa e a honra, seja no que diz respeito à censura prévia, seja no que se refere à censura posterior, esta configurada pela imposição de indenização por responsabilidade civil e criminal. Desse tema se tratará a seguir.

7.2.2.

A liberdade de expressão e as decisões proferidas em sede de reclamação

Como anteriormente ressaltado, muito embora o STF venha se recusando a conhecer e julgar os recursos extraordinários que lhe são submetidos como alegação de contrariedade aos artigos 5º, IV, IX e XIV e 220 da Constituição (a corte entende que se trata de uma questão meramente privada), o tribunal, curiosamente, aprecia e julga, em decisões monocráticas de seus ministros, quase sempre com a concessão de liminar, as reclamações ajuizadas pelas partes que alegam o descumprimento da decisão proferida na ADPF nº 130 – DF, mas que, na verdade, estão a pedir a aplicação das normas constitucionais sobre liberdade de expressão. No julgamento da ADPF nº 130 – DF, o STF limitou-se a revogar (a declarar não recepcionada pela Constituição de 1988) a ‘Lei de Imprensa’ editada sob o regime constitucional anterior, tendo os ministros apresentados votos que, em sua fundamentação, divergiram em vários aspectos, inclusive quanto à possibilidade ou não de o Congresso Nacional editar uma nova ‘Lei de Imprensa’. Não houve uma clara definição dos critérios de imposição de responsabilidade civil e penal em matéria de manifestação do pensamento pela imprensa, que passaram a ficar sob a regulação das leis comuns; revogados os artigos 29 a 36 da ‘Lei de Imprensa’, não se definiram novas regras para o direito de resposta; a impossibilidade de imposição de censura prévia, embora tratada no voto do relator

e registrada na ementa, não foi apreciada por todos os demais ministros e, posteriormente, não foi aceita como resolvida em caráter vinculante como mostrou o julgamento da Reclamação nº 9.248 – DF. As decisões reclamadas, pelo que se depreende do exame das decisões do próprio STF, não invocam ou nem estão fundamentadas na revogada ‘Lei de Imprensa’, mas em dispositivos do Código Civil e da legislação comum. Ainda assim, os ministros do STF, em decisões monocráticas proferidas nas ações de reclamação, passaram a conceder medidas liminares para suspender os efeitos de decisões judiciais que ou impunham censura prévia a jornalistas, revistas e jornais, inclusive os publicados por meio da internet, ou que indevidamente condenaram ao pagamento de indenização aqueles que se limitaram a manifestar legitimamente o seu pensamento.

A maior parte das decisões liminares proferidas pelo STF suspenderam as decisões das instâncias ordinárias que, de alguma maneira, impuseram a censura prévia a jornalistas ou cidadãos. Nesse sentido – contrariando orientação anteriormente adotada na Reclamação nº 9.248 – DF – são as decisões proferidas pelo Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação nº 11.292 – SP (que suspendeu decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que proibia a organização não governamental Projeto Esperança Animal de denunciar maltrato de animais na Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos); pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Reclamação nº 16.074 – SP (que suspendeu decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinava à revista eletrônica Consultor Jurídico a remoção de sua página na internet das notícias relacionadas ao autor da ação) e na Reclamação nº 18.186 – RJ (que suspendeu decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que determinava à revista Veja e ao jornalista Reinaldo Azevedo a remoção de suas páginas na internet das matérias relacionadas aos valores arrecadados pelo leilão promovido pelo projeto Somos Todos Amarildo); pela Ministra Rosa Weber na Reclamação nº 16.434 – ES (que suspendeu decisão da 6ª Vara Cível da Comarca de Vitória que determinava ao jornal eletrônico Século Diário a remoção de matérias em que criticava o promotor de justiça Marcelo Zenkner, estabelecendo parâmetros para a publicação de futuras reportagens); pelo Ministro Luiz Fux na Reclamação nº 18.290 – RJ (que suspendeu decisão da 23ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro que determinava à revista Veja a retirada de sua

página na internet da matéria publicada pelo jornalista Lauro Jardim e intitulada ‘A batalha da indenização’ com notícias relacionadas ao advogado João Tancredo); pelo Ministro Luís Roberto Barroso na Reclamação nº 18.638 – CE (que suspendeu decisão do juízo de plantão da Comarca de Fortaleza, determinando à editora Três Editorial que se abstivesse de distribuir a revista Isto É em que constava notícia a respeito do depoimento de Paulo Roberto Costa sobre um possível envolvimento do governador do Ceará em crimes contra a administração pública e ordenando o recolhimento dos exemplares da revista em circulação) e pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 18.746 – RJ (que suspendeu decisão da 12ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa que proibia a emissora de televisão TV Globo de publicar fatos referentes à atuação de juiz estadual em processos de adoção de crianças na cidade de Monte Santo, Bahia).

O Ministro Celso de Mello, nas decisões que proferiu nas Reclamações nº 18.566 – SP e 18.836 – GO, também suspendeu decisões de juízes e tribunais estaduais que censuravam comentários em redes sociais ou matérias jornalísticas. Fundamentou suas decisões na inobservância pelos juízos reclamados da autoridade da decisão proferida na ADPF nº 130 – DF, ressaltando suas preocupações com a nova forma como vem sendo imposta a censura no direito brasileiro: “Preocupa-me, por isso mesmo, (...) o fato de que o exercício, por alguns juízes e Tribunais, do poder geral de cautela tenha culminado por transformar-se em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de imprensa. Ou, em outras palavras: o poder geral de cautela tende, hoje, anormalmente, a traduzir o novo nome da censura!”. No julgamento dessas reclamações, Celso de Mello, ao suspender decisões judiciais liminares que proibiam um determinado discurso, apontava os problemas referentes à censura judicial prévia. Mais interessante, porém, foi a suspensão dos efeitos de sentença condenatória, que impunha a jornalista o dever de pagar indenização, o que para o ministro se tratava de decisão “claramente censória”. Nos termos da decisão proferida na Reclamação nº 15.243 – RJ, para Celso de Mello é cabível o ajuizamento de reclamação e a concessão de medida liminar para fazer “prevalecer a eficácia vinculante derivada do julgamento da ADPF 103/DF” em caso de decisão judicial “claramente censória de matérias jornalísticas divulgadas

em órgãos de imprensa ou, como sucede na espécie, que haviam condenado jornalistas ao pagamento de indenização civil”. A decisão proferida na ADPF nº 130 – DF, em nenhum momento, afastou a possibilidade de se proferir sentença condenatória reconhecendo a responsabilidade civil em caso de manifestação abusiva do pensamento por meio da imprensa. Ao contrário, os votos dos ministros reiteraram essa possibilidade a todo momento. Mas, em seu voto, o Ministro Carlo Britto apontou a necessidade de, em caso de condenação por violação à honra ou outros direitos da personalidade, fixação com modicidade do montante indenizatório devido ao autor. Ao que parece, no julgamento da Reclamação nº 15.243 – RJ, o Ministro Celso de Mello entendeu pela natureza “claramente censória” da sentença reclamada, uma vez que a quantia indenizatória foi estabelecida em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Sendo assim, ao lado da censura judicial prévia, também a censura judicial posterior foi impugnada com sucesso no STF, por meio de reclamação fundada na inobservância da decisão proferida na ADPF nº 130 – DF.

Antes, porém, de se avançar ao próximo assunto, é necessária uma advertência sobre o uso das reclamações como meio de impugnação de decisões judiciais que determinam a censura prévia ou posterior dos meios de comunicação social, dos jornalistas e de todos os demais cidadãos. Como alertou o Ministro Dias Toffoli, ao negar seguimento à Reclamação nº 18.776 – RJ, a reclamação não pode ser usada como recurso contra todas as decisões que tratam das questões referentes à liberdade de expressão e de imprensa decididos pelo juízos e tribunais de todo o país. Com efeito, a produtora Porta dos Fundos ajuizou a reclamação contra decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro que determinou a supressão do conteúdo audiovisual *Você Me Conhece* da página do YouTube que fazia referências negativas ao candidato Anthony Garotinho. Segundo a reclamante, a decisão do tribunal eleitoral teria descumprido as decisões proferidas pelo STF no julgamento da ADPF nº 130 – DF e da ADI nº 4.451 – DF. O relator, porém, negou seguimento à reclamação sob o fundamento de que o tribunal, ao julgar as ações de inconstitucionalidade referidas, limitou-se a declarar que a ‘Lei de Imprensa’ não fora recepcionada pela Constituição de 1988 e a suspender a eficácia de determinados dispositivos da Lei nº 9.504, de 1997, salientando que a reclamação deveria estar fundada no descumprimento da parte

dispositiva dos acórdãos proferidos nos mencionados julgamentos. Na espécie, como apontou o relator, o tribunal eleitoral havia fundamentado sua decisão nos artigos 20 e 21 do Código Civil, e não na revogada ‘Lei de Imprensa’ ou na Lei nº 9.504, de 1997. A decisão do Ministro Dias Toffoli remete ao debate sobre o efeito vinculante das decisões proferidas em controle abstrato: se estão restritas ao dispositivo invalidado pelo STF constantes da parte dispositiva da decisão ou se também alcançam os fundamentos determinantes dos acórdãos. Pelo que se depreende do voto, o relator entendeu que o efeito vinculante deve alcançar apenas o dispositivo das decisões proferidas em sede de controle abstrato, não alcançando os fundamentos determinantes, entendimento que, aliás, já havia sido adotado pelo STF ao julgar, por maioria de votos, o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.475 – MG, relatada pelo Ministro Carlos Velloso.²⁹⁷ Verifica-se, de qualquer maneira, que, diferentemente do que prevalece no STJ, onde prevalece a honra como direito preferencial, o STF, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental – e no julgamento das reclamações pela inobservância desses julgados – vem, com os diversos problemas apontados, inclusive quanto ao cabimento da própria reclamação, demonstrando sua disposição de assegurar a proteção do direito à liberdade de expressão e de imprensa, papel que a sociedade espera da corte constitucional. Um dos ministros, em especial, tem reiteradamente proclamado a importância de se permitir o livre exercício do direito à manifestação do pensamento, construindo a partir de suas decisões uma categoria relativamente autônoma, espécie do direito à liberdade de expressão, aplicável em debate de assuntos públicos e políticos, denominada ‘direito de crítica’. Trata-se do Ministro Celso de Mello.

²⁹⁷ “O efeito vinculante, evidentemente, é para o que foi decidido pela Corte. E o que foi decidido está no dispositivo do voto do Relator, fielmente resumido na ementa do acórdão acima transcrita. (...) Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, obter dictum. De um modo ou de outro – fundamento ou *obter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”.

7.2.3.

O ‘direito de crítica’ e as decisões proferidas pelo Ministro Celso de Mello em favor da liberdade de expressão

Examinadas as decisões proferidas pelo STF a respeito da liberdade de expressão e de imprensa, deve-se reconhecer que, dentre todos os membros do tribunal, o Ministro Celso de Mello é, decididamente, quem demonstra maior preocupação em aplicar e garantir as normas constitucionais que protegem esse direito fundamental. Por meio de suas decisões, Celso de Mello reconheceu em favor dos jornalistas e dos cidadãos em geral a possibilidade do exercício da liberdade de expressão e de imprensa por meio de um direito que o ministro denominou **direito de crítica** ou **direito de criticar**. E, diferentemente do que fazem os ministros do STJ e a maior parte dos ministros do próprio STF (exceção ao Ministro Ricardo Lewandowski, que tem seguido o entendimento de Celso de Mello), conferiu a esse ‘direito de criticar’ – e, em consequência, à própria liberdade de expressão – um caráter preferencial. A primeira decisão de que se tem notícia sobre o ‘direito de crítica’ foi proferida no julgamento da Petição nº 3.486 – DF, em que o Ministro Celso de Mello determinou o arquivamento de queixa-crime proposta contra os jornalistas Roberto Civita, Marcelo Carneiro e Diogo Mainardi.²⁹⁸ A queixa-crime foi arquivada porque reconhecida a incompetência do STF para o seu julgamento, mas Celso de Mello adentrou a fazer considerações sobre o mérito. Reconhecendo que a liberdade de expressão e de crítica tem fundamento na Constituição, disse o ministro que é assegurado ao jornalista o direito de “expende crítica, ainda que desfavorável e exposta em tom contundente e sarcástico, contra quaisquer pessoas ou autoridades”. Estava em julgamento uma questão criminal, mas os fundamentos da decisão foram posteriormente estendidos aos casos cíveis apreciados pelo ministro:

Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais

²⁹⁸ A decisão foi assim ementada: “Liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220). Jornalistas. Direito de crítica. Prerrogativa constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político (CF, art. 1º, V), que representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático. O exercício do direito de crítica inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal. A crítica jornalística e as autoridades públicas. A arena política: um espaço de dissenso por excelência”, publicada na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 200, Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica: abril a junho de 2007, p. 277/281

quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220).

Reconheceu o ministro que a liberdade de expressão (ou, em suas palavras, “liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação”) compreende os seguintes aspectos: a) direito de informar, b) direito de buscar informação, c) direito de opinar e d) direito de criticar. Sendo assim, ao lado do direito de buscar informações, do direito de informar, categoria que envolve apenas a afirmação de fatos, e do direito de opinar, categoria que envolve a emissão de opiniões, o direito de criticar, como categoria autônoma, parece envolver em conjunto a afirmação de fatos e a emissão de opiniões, embora o ministro não seja explícito a respeito. O certo é que Celso de Mello reconhece aos jornalistas o direito de fazer críticas e autoriza o seu exercício contra os agentes públicos:

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder.

O ministro, porém, não esclarece se o direito de criticar também se estende aos demais cidadão, ou seja, aos que não são profissionais da imprensa, nem especifica quais os limites do regular exercício do direito de criticar. Na decisão proferida na Petição nº 3.486 – DF, a legitimidade do ‘direito de crítica’ é reconhecida “uma vez [que esteja] ausente o animus injuriandi vel diffamandi”.²⁹⁹ Celso de Mello não explica em que consiste, em sua visão, o ânimo de difamar, sendo certo que a decisão proclama o caráter não absoluto do direito de criticar:

²⁹⁹ “Uma vez dela ausente o “animus injuriandi vel diffamandi”, tal como ressalta o magistério doutrinário (...) a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, especialmente às autoridades e aos agentes do Estado, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade” e ainda “Vê-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios de Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo”.

É certo que o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexitem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.), direitos e garantias revestidos de natureza absoluta.

O ministro para por aqui, não explicitando os limites do direito de criticar. Não sendo um direito absoluto, como entende o ministro, o direito de criticar poderia, por definição, sofrer limitações em observância a outros direitos constitucionais fundamentais. É de se indagar, então, que restrições seriam constitucionalmente admitidas. Mas Celso de Mello não esclarece em que hipóteses a Constituição autoriza a legítima restrição do ‘direito de crítica’. Ficam em aberto várias questões. O direito de criticar alcança as expressões dirigidas a particulares ou apenas se aplica a agentes públicos e figuras públicas? O direito de criticar protege apenas a afirmação de fatos verdadeiros ou também a afirmação de fatos falsos, proferida sem dolo? E se houver apenas culpa? O direito de opinar é absoluto? As decisões do Ministro Celso de Mello não respondem a essas indagações. Porém, é curioso observar que, em algumas passagens de seu voto, o ministro parece querer reconhecer um caráter absoluto à liberdade de expressão, quando, por exemplo, diz ser:

preciso advertir, bem por isso, notadamente quando se busca promover, como no caso, a repressão penal à crítica jornalística, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social.

Se o estado não dispõe de poder algum sobre a palavra e se, ao mesmo tempo, o direito não é absoluto, pode o direito de expressão sofrer restrição e, caso positivo, em que medida? E se puder sofrer restrição, o estado sem dúvida disporá de poder sobre a palavra. Por outro lado, Celso de Mello cita em sua decisão o pensamento do Juiz da Suprema Corte norte-americana Hugo Black que se destacou por reconhecer à liberdade de expressão um caráter absoluto quando em questão assuntos de interesse público. Será que isso indica que sua posição é idêntica a do Juiz Black? O ministro considera como fundamento constitucional do ‘direito de crítica’ o pluralismo político, que é um dos fundamentos da República, tal como prevê a Constituição, e, em suporte de sua decisão, o também cita julgamentos do Tribunal Constitucional Espanhol e da Corte Europeia de Direitos Humanos e a doutrina de diversos autores, fazendo especial referência ao

caso *New York Times v. Sullivan*, anteriormente analisado no capítulo 4, e às lições de Moro a respeito. Ocorre, porém, que – considerando o texto extraído e citado pelo ministro – Moro traduz o elemento do *reckless disregard for the truth* por “desconsideração negligente em relação à verdade”, o que descaracteriza a doutrina da malícia real, uma vez que esta exige o dolo direto ou eventual.

Seguiram-se à decisão proferida na Petição nº 3.486 – DF as decisões relatadas por Celso de Mello, sempre em defesa do que o ministro denominou ‘direito de crítica’ ou ‘direito de criticar’, nos seguintes recursos ou reclamações: Agravo de Instrumento nº 505.595 – RJ (Juca Kfourri x Ricardo Teixeira), nos Agravos Regimentais nos Agravos de Instrumento nº 675.276 – RJ (Ricardo Teixeira x Juca Kfourri), 705.630 – SC (Desembargador Francisco Oliveira Filho x Cláudio Humberto) e 690.841 – SP (Alexandre Machado x Jânio de Freitas), no Recurso Extraordinário com Agravo nº 722.744 – DF (Editora Abril x Joaquim Roriz) e na Reclamação nº 15.243 – DF (Paulo Henrique Amorim x Daniel Dantas). Embora Celso de Mello tenha reafirmado que o “direito de crítica não assume caráter absoluto”, o ministro parece, em alguns momentos, reconhecer-lhe esse caráter, quando a crítica é dirigida a agentes públicos, figuras públicas e pessoas notórias. Na ementa do acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 705.630 – SC, o ministro fez constar que:

Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica apta a afastar o intuito doloso de ofender.

E prosseguiu:

A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade.

Construindo sua doutrina sobre o direito de crítica e se pronunciado em termos assim tão absolutos, o ministro parece reconhecer que o direito de crítica não pode sofrer limitação. Mas, mais uma vez: não fica esclarecido o tratamento jurídico que se confere à crítica ou opinião se esta estiver fundada em fato falso, sendo o jornalista sabedor dessa falsidade.³⁰⁰ Celso de Mello faz referência expressa a exposição de fatos, mas não esclarece se a expressão do pensamento também deve estar protegida se os fatos divulgados não forem verdadeiros, ausente ou não, dolo ou culpa do profissional da imprensa. Nessa decisão, o ministro estende a possibilidade do livre exercício do direito de crítica às figuras públicas, ou seja, às pessoas públicas e às figuras notórias, investidas ou não de autoridade governamental, ocupantes ou não de cargos oficiais. E também avança em relação ao entendimento manifestado originariamente na Petição nº 3.486 – DF para dizer que o direito de crítica afasta o *animus injuriandi vel diffamandi*, constituindo “verdadeira excludente anímica apta a afastar o intuito doloso de ofender”.

Esses mesmos fundamentos foram reiterados pelo ministro nas decisões proferidas na Reclamação nº 15.243 – RJ proposta pelo jornalista Paulo Henrique Amorim. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou o jornalista a pagar indenização de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) ao empresário Daniel Dantas e o reclamante alegou violação à autoridade da decisão proferida pelo STF na ADPF nº 130 – DF. Celso de Mello reconheceu o direito de criticar do jornalista, afastando a condenação. Sustentou novamente que “a eficácia vinculante derivada do julgamento da ADPF 130/DF” autoriza o afastamento de decisões condenatórias “claramente censórias”, tal como ocorria no caso sob

³⁰⁰ No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 705.630 – SC, consta do voto do relator: “É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica apta a afastar o intuito doloso de ofender. Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o ‘*animus injuriandi vel diffamandi*’, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa”

juízo. ³⁰¹ Das decisões proferidas monocraticamente ou relatadas por Celso de Mello fica, ao menos, a certeza de que, segundo o ministro, o direito de crítica protege, em caráter absoluto, o direito de opinião, mesmo a mais impiedosa ou severa, quando dirigidas a pessoas públicas, detentoras ou não de cargos públicos ou de autoridade governamental. Nesses casos, a Constituição protege a liberdade de expressão e de imprensa e não autoriza o reconhecimento de responsabilidade civil ou criminal. Quanto ao direito à liberdade de expressão que se exerce por meio da afirmação de fatos, resta ao ministro esclarecer se, além da divulgação de fatos verdadeiros sobre determinada pessoa, também a afirmação de fatos falsos, desde que ausente o dolo de quem os afirmou, se encontra igualmente protegida pelo direito de crítica, tal como entendeu a Suprema Corte norte-americana, ao construir a doutrina da malícia real, que foi expressamente mencionada por Celso de Mello em várias de suas decisões.

O ‘direito de crítica’ construído pelo Ministro Celso de Mello foi reconhecido pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao menos em duas oportunidades. Ao deferir requerimento de medida liminar na Ação Cautelar nº 3.410 – RJ, proposta pelo jornalista Paulo Henrique Amorim para suspender os efeitos de outro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que o havia condenado a pagar indenização a Daniel Dantas, desta vez no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), e ao dar provimento ao Recurso Extraordinário nº 652.330 – RJ nos seguintes termos: “A crítica jornalística, ainda que elaborada em tom mordaz ou irônico, não transborda dos limites constitucionais da liberdade de imprensa”. ³⁰² Quanto a este julgamento, vale observar que o acórdão recorrido havia condenado jornalista a pagar indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ex-presidente da autarquia federal Comissão de Valores Mobiliários. Dizia o jornalista que o autor da ação, então presidente da autarquia, havia sido advogado do grupo Opportunity, acusado de irregularidade no mercado de valores mobiliários, e que a ‘raposa’ estaria a presidir o ‘galinheiro’. Lewandowski salientou que os fatos afirmados eram verdadeiros, como inclusive havia sido reconhecido pelas instâncias ordinárias, e invocou expressamente as posições de

³⁰¹ A Reclamação nº 15.243 – RJ aguarda julgamento de agravo regimental interposto contra a decisão do Ministro Celso de Mello que julgou procedente o pedido para anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

³⁰² O recurso aguarda julgamento dos embargos de declaração opostos pelo recorrido.

Celso de Mello sobre o ‘direito de crítica’, que se encontrava amparado pelos limites constitucionais da liberdade de imprensa. A 2ª Turma do STF negou provimento, por unanimidade, ao agravo regimental interposto pelo recorrido e autor da ação.

Embora o STF, lamentavelmente, tenha abdicado de conhecer a maior parte dos recursos extraordinários buscando solução constitucional nos conflitos em que se contrapõem honra e liberdade de expressão e imprensa – exceção feita aos recursos relatados por Celso de Mello, com sua doutrina do ‘direito de crítica’, e Ricardo Lewandowski – pode-se dizer que as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental e nas reclamações constituem em seu conjunto um importante grupo de julgados que pode ser invocado pelos advogados em defesa da posição preferencial da liberdade de expressão. Como regra geral, os juízes e tribunais ordinários têm se mantido ignorantes ou indiferentes em relação a esses julgamentos e a jurisprudência do STF ainda se qualifica como uma solução fraca para o problema da posição preferencial de quem tem gozado o direito à honra na jurisprudência do STJ, mesmo quando em questão assuntos de interesse público. Este problema talvez se resolvesse se o STF se pronunciasse com veemência sobre a posição preferencial da liberdade de expressão em assuntos de interesse público, seja elaborando uma doutrina como a da malícia real, como fez a Suprema Corte norte-americana no (e a partir do) caso *New York Times v. Sullivan*, seja desenvolvendo e aperfeiçoando (inclusive melhor delimitando) o conceito do ‘direito de crítica’, construído pelo Ministro Celso de Mello, o que ainda não ocorreu.

8

Proposta de solução judicial: modificação do papel da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro

8.1.

Os fundamentos da doutrina da malícia real e o direito à liberdade de expressão na jurisprudência interamericana

Dentre as normas que tratam da liberdade de expressão no direito brasileiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada por meio do Decreto nº 678, de 1992, deveria ser tida como uma das mais relevantes. Emprega-se aqui a conjugação verbal no modo condicional porque – embora a Convenção Americana vigore em nosso ordenamento com força de norma supralegal – suas disposições sobre liberdade de expressão, que constam do art. 13 da Convenção, e a jurisprudência que a Corte Interamericana, intérprete final da Convenção, produziu sobre o tema são ignoradas pelos juízes e tribunais brasileiros. Ignoradas no sentido de que simplesmente são desconhecidas e, assim, não são reconhecidas como normas jurídicas aptas a produzir efeitos no ordenamento interno e não são aplicadas. É como se não existissem.

Dentre todas as decisões proferidas pelo STJ e pelo STF mencionadas nos capítulos anteriores, nenhuma – rigorosamente nenhuma – faz referência expressa ao art. 13 da Convenção Americana ou a qualquer decisão proferida pela Corte IDH.³⁰³ Suas normas, portanto, embora formalmente em vigor, não são ‘direito

³⁰³ É curioso observar que o Ministro Celso de Mello, em suas decisões sobre liberdade de expressão, quase sempre invoca a Declaração de Chapultepec e seus importantes princípios sobre liberdade de expressão, mas não faz qualquer menção ao art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema da liberdade de expressão. Ao contrário da Convenção Americana, que é um tratado internacional incorporado ao direito brasileiro com força supralegal, a declaração, adotada em 11 de março de

vigente' no Brasil. Porém, o exame das decisões proferidas pela Corte IDH sobre a liberdade de expressão, desde a sentença proferida no julgamento da Opinião Consultiva nº 5/85,³⁰⁴ primeiro caso julgado pela corte sobre a matéria, permite verificar que o tribunal não deixou dúvidas quanto ao entendimento de que, em assuntos de interesse público e a fim de que se consolide a existência de uma sociedade democrática, a liberdade de expressão deve gozar de uma posição preferencial. E, embora a Corte IDH não invoque, em nenhum momento, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, os fundamentos que serviram de base à construção jurisprudencial da doutrina da malícia real são também adotados na resolução dos conflitos entre a honra e a liberdade de expressão no sistema judicial interamericano.³⁰⁵

A Corte IDH, no entanto, se absteve até aqui de adotar expressamente uma regra, tal como a da malícia real, para a solução dos conflitos entre a honra e a liberdade de expressão, não estabelecendo, por exemplo, que o reconhecimento de responsabilidades civis e criminais pelo exercício abusivo do direito à liberdade de expressão dependa da comprovação do dolo, ou seja, da vontade livre e consciente de fazer a divulgação de um fato falso com o conhecimento de sua falsidade ou ainda com temerário desinteresse sobre a verdade ou falsidade da afirmação. Carter, ao analisar a jurisprudência da Corte IDH à luz da doutrina da malícia real e apontar as coincidências dos fundamentos adotados pelos dois tribunais (Corte IDH e Suprema Corte norte-americana), registra a relutância da corte internacional em adotar a regra construída pela jurisprudência da corte norte-americana: “a corte [interamericana] (...) para um pouco antes da aplicação da doutrina da malícia real ainda que reconheça e proteja o direito à liberdade de expressão”. Como esclarece o autor, a Corte IDH resolveu os casos que envolvem a imposição de responsabilidades ulteriores em conflitos entre a honra e a liberdade de expressão, reconhecendo que as condenações impostas pelos tribunais nacionais não haviam observado critérios de proporcionalidade, sendo

1994 na Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão, não tem força de lei, nem vincula juridicamente o judiciário brasileiro.

³⁰⁴ Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985

³⁰⁵ Como esclareceu Bertoní (“New York Times vs. Sullivan” y La Malicia Real de La Doctrina in Libertad de Expresión y Estado de Derecho; Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000), diversos tribunais nacionais e internacionais, ainda que não o digam expressamente, adotam os argumentos que justificaram a construção da doutrina da malícia real e os princípios desenvolvidos pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

desnecessárias em uma sociedade democrática. Segundo afirmou o autor, a Corte IDH, contudo, não adotou uma regra tal como a enunciada pela doutrina da malícia real.³⁰⁶ Pasqualucci, por sua vez, mesmo reconhecendo as valiosas contribuições que a jurisprudência da Corte IDH aportou para o direito internacional no campo da liberdade de expressão, sustenta que a corte poderia fazer mais e, no que diz respeito às responsabilidades ulteriores, sugere a adoção de uma regra como a da malícia real ou ao menos uma regra que considere a necessidade de se demonstrar a ausência de boa-fé do réu para imposição de condenações. Como diz a autora, “[a] pesar de alguma resistência da América Latina em importar um standard estrangeiro, uma regra clara [para imposição de responsabilidades ulteriores] traria benefícios à liberdade de expressão e à democracia”.³⁰⁷

Sendo assim, embora a Corte IDH não tenha formulado expressamente uma regra de proteção preferencial da liberdade de expressão quando este direito se põe em conflito com a honra, sua jurisprudência e os fundamentos de suas decisões reconhecem, inegavelmente, essa posição preferencial quando em jogo assuntos de interesse público. Por tal razão é que se sustenta a efetiva aplicação no direito brasileiro do art. 13 da Convenção Americana e da jurisprudência sobre ele desenvolvida pela Corte IDH como uma proposta de solução para o problema da posição preferencial da honra que atualmente impera como ‘direito vigente’ no Brasil, especialmente a partir da jurisprudência do STJ. Tal como a proposta de

³⁰⁶ CARTER, E. *Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights in Communication Law & Policy*, v. 18; Philadelphia: Taylor & Francis, 2013, p. 395-423

³⁰⁷ PASQUALUCCI, J.A.; *Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 39; Nashville: Vanderbilt University Law School, 2006, p. 379-433): “A Corte Interamericana deveria estabelecer um standard que as cortes domésticas poderiam aplicar para determinar se uma restrição relativa às atividades de uma pessoa pública viola a liberdade de expressão. (...) Haveria um benefício para a jurisprudência internacional sobre a liberdade de expressão e um auxílio para as cortes domésticas se a Corte Interamericana construísse um teste para ser aplicado nos casos de difamação, especialmente quando o demandante fosse uma pessoa envolvida em atividades públicas. (...) A Corte Suprema dos Estados Unidos e outras jurisdições pelo mundo adotaram o teste da ‘malícia real’. Os defensores de uma imprensa livre argumentam que o ‘standard da malícia real é necessário porque histórias sobre malfeito ou corrupção oficial não seria suprimida porque um repórter que fez uma investigação sólida não está certo de que pode provar os fatos para não correr os riscos de um processo penal’. Alternativamente, a Corte poderia adotar um standard de ausência de boa-fé que já foi adotado por outras jurisdições domésticas. Apesar de alguma resistência da América Latina em importar um standard estrangeiro, uma regra clara traria benefícios à liberdade de expressão e à democracia”.

aplicação da doutrina do ‘direito de crítica’ adotada em algumas decisões do STF, a aplicação da jurisprudência da Corte IDH também constitui uma ‘solução fraca’. A uma porque, ao contrário do que fez a Suprema Corte norte-americana ao estabelecer a doutrina da malícia real, a Corte IDH não formulou expressamente uma regra em favor da posição preferencial da liberdade de expressão; a duas porque a adoção dos fundamentos das decisões do tribunal internacional depende fundamentalmente de uma mudança de postura dos juízes e tribunais nacionais, que, talvez por ignorarem a jurisprudência interamericana, têm se mantido alheios às normas internacionais de proteção do direito à liberdade de expressão e à jurisprudência que a consagra. Ainda assim a adoção da jurisprudência da Corte IDH constitui um caminho para avançar a proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro. É necessário, então, analisar as decisões da Corte IDH sobre a liberdade de expressão e a imposição de responsabilidades civis e criminais em caso de exercício abusivo do direito à manifestação do pensamento, cabendo antes verificar como e em que condições a Convenção Americana sobre Direitos Humanos se integra ao ordenamento jurídico brasileiro.

8.2.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração no ordenamento jurídico brasileiro

Em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, foi promulgada no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também identificada como Pacto de São José de Costa Rica, estendendo a todas as pessoas sob a jurisdição da República Federativa do Brasil os direitos fundamentais reconhecidos por esse tratado internacional. O governo brasileiro havia depositado a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, tendo o Vice-Presidente da República Itamar Franco, no exercício do cargo de Presidente da República, determinado, no art. 1º do mencionado decreto, que a: “Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Foram reconhecidas também as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a competência da Corte Interamericana, tribunal a que cabe o julgamento de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação da Convenção. O

reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana ocorreu em 3 de dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 1998, editado pelo Congresso Nacional. Nos termos do art. 1º do referido decreto legislativo, a competência da corte para a interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aceita para os fatos ocorridos a partir do ato de reconhecimento. Logo, a República Federativa do Brasil pode ser demandada perante a jurisdição internacional por quaisquer fatos ocorridos a partir de 3 de dezembro de 1998 que violem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Fica, então, a pergunta: uma vez incorporada ao direito brasileiro, qual é a posição hierárquica assumida pela Convenção no ordenamento interno?³⁰⁸

No que diz respeito à posição hierárquico-normativa dos tratados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal analisou a questão a partir de quatro dispositivos constitucionais. São eles: os §§ 2º e 3º do art. 5º – o último incluído na Constituição por força da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – e os artigos 102, III, *b* e 105, II, *a* da Constituição.³⁰⁹ Quanto aos tratados de direitos humanos, embora importante corrente doutrinária sempre tenha considerado que o § 2º do art. 5º da Constituição autorizaria o entendimento de que os direitos e garantias previstos em “tratados internacionais em que a República Federativa do

³⁰⁸ Quanto à integração de um tratado internacional ao ordenamento jurídico nacional, a Constituição, em seu art. 84, VIII, atribui ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitando-os a referendo do Congresso Nacional que sobre eles deve se pronunciar em definitivo como manda o art. 49, I. Após negociar o texto do tratado com as autoridades estrangeiras, o Presidente da República os subscreve e remete à aprovação do Congresso Nacional, a quem cabe sua aprovação ou rejeição, não podendo emendá-lo. Aprovado, o Congresso Nacional edita decreto-legislativo, cabendo ao Presidente da República ratificá-lo. Ratificado o tratado, o Presidente da República expede decreto para torná-lo público no âmbito interno, determinando sua observância por todos. A partir de então, o tratado passa a produzir efeitos no ordenamento jurídico interno. Para uma informação detalhada sobre esse procedimento, consulte-se TIBURCIO, C.; *Temas de Direito Internacional*; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5 a 8.

³⁰⁹ “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”.

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

“Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Brasil seja parte” são normas com hierarquia constitucional,³¹⁰ esta não foi a posição assumida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao menos entre a data da promulgação da Constituição de 1988 e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 – São Paulo. Por sua vez, o § 3º do art. 5º da Constituição permite que, caso sejam aprovados pelas duas casas do Congresso Nacional pelo voto de três quintos de seus membros, os tratados internacionais de direitos humanos assumam hierarquia equivalente às emendas constitucionais. Qual, então, é a posição hierárquico-normativa que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no ordenamento brasileiro?

A resposta a esta pergunta passa necessariamente pelo exame de três decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes casos: Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP, Habeas Corpus nº 87.585 – TO e Habeas Corpus nº 92.566 – SP, todos com julgamento concluído em 3 de dezembro de 2008. Considerando que o STF, diferentemente do que ocorre em outras cortes constitucionais e em tribunais internacionais, segue longa tradição judiciária brasileira e não apresenta uma decisão única da corte, é preciso examinar o voto de cada um dos ministros a fim de que se identifique o posicionamento jurisprudencial adotado. No Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP, o voto do relator, Ministro Cezar Peluso, não passou pelo exame da questão da recepção dos tratados de direitos humanos pelo ordenamento constitucional brasileiro, mas pela natureza jurídica do contrato de alienação fiduciária em garantia previsto pela Lei nº 4.728, de 1965, e pelo Decreto-lei nº 911, de 1969. O tema da incorporação dos tratados surgiu no voto do Ministro Gilmar Mendes que, após fazer referência às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, apontou a existência de quatro principais correntes de posicionamento doutrinário e jurisprudencial: a) a que atribui natureza supraconstitucional aos tratados de direitos humanos;³¹¹ b) a

³¹⁰ Prevalendo, em caso de conflito entre uma norma internacional e uma norma constitucional, aquela que melhor proteger o direito fundamental do homem com base no princípio *pro homine* (da maior proteção ao ser humano ou primazia da norma mais favorável), que, no ordenamento constitucional brasileiro, tem por fundamento o dispositivo do art. 4º, III: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos”.

³¹¹ Sustentada principalmente pelo Professor Celso Duvivier de Albuquerque Mello.

que atribui a esses tratados natureza de norma constitucional;³¹² c) a que a eles confere a hierarquia de lei ordinária, tal como se verifica no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 – SE, relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque³¹³ e d) a que atribui caráter supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos. Quanto à primeira posição (tratado com força normativa superior à Constituição), o Ministro Gilmar Mendes a afastou sob o fundamento de que, no ordenamento jurídico brasileiro, vige o princípio da supremacia material e formal da Constituição. Tanto assim que estão os tratados sujeitos a controle de constitucionalidade como estabelece o art. 102, III, *b* da Constituição. O mesmo argumento foi utilizado para rechaçar a tese que equipara os tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos às normas constitucionais. Por força da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, também ficou esvaziada, segundo o Ministro, a possibilidade de se equiparar às normas constitucionais os tratados já ratificados que não observaram o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da Constituição.³¹⁴ Desse mesmo dispositivo constitucional Gilmar Mendes extraiu que o caráter especial dos tratados de direitos humanos ficou evidenciado, o que apontava uma superação da tese até então consolidada na jurisprudência do STF no sentido de que todos os tratados, inclusive os que dispõem sobre direitos humanos, possuem a força normativa de lei ordinária. Remetendo-se a dispositivos constitucionais³¹⁵ que, segundo o seu entendimento, conduzem “o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público”,³¹⁶ e a diversas outras normas constantes em documentos constitucionais contemporâneos, Mendes identificou uma tendência de prestígio das normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Propôs, então, uma revisão crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para atribuir “característica

³¹² Defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

³¹³ A posição que sustentava a paridade normativa entre as leis internas e os tratados internacionais, calcada na decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 – SE, relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque, havia sido reiterada sob a vigência da Constituição de 1988, nos julgamentos do Habeas Corpus nº 72.131 – RJ, relatado pelo Ministro Moreira Alves, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480 – DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello.

³¹⁴ “Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”.

³¹⁵ Trata-se dos artigos 4º e 5º, §§ 2º, 3º e 4º.

³¹⁶ Voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 – São Paulo.

de supra-legalidade aos tratados e convenções de direitos humanos”,³¹⁷ apontando o que estabelecem o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,³¹⁸ promulgada no ordenamento nacional por meio do Decreto nº 7.030, de 2009, e o art. 98 do Código Tributário Nacional.³¹⁹ Reportando-se ao que já havia manifestado o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 79.785 – RJ, Gilmar Mendes formulou o entendimento de que os tratados de direitos humanos são dotados de característica de supra-legalidade: superiores, em termos de hierarquia normativa, às leis, mas inferiores à Constituição. Para o ministro, portanto, a incorporação de tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Seguiram-se os debates e concluído o julgamento, verificou-se que ficou decidido o seguinte quanto à posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos: a) para que sejam integrados ao bloco de constitucionalidade e tenham hierarquia equivalente a de emenda constitucional os tratados ratificados após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, devem observar o rito de aprovação previsto no § 3º do art. 5º da Constituição; b) os tratados de direitos humanos ratificados antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e após, mas sem a observância do rito do § 3º do art. 5º da Constituição, se encontram em patamar hierárquico superior ao das leis (leis ordinárias, leis complementares, decretos-legislativos, etc.), ou seja, com caráter supralegal, mas inferior às normas constitucionais.

Quanto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678, de 1992, anterior à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, é possível sustentar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esse tratado vige no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia supralegal, ou seja, em posição hierárquica superior a de todas as leis em vigor. A Constituição, porém, segundo o entendimento do STF, a ela não se submete. Portanto, o art. 13 da Convenção Americana — que reconhece e proclama o direito fundamental à

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

³¹⁹ “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

liberdade de expressão — fica subordinado aos dispositivos constitucionais que tratam do mesmo tema e às normas que emanam da interpretação e aplicação desses dispositivos pelo STF, mas se sobrepõe aos dispositivos da legislação ordinária. Isso deveria significar, na prática, que a jurisprudência da Corte IDH sobre a resolução do conflito entre a liberdade de expressão e a honra, embora subordinada à jurisprudência do STF, deveria se sobrepor aos entendimentos manifestados pela jurisprudência do STJ. Não é isso, porém, o que ocorre na prática jurisprudencial brasileira, razão pela qual o art. 13 da Convenção Americana não pode ser considerado ‘direito vigente’ no Brasil. Sua existência e vigência são ignoradas. Ainda assim, a análise da jurisprudência interamericana é relevante para os fins desta tese porque a Convenção é norma internacional potencialmente aplicável no direito brasileiro. As ferramentas para proteção da liberdade de expressão são oferecidas pelo ordenamento aos operadores do direito. Basta que se disponham a utilizá-las.

8.3.

As duas dimensões da liberdade de expressão e o padrão democrático: os fundamentos da jurisprudência interamericana

O direito à liberdade de pensamento e expressão está previsto no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos nos seguintes termos:

Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Deste texto normativo e da interpretação e aplicação que lhe foram conferidas pela Corte IDH, diversas regras e princípios foram extraídos em favor de uma ampla proteção do direito à liberdade de expressão. A Corte IDH definiu a liberdade de expressão como ‘pedra angular da democracia’³²⁰ e esclareceu que esse direito fundamental se desenvolve em dois aspectos: um pessoal, que se caracteriza no direito de a pessoa falar e escrever e, ainda, de se utilizar de qualquer meio para difundir o seu pensamento; outro social, consubstanciado no direito de qualquer pessoa buscar, receber e conhecer as informações e ideias manifestadas pelas outras pessoas.

A primeira decisão sobre o direito à liberdade de expressão foi proferida pela Corte em novembro de 1985, mais de seis anos após sua instalação, ocorrida setembro de 1979. Trata-se da Opinião Consultiva nº 5/85³²¹, emitida pela Corte — a requerimento do Governo da Costa Rica — no exercício da competência consultiva estabelecida pelo art. 64 da Convenção³²². Este processo ficou conhecido como caso ‘Associação Obrigatória de Jornalistas’. Em julho de 1985, o Governo da Costa Rica, em razão de um compromisso assumido com a Sociedade Interamericana de Imprensa, solicitou à Corte que se pronunciasse sobre a compatibilidade da Lei nº 4.420, de 22 de setembro de 1969 (Lei Orgânica do Colégio dos Jornalistas da Costa Rica) — que estabelecia inscrição obrigatória no conselho profissional dos jornalistas para o exercício do jornalismo na Costa

³²⁰ A definição foi formulada na Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafos 69 e 70, nos seguintes termos: “A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseja influir sobre a coletividade possa desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer as suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre”.

³²¹ Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985

³²² Art. 64: “1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.

Rica — com as disposições dos artigos 13 e 29 da Convenção. A decisão proferida pela Corte, mais do que simplesmente responder a questão sobre a compatibilidade entre a Convenção e a lei que estabelecia a inscrição obrigatória em conselho profissional para o exercício da profissão de jornalista, revelou-se — como destacou Bertoni — não apenas uma decisão judicial, mas um verdadeiro manual de estudos sobre a liberdade de expressão no sistema interamericano.³²³ Em conjunto com a Opinião Consultiva n° 7/86³²⁴, constituiu, ao menos até 1997, toda a jurisprudência da Corte sobre o tema da liberdade de expressão.

Dois conceitos básicos e fundamentais, adotados em todas as decisões que a Corte proferiu sobre a liberdade de expressão, foram identificados: as duas dimensões da liberdade de expressão e o padrão democrático. Segundo o entendimento da Corte, a liberdade de expressão contém uma dimensão individual e outra social, ambas reconhecidas pelo art. 13 da Convenção (“esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza”). Sendo assim, está assegurado não apenas o direito à expressão do próprio pensamento (transmitir notícias, informações, manifestar opiniões, etc.), utilizando-se de qualquer meio para divulgá-lo, como também o direito de buscar, receber e conhecer o pensamento alheio (informações e ideias de toda natureza):

quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não só o direito desse indivíduo está sendo violado, como também o direito de todos a ‘receber’ informações e ideias, donde resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais.³²⁵

A violação do direito à liberdade de expressão implica, então, sempre e necessariamente, um duplo dano: a violação do direito de quem quer se manifestar e a violação do direito de quem quer receber a manifestação do pensamento. Isso porque, segundo sustentou a Corte, o art. 13 da Convenção estabelece, por um lado, que ninguém pode ser “arbitrariamente menoscabado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento”, o que representa “um direito de cada indivíduo” e também, por outro lado, que existe “um direito coletivo a receber

³²³ BERTONI, E.A., *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*, p. 109.

³²⁴ A Opinião Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, trata do tema direito de resposta e retificação previsto no art. 14 da Convenção.

³²⁵ Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafo 30

qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio”.³²⁶ Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se limita ao reconhecimento do direito de falar e escrever, mas se estende ao direito de “utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários”. Trata-se do direito da pessoa de falar, escrever, expressar e difundir por qualquer meio o seu pensamento.

Para que a liberdade de expressão possa ser plenamente exercida, o direito de a pessoa expressar e difundir o seu pensamento deve vir acompanhado do direito de conhecer o pensamento de outras pessoas. A Corte considerou que, em sua dimensão coletiva, a liberdade de expressão é fundamental para possibilitar o intercâmbio de ideias e informações entre os seres humanos. A pessoa tem o direito de expressar seus pontos-de-vista e a sociedade, considerando a dimensão coletiva da liberdade de expressão, o direito de conhecer opiniões e notícias: “Para o cidadão comum tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que outros dispõem, como o direito de difundir a sua própria”.³²⁷ Em uma sociedade democrática, a expressão e a difusão do pensamento são indivisíveis e devem ser garantidas simultaneamente.³²⁸ A Corte reiterou esse conceito em diversos casos contenciosos que, ao longo dos anos, lhe foram sendo submetidos.³²⁹ No julgamento do caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*, que ficou conhecido como caso ‘A Última Tentação de Cristo’, a Corte reafirmou as dimensões individual e social do direito à liberdade de expressão e ressaltou que as duas dimensões se apresentam com igual importância, devendo ser asseguradas simultaneamente a fim de que se reconheça por completo o direito à liberdade de expressão. A Corte apresentou a mesma fundamentação no caso *Claude Reyes v. Chile*, acrescentando que outros instrumentos internacionais de direitos humanos,

³²⁶ Ibid.

³²⁷ Ibid., parágrafo 32

³²⁸ Ibid., parágrafo 31: “Quando a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e expressão compreende o direito de difundir informações e ideias, ‘por qualquer procedimento’, está sublinhando que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite do direito de expressar-se livremente”.

³²⁹ Segundo pesquisa de GARCÍA RAMÍREZ, S. e GONZA, A., *La Libertad de Expresión en La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: casos *Olmedo Bustos*: §§ 64 e 65 a 67; *Ivcher Bronstein*: §§ 147 a 149; *Herrera Ulloa*: §§ 108 e 109 a 111; *Ricardo Canese*: §§ 77 a 80; *Palamara Iribarne*: §§ 69, 72 e 73; *López Álvarez*: §§ 163 e 164; *Claude Reyes*: §§ 75 a 77.

como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também reconhecem, além do direito de difundir, o direito de buscar e receber ideias e informações.³³⁰ Como ressaltaram Ramírez e Gonza, a dimensão individual e social da liberdade de expressão e a indivisibilidade da expressão e da difusão do pensamento importam em que a proteção ocorra simultaneamente, cada dimensão adquirindo sentido e plenitude em função da outra.³³¹

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição também reconhece e protege as duas dimensões da liberdade de expressão, embora as normas de proteção não estejam previstas no mesmo dispositivo normativo, mas em diferentes incisos do art. 5º. Com efeito, os incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição asseguram o direito de manifestação do pensamento (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) e a difusão de notícias e ideias, por qualquer meio, independentemente de censura ou licença da autoridade pública (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”), bem como o direito de buscar e receber informações (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo a fonte, quando necessário ao exercício profissional”). O conceito da dimensão social da liberdade de expressão (direito de a sociedade buscar e receber informações e opiniões, direito de acesso à informação) e a identificação do sujeito passivo dessa relação jurídica (o estado como devedor da obrigação de não interferir na comunicação) permitem entender por que a informação e a opinião devem ser divulgadas e não podem ser indevidamente restringidas mesmo que possam afetar a honra de outras pessoas.

Assentada a premissa de que a liberdade de expressão comporta duas dimensões, a Corte IDH, na mesma decisão proferida ao emitir a Opinião Consultiva nº 5/85, passou a estabelecer o que denominou ‘padrão democrático como fundamento da liberdade de expressão’, a fim de analisar as restrições admitidas ao exercício dessa liberdade. Para a Corte, em se tratando da interpretação da Convenção Americana, devem-se observar as justas exigências da

³³⁰ Caso “Claude Reyes e outros v. Chile”, sentença de 19 de setembro de 2006

³³¹ Id., op.cit., p. 18

democracia e, “em particular, daquelas disposições que estão criticamente relacionadas com a preservação e o funcionamento das instituições democráticas”.³³² Em fundamentação posterior e frequentemente invocada, declarou a Corte que a liberdade de expressão é a pedra angular da democracia:

A liberdade de expressão se insere em uma ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem um debate livre e sem que a oposição tenha pleno direito de se manifestar (...).

A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseja influir sobre a coletividade possa desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer as suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.³³³

Este entendimento aproxima a jurisprudência da Corte IDH dos fundamentos da doutrina da malícia real, que protege vigorosamente a liberdade de expressão quando em jogo assuntos de interesse público. A proclamação da liberdade de expressão como pedra angular da existência de uma sociedade democrática foi reiterada no julgamento dos casos Claude Reyes, Ricardo Canese,³³⁴ Herrera Ulloa, Ivcher Bronstein e Olmedo Bustos. Em ‘A Última Tentação de Cristo’, a Corte reafirmou, no parágrafo 69 de sua decisão, que: “A liberdade de expressão, como pedra angular de uma sociedade democrática, é uma condição essencial para que esta esteja suficientemente informada”. Como bem aponta a jurisprudência da Corte, a defesa da liberdade de expressão é a defesa da própria democracia. Analisando a jurisprudência da Corte, Ramírez e Gonza ressaltaram que:

[a] Corte Interamericana de Derechos Humanos ocupou-se em estabelecer a relevância da liberdade de expressão na sociedade democrática: é fundamento e efeito desta, instrumento para seu exercício, garantia de seu desempenho. Há uma relação evidente entre o desdobramento da expressão e o gozo da liberdade. (...).

³³² Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafo 44

³³³ Ibid., parágrafos 69 e 70

³³⁴ Caso contencioso – série C nº 111: Ricardo Canese v. Paraguai – sentença proferida em 31 de agosto de 2004: “Sem uma efetiva liberdade de expressão, materializada em todos os seus termos, a democracia se desvanece, o pluralismo e a tolerância começam a se desfazer, os mecanismos de controle e denúncia cidadã começam a se tornar inoperantes e, em definitivo, cria-se um campo fértil para que sistemas autoritários se estabeleçam na sociedade”.

A ordem pública democrática reclama, portanto, a defesa da liberdade de expressão. A ela serve, em seu âmbito de atribuições, a jurisdição da Corte.³³⁵

No mesmo sentido é a lição de Arangurem, para quem a liberdade de expressão:

junto com ser um dos direitos humanos objeto de reconhecimento e tutela pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José de 1969, em seu art. 13, e de ser – como tal direito – um dos ‘elementos essenciais da democracia representativa’, a liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa é, por sua vez, segundo a referida Carta, exigência sem a qual a democracia – inclusive a já instalada em seus aspectos substantivos – deixa de ser o que é ou falha como o que deve ser em seu desempenho e exercício.³³⁶

Bertoni, por sua vez, esclarece que a Corte afirmou “a relação da liberdade de expressão com a democracia em cada um dos casos em que trataram da violação ao art. 13 da Convenção”.³³⁷ Tal como a Suprema Corte norte-americana, que ao formular a doutrina da malícia real ressaltou a importância da proteção da liberdade de expressão em favor de um debate amplo, robusto e desinibido, a Corte Interamericana, destacando a superior importância da liberdade de expressão para a existência da sociedade democrática, utilizou-se — a observação é de Bertoni — dos dois fundamentos constituíram a base argumentativa de todas as sentenças posteriormente proferidas: a dupla dimensão da liberdade de expressão e o padrão democrático, ambos estabelecidos já desde o julgamento da Opinião Consultiva nº 5/85.

³³⁵ GARCÍA RAMÍREZ e GONZA, *op.cit.*, p. 17

³³⁶ ARANGUREM, A.A.; *La Libertad de Expresión y Prensa: Jurisprudencia Interamericana*, p. 10

³³⁷ BERTONI, *op.cit.*, p. 110. Acrescenta o autor: “Este padrão democrático resulta básico para a interpretação do conteúdo do direito à liberdade de expressão. A ligação à democracia implica que a liberdade de expressão resulta um direito humano que se se perde, põe em perigo a vigência de todos os demais valores e princípios imperantes em uma sociedade democrática. Consequentemente, a proteção do direito a expressar as ideias livremente é fundamental para a plena vigência dos demais direitos humanos. Sem liberdade de expressão e informação não há democracia plena, e, sem democracia, a triste história hemisférica demonstrou que desde o direito à vida até a propriedade são postos seriamente em perigo”.

8.4.

Os critérios para imposição de responsabilidade por violação à honra na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além de estabelecer os dois fundamentos da liberdade de expressão no sistema interamericano, a Opinião Consultiva nº 5/85 também abordou diversas outras questões, inclusive a referente às responsabilidades que a Convenção Americana admite que sejam impostas em caso de exercício abusivo do direito à liberdade de expressão. Cabe observar que a Corte IDH não tem como absoluto o direito à liberdade de expressão. Por esta razão, mesmo conferindo à liberdade de expressão um caráter preferencial e proibindo, em qualquer hipótese, a censura prévia, mesmo a judicial, a Convenção estabelece as condições de imposição de responsabilidades àqueles que exercerem abusivamente o direito de expressar seu pensamento, violando outros direitos também fundamentais, tal como a honra.³³⁸

O inciso 2 do art. 13 da Convenção dispõe que o exercício do direito à liberdade de expressão, embora não possa estar submetido à censura prévia, fica sujeito a “responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. A este respeito, disse a Corte que nem toda restrição aos meios de comunicação ou a liberdade de se expressar é necessariamente contrária à Convenção. O inciso 2 do art. 13 aponta as condutas definidas legalmente como causas geradoras de responsabilidades por abuso da liberdade de expressão, estabelecendo formas de restrição legitimamente permitidas pela Convenção. A Corte formulou, então, um teste tripartido para que se possam impor responsabilidades civis e penais ulteriores contra aquele que manifestou de forma abusiva o pensamento. Sendo assim, a restrição à liberdade de manifestação do pensamento apenas se justifica: (a) se as causas de responsabilidade estiverem previstas, expressa e taxativamente, em lei; (b) se a restrição estiver fundada em

³³⁸ Nesse sentido, a lição de Aranguren, op.cit, recorda que: “A liberdade de expressão e imprensa, embora seja não só uma exigência para o desenvolvimento da personalidade, senão também parte inseparável da experiência democrática, não pode ser assumida como um absoluto e tampouco como um objeto de simples recreação pessoal introspectiva, estranha aos outros: ‘não é um direito absoluto’, pois, tal como reiterou a Corte Interamericana em sua decisão do caso Palamara Iribarne v. Chile (sentença de 22 de novembro de 2005), para em seguida ajustar que o ‘art. 13.2 da Convenção prevê a possibilidade de estabelecer restrições à liberdade de pensamento e de expressão”.

uma finalidade legítima; (c) se as hipóteses de responsabilidade se mostrarem necessárias para assegurar a mencionada finalidade.³³⁹ Fazendo referência aos artigos 29, *c* e *d* e 32, 2 da Convenção, a Corte esclareceu que a expressão “necessárias para assegurar” inserida no inciso 2 do art. 13 significa — em razão das reiteradas referências na Convenção à sociedade democrática, às instituições democráticas e à democracia representativa — estar necessariamente vinculada com “as necessidades legítimas das sociedades e instituições democráticas”.³⁴⁰

O desenvolvimento da jurisprudência interamericana e, sobretudo, os casos contenciosos posteriormente submetidos a julgamento permitiram verificar as limitações que a Corte, concretamente, vem impondo ao exercício da liberdade de expressão, especialmente no que diz respeito à imposição de responsabilidades civis e penais em caso de violação da honra. É necessário, então, analisar as decisões em que a Corte Interamericana abordou o tema das responsabilidades por violação à honra e à reputação, verificando suas semelhanças com as questões apreciadas pela Suprema Corte norte-americana no âmbito da doutrina da *malícia real* e, dado o caráter supralegal das normas que emanam do art. 13 da Convenção,

³³⁹ Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafo 39 e 40: “O abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de medidas de controle preventivo, senão fundamento de responsabilidade para quem o cometeu. Ainda neste caso, para que a responsabilidade se possa estabelecer validamente, segundo a Convenção, é preciso que se reúnam vários requisitos, a saber:

- a) existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas,
- b) definição expressa e taxativa dessas causa pela lei,
- c) legitimidade do fim perseguido ao estabelecê-las, e
- d) que essas causas de responsabilidade sejam ‘necessárias para assegurar’ os mencionados fins.

Todos estes requisitos devem ser atendidos para que se dê cumprimento cabal ao artigo 13.2.

Esta norma precisa que é a lei que deve estabelecer restrições à liberdade de informação e somente para lograr fins que a própria Convenção assinala. Por se tratar de restrições no sentido que ficou estabelecido (...) a definição legal deve ser necessariamente expressa e taxativa”.

³⁴⁰ Examinando a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos que, ao interpretar o art. 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, concluiu que a expressão necessária, sem ser equivalente à indispensável, deve implicar uma necessidade social imperiosa e, ainda, que, para que uma restrição seja considerada necessária, não é suficiente demonstrar que seja útil ou razoável ou oportuna, a Corte Interamericana observou que esta conclusão também se aplica à Convenção Americana e que a legalidade das restrições impostas à liberdade de expressão dependem de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo, restringindo na menor escala possível o direito protegido, ou seja, a liberdade de expressão. Nesse sentido a Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafo 39 e 40, estabeleceu que: “Entre as várias opções para alcançar esse objetivo deve escolher-se aquela que restrinja em menor escala o direito protegido. Dado este padrão, não é suficiente que se demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil e oportuno; para que sejam compatíveis com a Convenção as restrições devem justificar-se segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 garante e não limite mais do que o estritamente necessário o direito proclamado no artigo 13. É dizer, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e ajustar-se estritamente ao logro desse legítimo objetivo”.

suas potencialidades de aplicação em favor da liberdade de expressão no direito brasileiro. Em forma de tópicos, passa-se à análise das decisões da Corte IDH sobre: a crítica aos agentes e figuras públicas; o exercício da liberdade de expressão no período eleitoral; a necessidade de tipificação expressa, precisa e taxativa dos crimes contra a honra em debates de assuntos de interesse público; o ônus da prova e a diferença entre a afirmação de fatos e a emissão de opiniões.

A crítica aos agentes públicos e às figuras públicas. Ao julgar o caso *New York Times v. Sullivan* em 1964, a Suprema Corte norte-americana formulou a regra a partir da qual se desenvolveu a doutrina da malícia real e segundo a qual – quando presente assunto de interesse público e que envolva a conduta de agente ou servidor público – a imposição de responsabilidade civil ou criminal por violação à honra depende de prova de que aquele que manifestou o pensamento, jornalista ou cidadão, afirmou um fato difamatório e falso e agiu com dolo, ou seja, com o conhecimento da falsidade do fato afirmado ou com temerário desinteresse sobre a verdade ou falsidade do fato que afirmou.

No sistema interamericano, o julgamento do caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*³⁴¹ envolveu um conflito entre a liberdade de expressão manifestada por meio de uma crítica jornalística e a honra de um servidor público, que na ocasião exercia a função de embaixador honorário da Costa Rica. Os fatos envolviam a publicação de matérias jornalísticas no jornal *La Nación*, assinadas pelo jornalista Mauricio Herrera Ulloa. As reportagens vinculavam o embaixador honorário Félix Przedborski a diversas condutas ilícitas (crimes contra a administração pública, corrupção, improbidades administrativas, etc.) e haviam tomado por base informações publicadas em revistas e jornais europeus. Antes de que propusesse qualquer medida judicial, Przedborski pode publicar no jornal *La Nación* artigo em que apresentava a sua versão dos fatos. Uma segunda série de reportagens foi publicada para relatar que o Ministério das Relações Exteriores da Costa Rica havia constituído comissão para examinar a possibilidade de eliminação dos postos diplomáticos honorários. Essas reportagens também relataram que o jornal belga *Der Morgen* apontava que o status diplomático de Przedborski o tornava

³⁴¹ Caso contencioso – série C nº 107: *Herrera Ulloa v. Costa Rica* – sentença proferida em 2 de julho de 2004

intocável para as autoridades judiciárias belgas. Antes de publicar esse segundo grupo de reportagens, o jornalista Herrera Ulloa remeteu um questionário ao advogado do embaixador. Przedborski, então, ajuizou ação penal contra Herrera Ulloa e o jornal La Nación, requerendo a condenação do primeiro réu pelos crimes de calúnia e difamação e a condenação dos dois réus ao pagamento de indenizações. Embora o Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de San José tivesse inicialmente absolvido os réus, a Corte Suprema de Justiça da Costa Rica anulou a decisão absolutória e determinou novo julgamento, o que levou a que tribunal penal condenasse Herrera Ulloa a uma pena de multa e determinou a inscrição de seu nome no rol dos culpados da Costa Rica. Ambos os réus foram condenados ao pagamento de indenização por danos morais. Determinou-se ao jornal La Nación que, em sua página digital, a ligação do nome Przedborski fosse vinculada ao conteúdo dispositivo da sentença, e não às reportagens anteriormente publicadas.

Na sentença que proferiu em julho de 2004, a Corte Interamericana, esclarecendo que não verificaria se as reportagens publicadas constituem ou não crime de acordo com a legislação penal costarriquenha, passou a verificar se as condenações impostas implicariam violação ao direito à liberdade de pensamento e expressão previsto no art. 13 da Convenção Americana. Após recordar que a liberdade de expressão é um direito que se exerce em duas dimensões, individual e social,³⁴² e que se trata de um elemento fundamental sobre o qual se baseia uma sociedade democrática,³⁴³ a Corte afirmou que os meios de comunicação social têm um papel fundamental como veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão em uma sociedade democrática. Destacou também a que o exercício do jornalismo é a “manifestação primária e principal”³⁴⁴ da liberdade de expressão e que os jornalistas devem se envolver responsabilmente com o

³⁴² Ibid., Parágrafo 89: “Este tribunal afirmou que ambas as dimensões possuem igual importância e devem ser garantidas plenamente em forma simultânea para dar efetividade total ao direito à liberdade de expressão nos termos previstos no art. 13 da Convenção”.

³⁴³ Ibid., parágrafo 116: “Existe então uma coincidência nos diferentes sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e no universal quanto ao papel essencial que joga a liberdade de expressão na consolidação e dinâmica de uma sociedade democrática. Sem uma efetiva liberdade de expressão, materializada em todos os seus termos, a democracia se desvanece, o pluralismo e a tolerância começam a se quebrar, os mecanismos de controle e denúncia cidadã começam a tornar-se inoperantes e, em definitivo, se começa a criar o campo fértil para que os sistemas autoritários se arraiguem na sociedade”.

³⁴⁴ Ibid., parágrafo 118

exercício das atividades que são alcançadas pela liberdade de expressão garantida pela Convenção. Ao ressaltar a necessidade de fortalecimento do debate público – tema também caro à doutrina da malícia real – disse a Corte Interamericana que:

é fundamental que os jornalistas que trabalham nos meios de comunicação gozem da proteção e da independência necessárias para realizar cabalmente as suas funções já que são eles quem mantêm informada a sociedade, requisito indispensável para que esta goze de uma plena liberdade e o debate público se fortaleça.³⁴⁵

Passando a examinar as restrições que legitimamente se podem estabelecer à liberdade de expressão em uma sociedade democrática, a Corte apontou que: “o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto e pode ser objeto de restrições tal como assinala o artigo 13 da Convenção nos seus incisos 4 e 5”,³⁴⁶ ressaltando, no entanto, que – no confronto da liberdade de expressão com outros direitos, inclusive a honra – deve existir uma margem reduzida de restrição a qualquer debate político ou sobre questões de interesse público. Isso porque: “[o] controle democrático por parte da sociedade e através da opinião pública fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidades dos funcionários encarregados da gestão pública”.³⁴⁷ E, invocando fundamento que também estava presente no julgamento da Suprema Corte norte-americana em *New York Times*, esclareceu que:

as expressões concernentes a funcionários públicos ou a outras pessoas que exercem funções de natureza pública devem gozar, nos termos do artigo 13.2 da Convenção, de uma margem de abertura a um amplo debate a respeito dos assuntos de interesse público, o que é essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático.³⁴⁸

Observou a Corte que a honra dos agentes públicos também deve estar protegida. Essa proteção, no entanto, deve se fazer “de acordo com os princípios do pluralismo democrático”.³⁴⁹ Tal como a corte norte-americana, o tribunal internacional ressaltou que esse padrão de proteção não se assenta na apenas na qualidade do sujeito, mas no caráter público das atividades que ele desempenha:

³⁴⁵ Ibid., parágrafo 119

³⁴⁶ Ibid., parágrafo 120

³⁴⁷ Ibid., parágrafo 127

³⁴⁸ Ibid., parágrafo 128

³⁴⁹ Ibid., parágrafo 128

Aquelas pessoas que influem em questões de interesse público se expuseram voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, conseqüentemente, se veem expostas a um maior risco de sofrer críticas, já que suas atividades saem do domínio da esfera privadas para se inserirem na esfera do debate público.³⁵⁰

A decisão da Corte IDH foi no sentido de que a República da Costa Rica, ao impor a condenação penal ao jornalista Mauricio Herrera Ulloa, violou o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A condenação penal havia sido fundamentada no fato de o acusado não haver comprovado a verdade dos fatos atribuídos ao agente público Przedborski. A Corte Interamericana entendeu que a necessidade de o réu comprovar a verdade dos fatos afirmados é uma: “exigência que entranha uma limitação excessiva à liberdade de expressão, de maneira inconsequente com o previsto no artigo 13.2 da Convenção”.³⁵¹ Sendo assim, não é compatível com a Convenção Interamericana a regra que atribui ao réu o ônus de comprovar a verdade dos fatos que afirmou:

O efeito desta exigência resultante da sentença implica uma restrição incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana toda vez que produz um efeito dissuasivo, atemorizador e inibidor sobre todos que exercem a profissão de jornalista, o que, por sua vez, impede o debate público sobre temas de interesse da sociedade.³⁵²

Em novembro de 2005, a Corte IDH reiterou esses fundamentos ao decidir o caso *Palamara Iribarne v. Chile* em que o demandante, militar da reserva da Marinha, havia sido condenado pelo crime contra a honra de servidor público em razão da entrevista coletiva que concedida em maio de 1993, criticando a atuação do Ministério Público Naval.³⁵³ Nesse julgamento, a Corte reiterou ser preciso que

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid., parágrafo 132

³⁵² Ibid., parágrafo 133

³⁵³ Caso contencioso – série C nº 135: *Palamara Iribarne v. Chile* – sentença proferida em 22 de novembro de 2005, parágrafo 82: “Em matéria de restrições à liberdade de expressão por meio do estabelecimento de responsabilidades ulteriores, o Tribunal estabeleceu, em casos anteriores, que é lógico e apropriado que as expressões concernentes a funcionários públicos ou a outras pessoas que exercem funções de natureza pública gozem, nos termos do artigo 13.2 da Convenção, de uma maior proteção que permita uma margem de abertura para um debate amplo, essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático. Estes critérios se aplicam no presente caso a respeito das opiniões críticas ou declarações de interesse público vertidas pelo senhor Palamara Iribarne em relação com as atuações realizadas pelo Ministério Público Naval de Magallanes no curso do processo penal militar contra si proposto pelos delitos de desobediência e descumprimento de deveres militares. Ademais, os fatos do presente caso e as declarações do

os servidores públicos, em um regime democrático, tenham uma maior margem de tolerância e abertura à crítica que a sociedade lhes dirige por meio da opinião pública. Isso porque assim se promove a transparência na gestão da coisa pública, evidenciando-se a responsabilidades dos administradores. “Isso se aplica aos funcionários e membros da Armada, incluindo aqueles que integram os tribunais”;³⁵⁴ em outras palavras: juízes e militares também podem ser livremente criticados pela sociedade no que se refere às atividades públicas que exercem.

A Corte IDH manteve no julgamento do caso Herrera Ulloa e Palarama Iribarne as premissas básicas estabelecidas no julgamento da Opinião Consultiva nº 5/85³⁵⁵, acrescentando-lhe muitos outros fundamentos, todos compatíveis com a doutrina da malícia real. Embora a liberdade de expressão não seja considerada no direito interamericano – tal como em qualquer outro ordenamento jurídico nacional ou internacional, e nem nos Estados Unidos – um direito absoluto (porque se há de proteger o direito à honra, à privacidade e os demais direitos de outras pessoas), os limites do direito à liberdade de expressão, em se tratando de debate público ou de debate sobre questões de interesse público envolvendo agentes públicos, figuras e servidores públicos, devem ser maximizados. Os agentes públicos, em razão das atividades que desempenham, se submetem a um escrutínio público mais exigente: sua honra, portanto, deve ser protegida de acordo com os princípios do pluralismo democrático. A liberdade de expressão, quando manifestada em assuntos de interesse público e sobre a conduta de servidores públicos, detém uma posição preferencial. A necessidade de as figuras e agentes públicos estarem sujeitos a um julgamento constante do povo é razão para que o debate de temas de interesse público não seja interdito.

Cabe, por outro lado, observar que – embora a inversão do ônus da prova, determinada pela necessidade de o réu comprovar a verdade dos fatos afirmados, tenha sido considerada incompatível com o art. 13 da Convenção – a Corte IDH não decidiu se as sanções penais são incompatíveis com o direito fundamental à

senhor Palamara Iribarne suscitaram interesse por parte da imprensa e, por conseguinte, do público”.

³⁵⁴ Ibid., parágrafo 83

³⁵⁵ Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985

liberdade de expressão ou, ainda, se as sanções civis, ou os montantes que se estabelecem a título de indenização, também o são.

A liberdade de expressão no período eleitoral. Em agosto de 2004, a Corte Interamericana julgou mais um caso envolvendo o tema liberdade de expressão: Ricardo Canese v. Paraguai. O engenheiro industrial Canese era um dos principais especialistas paraguaios nos assuntos relacionados à central hidroelétrica Itaipu Binacional. Em 1991, foi eleito vereador na cidade de Assunção, cargo que exerceu até 1996. Entre 1990 e 1991, apresentou diversas denúncias de corrupção e fraude fiscal envolvendo o conglomerado de empresas CONEMPA, que foi uma das encarregadas, pelo lado paraguaio, de executar as obras da central hidroelétrica de Itaipu. Em 1993, Canese concorreu ao cargo de Presidente da República contra, dentre outros, o engenheiro Juan Carlos Wasmosy, que acabou eleito em maio de 1993. Wasmosy havia sido presidente do conselho diretor do conglomerado CONEMPA entre 1975 e 1993. Durante a campanha eleitoral, Canese concedeu entrevistas sobre a candidatura de Wasmosy e, em 27 de agosto de 1992, foram publicadas reportagens aos jornais Noticias e ABC Color com as seguintes declarações de Canese: “Wasmosy (...) passou de um estado de falência em que se encontrava a mais espetacular riqueza, graças ao apoio que lhe concedeu a família do ditador e que permitiu que fosse o presidente da CONEMPA, o consórcio que gozou do monopólio da parte paraguaia nas principais obras civis de Itaipu”; “na prática, o engenheiro Wasmosy foi testa-de-ferro da família Stroessner na CONEMPA, empresa que pagava dividendos importantes ao ditador”. Em outubro de 1992, alguns diretores da CONEMPA propuseram ação penal em face de Canese, o que gerou sua condenação a uma pena de 4 (quatro) meses de prisão e multa pelos crimes de difamação e injúria que, após apelação, foi reduzida para 2 (dois) meses de prisão, diminuindo-se o valor da multa. Foram interpostos diversos recursos e Canese ficou proibido de deixar o país em várias ocasiões durante 8 (oito) anos enquanto aguardava uma decisão final. A Corte Suprema de Justiça do Paraguai, dezembro de 2002, já após a admissão da demanda perante a Corte IDH, deu provimento ao recurso de revisão para anular as condenações. Embora absolvido o demandante, a Corte

entendeu que deveria apreciar as violações aos direitos humanos de Canese que ocorreram no curso do processo penal.³⁵⁶

Após reiterar os fundamentos da liberdade de expressão em sua jurisprudência, a Corte — de forma inédita — afirmou a importância do direito à liberdade de expressão durante uma campanha eleitoral ressaltando a vinculação entre os direitos políticos e a liberdade de expressão:³⁵⁷

A Corte considera importante ressaltar que, no marco de uma campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e de expressão em suas duas dimensões constitui um bastião fundamental para o debate durante o processo eleitoral, devido a que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a contenda política entre os distintos candidatos e partidos que participam nos comícios e se transforma em um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas apresentadas pelos distintos candidatos, o que permite uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de sua gestão.³⁵⁸

Ao tratar das restrições que são permitidas à liberdade de expressão em uma sociedade democrática, a Corte IDH reafirmou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e reiterou seu entendimento no sentido de que está sujeita às restrições indicadas nos incisos 4 e 5 do art. 13 da Convenção e, ainda, que — em caso de exercício abusivo — às responsabilidades ulteriores que a lei estabelecer com base na permissão do inciso 2. Estas restrições, contudo, “não devem de modo algum limitar, mais além do estritamente necessário, o alcance pleno da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou

³⁵⁶ Caso contencioso – série C n° 111: Ricardo Canese v. Paraguai – sentença proferida em 31 de agosto de 2004, parágrafo 71: “A Corte deve recordar que a responsabilidade internacional do Estado nasce de imediato com o ilícito internacional, ainda que somente possa ser exigida depois de que o Estado tenha a oportunidade de o reparar por seus próprios meios”.

³⁵⁷ Ibid., parágrafo 90: “O Tribunal considera indispensável que se proteja e garanta o exercício da liberdade de expressão no debate político que precede as eleições das autoridades estatais que governarão um Estado. A formação da vontade coletiva mediante o exercício do sufrágio individual se nutre das diferentes opções que apresentam os partidos políticos por meio dos candidatos que os representam. O debate democrático implica que se permita a circulação livre de idéias e informação a respeito dos candidatos e seus partidos políticos por parte dos meios de comunicação, dos próprios candidatos e de qualquer pessoa que deseje expressar sua opinião ou brindar informação. É preciso que todos possam questionar e indagar sobre a capacidade e idoneidade dos candidatos, assim como dissentir e confrontar suas propostas, idéias e opiniões de maneira a que os eleitores possam formar seu critério para votar. Nesse sentido, o exercício dos direitos políticos e a liberdade de pensamento e de expressão se encontram intimamente ligados e se fortalecem entre si”.

³⁵⁸ Ibid., parágrafo 88

indireto de censura prévia”.³⁵⁹ Entendeu, então, a Corte que a responsabilidade penal imposta a Canese pelas declarações que prestou durante a disputa eleitoral paraguaia não “cumpriu com o requisito de necessidade em uma sociedade democrática”.³⁶⁰ Canese prestou declarações no âmbito de uma disputa eleitoral e a respeito de assuntos de interesse público. Nesse contexto, as opiniões se emitem de uma maneira mais aberta, intensa e dinâmica “de acordo com os princípios do pluralismo democrático”.³⁶¹ Entendeu a Corte que, antes que se impusesse condenação penal por violação à honra e à reputação, os tribunais do Paraguai deveriam ter ponderado o valor que a liberdade de expressão e o debate aberto dos assuntos de natureza pública adquirem em uma sociedade democrática. Sendo assim, concluiu que a condenação e a proibição de se ausentar do território do país imposta a Ricardo Canese “constituíram uma sanção desnecessária e excessiva” e também “limitaram o debate aberto sobre temas de interesse ou preocupação pública e restringiram o exercício da liberdade de pensamento e de expressão do senhor Canese de emitir suas opiniões durante o resto da campanha eleitoral”.³⁶² Por outro lado, lembrou que a Convenção Americana, em seu art. 11, também protege o direito à honra – inclusive a dos agentes públicos e a dos particulares envolvidos em assuntos de interesse público – mas sempre de acordo com os princípios do pluralismo democrático,³⁶³ devendo o estado disponibilizar a seus cidadãos meios judiciais de proteção à honra.³⁶⁴

Pode-se dizer, em resumo, que o caso Ricardo Canese v. Paraguai representou um avanço na jurisprudência interamericana, uma vez que a Corte pode afirmar mais claramente que não apenas os jornalistas devem estar mais protegidos quando suas declarações alcancem a conduta dos servidores públicos

³⁵⁹ Caso contencioso – série C n° 111: Ricardo Canese v. Paraguai – sentença proferida em 31 de agosto de 2004, parágrafo 95

³⁶⁰ Ibid., parágrafo 96

³⁶¹ Ibid., parágrafo 105

³⁶² Ibid., parágrafo 106

³⁶³ Ibid., parágrafo 100: “As considerações anteriores não significam, de modo algum, que a honra dos funcionários públicos não deva ser juridicamente protegida, senão que o deve ser em concordância com os princípios do pluralismo democrático. (...) a proteção da reputação dos particulares que se encontram imiscuídos em atividades de interesse público também se deverá realizar de conformidade com os princípios do pluralismo democrático”.

³⁶⁴ Ibid., parágrafo 101. O direito à honra é protegido pelo art. 11 da Convenção, razão pela qual constitui “um limite à expressão, ataques ou ingerências dos particulares ou do Estado. Por isso, é legítimo que quem se sinta afetado em sua honra recorra a mecanismos judiciais que o Estado disponibilize para sua proteção”.

(como no caso Herrera Ulloa), mas também todos os cidadãos e quanto a todos os assuntos de natureza pública, independentemente de a pessoa atingida pela declaração ostentar a qualidade de servidor público. Nessas hipóteses, a Convenção Americana protege de forma mais ampla a manifestação do pensamento, não se justificando a imposição de responsabilidades ao emissor da expressão, salvo se comprovada uma necessidade social imperiosa em uma sociedade democrática. Bertoni fez importantes observações a respeito dessa decisão:

Em primeiro lugar, a Corte IDH fez referência às restrições permitidas em uma sociedade democrática, para o que se valeu do parâmetro da necessidade elaborado na OC-5. Em segundo lugar, destacou a maior margem de tolerância que deve existir frente a afirmações e apreciações vertidas no curso dos debates políticos ou sobre questões de interesse público e com ele conectado, explicou que as expressões concernentes a funcionários públicos ou a outras pessoas particulares que exercem funções de natureza pública devem gozar de uma margem de abertura a um debate amplo a respeito de assuntos de interesse público.³⁶⁵

Sem formular claramente uma regra como a da doutrina da malícia real, a Corte Interamericana invocou fundamentos anteriormente utilizados pela Suprema Corte norte-americana em seus julgamentos.³⁶⁶ Entendeu que não houve abuso da liberdade de expressão e que a punição criminal imposta ao demandante foi desproporcional. A Corte IDH, no entanto, absteve-se de formular uma regra para imposição de responsabilidade civil ou penal que atendesse aos parâmetros de proteção da liberdade de expressão quando em conflito com a honra segundo as normas da Convenção Americana. A Suprema Corte norte-americana estendeu a aplicação da regra da malícia real aos casos criminais no julgamento de Garrison

³⁶⁵ BERTONI, op.cit., p. 129

³⁶⁶ Além dos já mencionados, afirmou a Corte: “(...) em se tratando de funcionários públicos, de pessoas que exercem funções de natureza pública e de políticos, deve-se aplicar um limite diferente de proteção, que não se assenta na qualidade do sujeito, mas no caráter de interesse público que carrega as atividades ou atuações de uma pessoa determinada. Aquelas pessoas que influem em questões de interesse público se expuseram voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, conseqüentemente, nesse âmbito se veem submetidas a um maior risco de sofrer críticas, já que suas atividades saem do domínio da esfera privada para se inserirem na esfera do debate público. Neste sentido, no marco do debate público, a margem de aceitação e tolerância às críticas por parte do próprio Estado, dos funcionários públicos, dos políticos e inclusive dos particulares que desenvolvem atividades submetidas ao escrutínio público deve ser muito maior do que a dos particulares. Nesta hipótese se encontram os diretores da empresa CONEMPA, consórcio que foi encarregado da execução de grande parte das obras de construção da central hidroelétrica de Itaipu”. (caso contencioso – série C n° 111: Ricardo Canese v. Paraguai – sentença proferida em 31 de agosto de 2004, parágrafo 98)

v. Louisiana³⁶⁷ e aos debates eleitorais, especialmente às expressões dirigidas aos candidatos a cargos eletivos, no julgamento de *Monitor Patriot Co. v. Roy*.³⁶⁸

Outra consideração importante que vale tanto para o caso Canese como para o caso Herrera Ulloa, anteriormente julgado, é a que diz respeito à decisão da Corte sobre a necessidade de imposição de sanção penal para punir o exercício abusivo do direito à liberdade de expressão. Vale reforçar que, em ambos os julgamentos, a Corte entendeu que as vítimas não abusaram do direito à liberdade de expressão, não se justificando a imposição de qualquer responsabilidade a eles. A Corte considerou a sanção penal inadequada, sustentando que o direito penal é o meio mais severo e restritivo de que dispõe a sociedade para a imposição de responsabilidades. Porém, não afastou expressamente a possibilidade de sua imposição. Não declarou que o exercício abusivo do direito à liberdade de expressão não pode ser sancionado com uma pena criminal.

A necessidade de tipificação expressa, precisa e taxativa dos crimes contra a honra em relação a expressões referidas a assuntos de interesse público. O ônus da prova. A diferença entre a afirmação de fatos e a emissão de opiniões. Nova sentença sobre o tema liberdade de expressão foi proferida pela Corte Interamericana em maio de 2008. Trata-se do caso que envolveu Eduardo Gabriel Kimel, como demandante, e a República Argentina como demandada³⁶⁹. Embora as partes tenham alcançado uma solução amistosa quanto ao reconhecimento dos fatos e das violações à Convenção Americana, ficou para a Corte a tarefa de fixar as indenizações e reparações devidas ao demandante.

Eduardo Kimel, historiador, escritor e jornalista argentino, publicou, em novembro de 1989, o livro ‘O Massacre de São Patrício’ em que narrou e analisou os fatos envolvendo o assassinato de religiosos em julho de 1976 durante a ditadura militar argentina. O processo judicial que se instaurou para apurar os homicídios dos religiosos foi objeto de comentários do escritor, inclusive para criticar a atuação do juiz federal que o presidiu e do poder judiciário argentino

³⁶⁷ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64

³⁶⁸ *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265

³⁶⁹ Caso contencioso– série C nº 177: Eduardo Kimel v. Argentina – sentença proferida em 2 de maio de 2008

como um todo na época da ditadura militar naquele país. Disse o autor que: “(...) a leitura dos autos do processo conduz a uma primeira pergunta: Queria realmente [o juiz federal] chegar a uma pista que levasse aos assassinos? A atuação dos juízes durante a ditadura foi, em geral, condescendente, quando não cúmplice da repressão ditatorial” e prosseguiu: “A evidência de que a ordem do crime havia partido da entranha do poder militar paralisou a investigação, levando-a a um ponto morto”. Em função dessas declarações, foi processado criminalmente por suas declarações e acabou condenado pelo crime de calúnia.

A Corte IDH, (a) reconhecendo a existência de um conflito entre direitos fundamentais igualmente garantidos pela Convenção, (b) proclamando a necessidade de garantir simultaneamente o exercício desses direitos, (c) ressaltando a importância do direito à honra e a necessidade de sua proteção e (d) declarando que: “a liberdade de expressão não é um direito absoluto”,³⁷⁰ entendeu violado o direito à liberdade de expressão do demandante. Observe-se, no entanto, que o primeiro fundamento para considerar a decisão condenatória incompatível com a Convenção dizia respeito à violação do princípio da legalidade.³⁷¹ Após assinalar que é a lei que deve estabelecer restrições ao direito à liberdade de expressão, assentou a Corte que: “qualquer limitação ou restrição deve estar prevista na lei, tanto em sentido formal como material”,³⁷² acrescentando:

se a restrição ou limitação provém do direito penal, é preciso observar os estritos requerimentos característicos da tipificação penal para satisfazer neste âmbito o princípio da legalidade. Assim, devem formular-se em forma expressa, precisa, taxativa e prévia. O marco legal deve garantir segurança jurídica ao cidadão.³⁷³

No ordenamento argentino, os delitos de calúnia e injúria estavam tipificados nos artigos 109 e 110 do Código Penal argentino em termos genéricos e imprecisos: “A calúnia ou falsa imputação de um delito que dê lugar a ação

³⁷⁰ Ibid., parágrafo 54

³⁷¹ O princípio da legalidade está previsto no art. 9º da Convenção nos seguintes termos: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.

³⁷² Caso contencioso– série C nº 177: Eduardo Kimel v. Argentina – sentença proferida em 2 de maio de 2008, parágrafo 63

³⁷³ Ibid.

pública será reprimida com prisão de um a três anos”; “Aquele que desonrar ou desacreditar outro será reprimido com multa de mil e quinhentos a noventa mil pesos ou prisão de um mês a um ano” (a semelhança com a lei penal brasileira não é mera coincidência). A Corte IDH entendeu que as normas penais do direito argentino, tal como formuladas, violavam o princípio da legalidade previsto no art. 9º da Convenção, bem como o direito à liberdade de expressão previsto no art. 13. Quanto à idoneidade e finalidade das restrições impostas a Kimel, a Corte considerou que a honra dos juízes, como a de qualquer outra pessoa, está protegida pela Convenção e, ainda, que o direito penal é instrumento “idôneo [para proteção da honra] porque serve para salvaguardar, por meio da cominação da pena, o bem jurídico que se quer proteger”.³⁷⁴ O entendimento que a Corte firmou nessa passagem é certamente a mais problemática consequência do caso Kimel e a razão por que não se pode afirmar que a decisão proferida pela Corte constituiu um avanço inequívoco na jurisprudência até então construída para conferir maior proteção à liberdade de expressão. Considerado o inteiro teor da decisão, verifica-se que a Corte não afastou a possibilidade de imposição de sanções penais para proteção da honra também em casos que envolvem um debate sobre assunto de interesse público. Mesmo reconhecendo a idoneidade da sanção penal para proteção à honra, o tribunal advertiu “que isso não significa que, na espécie, a via penal seja necessária e proporcional”.³⁷⁵ Ao apreciar a necessidade da sanção penal imposta pelo judiciário argentino a Kimel, a Corte assinalou que:

A tipificação ampla dos delitos de calúnia e injúria pode resultar contrária ao princípio da intervenção mínima e da *ultima ratio* do direito penal. Em uma sociedade democrática, o poder punitivo somente se exerce na medida estritamente necessária para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais grave que lhes causem danos ou os ponham em perigo. O contrário conduziria ao exercício abusivo do poder punitivo do Estado.

Tomando em conta as considerações formuladas até agora sobre a proteção devida à liberdade de expressão, a razoável conciliação das exigências de tutela daquele direito, por uma parte, e da honra por outra e o princípio da mínima intervenção penal característico de uma sociedade democrática, o emprego da via penal deve corresponder à necessidade de tutelar bens jurídicos fundamentais frente a condutas que impliquem graves lesões a ditos bens e guardem relação com a magnitude do dano provocado. A tipificação penal de uma conduta deve ser clara e precisa como determinou a jurisprudência deste Tribunal no exame do artigo 9 da Convenção Americana.

³⁷⁴ Ibid., parágrafo 71

³⁷⁵ Ibid.

A corte não estima contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade se deve analisar com especial cautela, ponderando a respeito da extrema gravidade da conduta desenvolvida pelo emissor das informações, o dolo com que atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que ressaltem a necessidade de utilizar, em forma verdadeiramente excepcional, medidas penais. Em todo momento o ônus da prova deve recair sobre quem formula a acusação (...).³⁷⁶

Feitas essas considerações, a Corte concluiu que o Estado Argentino se desempenhou com notório abuso de seu poder punitivo ao condenar Kimel pelo crime de calúnia. Não deve passar despercebido que o ônus da prova recai por completo sobre quem formula a acusação, o que torna incompatível com a Convenção Americana a necessidade de o acusado alegar em sua defesa a exceção da verdade. Não deve ser ônus do réu comprovar a verdade dos fatos afirmados, cabendo inteiramente à acusação produzir prova de que os fatos afirmados são falsos. A falsidade não se presume e deve ser completamente demonstrada pelo órgão de acusação.

Idêntica posição foi adotada pela Corte no julgamento do caso *Tristán Donoso v. Panamá* em que o advogado Tristán Donoso, em meio a uma entrevista coletiva, declarou que o Procurador-Geral da Nação havia determinado a interceptação de conversa telefônica e exposto a gravação a terceiros. Processado pelos crimes de calúnia e injúria, Tristán Donoso foi condenado à pena de 18 (dezoito) meses de prisão, substituída por uma de multa, com inabilitação para o exercício de funções públicas pelo mesmo período e ao pagamento de uma indenização por danos materiais e morais. Ao anular a decisão condenatória proferida pelo Segundo Superior Tribunal de Justiça do Panamá, a Corte IDH sustentou, dentre outros fundamentos, que nas ações penais por delitos contra a honra: “O ônus da prova sempre deve recair sobre quem formula a acusação”.³⁷⁷ Em Kimel, a Corte reiterou que as expressões concernentes às atividades dos servidores públicos no exercício de sua função ou à idoneidade das pessoas para o exercício de um cargo público gozam de uma maior proteção para que se propicie o debate democrático. Aduziu que, em uma sociedade democrática, os servidores

³⁷⁶ Ibid., parágrafo 76 a 78

³⁷⁷ Caso contencioso— série C n° 193: *Tristán Donoso v. Panamá* – sentença proferida em 27 de janeiro de 2009, parágrafo 120

públicos estão mais expostos à crítica e ao escrutínio da opinião pública porque a isso se expuseram voluntariamente. As atividades dos servidores públicos, segundo a Corte, saem da esfera privada e se inserem no debate público e o controle democrático que se realiza por meio da opinião pública fomenta a transparência das atividades estatais. Afirmou a Corte que: “Em uma sociedade democrática, a imprensa deve informar amplamente sobre questões de interesse público, que afetam bens sociais, e os funcionários devem prestar contas de sua atuação no exercício de suas tarefas públicas”.³⁷⁸

Outra questão surgida nesse julgamento, que aproxima a jurisprudência da Corte Interamericana às decisões da Suprema Corte norte-americana, diz respeito à diferença que a decisão aponta entre a afirmação de um fato e a emissão de uma opinião. Disse a Corte IDH que as declarações de Kimel constituíram mera emissão de opinião sobre a conduta do juiz federal que presidiu a investigação:

A crítica realizada pelo senhor Kimel estava relacionada com temas de notório interesse público, se referia a um juiz no desempenho de suas funções e se concretizou em opiniões que não diziam respeito à imputação de delitos. (...) O senhor Kimel emitiu uma opinião que não tinha relação com a vida pessoal do juiz querelante, nem lhe imputava uma conduta ilícita, senão que se relacionava com a causa judicial de que estava encarregado.³⁷⁹

E, tal como fez a Suprema Corte norte-americana no julgamento de *Gertz v. Welch*,³⁸⁰ a Corte IDH assinalou que as opiniões não podem ser objeto de sanções porque não se qualificam como falsas ou verdadeiras:

A Corte observa que o senhor Kimel realizou uma reconstrução da investigação judicial do massacre e, a partir dela, emitiu um juízo de valor crítico sobre o desempenho do Poder Judiciário durante a última ditadura militar na Argentina. (...) O senhor Kimel não utilizou linguagem desmedida e sua opinião foi construída tendo em conta os fatos verificados pelo próprio jornalista.

³⁷⁸ Ibid., parágrafo 88

³⁷⁹ Ibid., parágrafo 89

³⁸⁰ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323. “No âmbito da Primeira Emenda, não existe algo como uma falsa ideia. Conquanto pernicioso uma opinião pareça, sua correção não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da competição de outras ideias”. Esta consideração, porém, proferida *obiter dictum* no caso julgamento de *Gertz v. Welch* não conferiu imunidade absoluta às opiniões que possam afetar a honra como decidiu a Suprema Corte em *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, relatado pelo Ministro-Presidente Renquist: “Portanto, nós não consideramos que essa passagem em *Gertz* pretendeu criar uma completa isenção do caráter difamatório para qualquer coisa que possa ser caracterizada como opinião”.

As opiniões vertidas pelo senhor Kimel não podem considerar-se nem verdadeiras, nem falsas. Como tal, a opinião não pode ser objeto de sanção, mais ainda quando se trata de um juízo de valor sobre um ato oficial de um funcionário público no desempenho de suas funções. Em princípio, a verdade ou a falsidade se refere somente a fatos. Daí que não pode ser submetida a requisitos de veracidade a prova a respeito de juízos de valor.³⁸¹

A questão referente à diferença entra a afirmação de fato e a emissão de opinião também voltou à apreciação da Corte no julgamento de *Tristán Donoso v. Panamá*. É importante observar que, nesse julgamento, a Corte Interamericana assentou novamente, tal como a Suprema Corte norte-americana, que: “Enquanto as opiniões não são susceptíveis de serem verdadeiras ou falsas, as expressões sobre fatos o são”.³⁸² Quanto às afirmações sobre fatos, disse a Corte que:

Em princípio, uma afirmação verdadeira sobre um fato no caso de um funcionário público em um tema de interesse público resulta uma expressão protegida pela Convenção Americana. Sem embargo, a situação é distinta quando se está ante um suposto de inexatidão fática da afirmação que se alega lesiva à honra”.³⁸³

Em outra passagem desse julgamento, ao se referir aos efeitos indesejados decorrentes da imposição das responsabilidades ulteriores a Corte IDH, considerando que houve uma violação ao art. 13 da Convenção, repetiu em termos quase idênticos o voto proferido pelo Juiz Brennan, em 9 de março de 1964, no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*:

[o] temor à sanção civil, ante a pretensão do Procurador de uma reparação civil sumamente elevada, pode ser a todas as luzes tão ou mais intimidante e inibidor para o exercício da liberdade de expressão que uma sanção penal, uma vez que tem a potencialidade de comprometer a vida pessoal e familiar de quem denuncia um funcionário público com o resultado evidente e desvalioso da autocensura, tanto para o afetado como para outros potenciais críticos da atuação de um servidor público.³⁸⁴

Como já se registrou, foi a autocensura no debate dos assuntos de interesse público que tribunal norte-americano procurou a todo custo evitar quando

³⁸¹ Caso contencioso– série C n° 177: Eduardo Kimel v. Argentina – sentença proferida em 2 de maio de 2008, parágrafos 92 a 94

³⁸² Caso contencioso – série C n° 193: Tristán Donoso v. Panamá – sentença proferida em 27 de janeiro de 2009, parágrafo 124

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid., parágrafo 129

formulou a regra da malícia real.³⁸⁵ Quanto ao caso Kimel, considerados todos os fatos, é curioso notar, como lembraram seus advogados, que – até a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – o único condenado no episódio que envolveu o massacre dos religiosos foi o jornalista que apurou os fatos, e não os assassinos ou, ainda, os que se omitiram no dever de investigar. Como decorrência do reconhecimento de sua responsabilidade internacional, a Argentina modificou o capítulo de seu código penal que tratava dos crimes contra a honra, promulgando, em novembro de 2009, a Lei nº 26.551 — que ficou conhecida como Lei Kimel — modificando os artigos 109 e 110 do Código Penal, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

— art. 109. “A calúnia ou falsa imputação a uma pessoa física determinada da comissão de um delito concreto e circunstanciado que dê lugar à ação pública será reprimida com multa de três mil a trinta mil pesos. Em nenhum caso configurarão delito de calúnia as expressões referida a assuntos de interesse público ou as que não sejam assertivas”.

— art. 110. “Aquele que intencionalmente desonra ou desacredita uma pessoa física determinada será reprimido com multa de mil e quinhentos a vinte mil pesos. Em nenhum caso configurarão delito de injúria as expressões referidas a assuntos de interesse público ou as que não sejam assertivas. Tampouco configurarão injúria os qualificativos lesivos à honra quando guardem relação com um assunto de interesse público”.

Pela análise das alterações empreendidas na legislação penal argentina, verifica-se que o Estado — no que toca à adequação legal determinada — foi

³⁸⁵ O tema também surgiu no julgamento do caso *Usón Ramírez v. Venezuela* em que um general reformado do Exército da Venezuela havia sido condenado pela justiça militar de seu país por crime de violação à honra das forças armadas. Ao anular a condenação, a Corte Interamericana reiterou que “as opiniões não podem considerar-se nem verdadeiras, nem falsas” e que: “[c]omo tal, a opinião não pode ser objeto de sanção, mais ainda quando dita opinião esteja condicionada a que se comprovem os fatos sobre que se fundamenta. No presente caso, ao condicionar sua opinião, se evidencia que o senhor Usón Ramírez não estava declarando que se havia cometido um delito premeditado, e sim que em sua opinião se haveria cometido tal delito no caso de resultar certa a hipótese sobre o uso de um lança-chamas. Uma opinião condicionada de tal maneira não pode ser submetida a requisitos de veracidade. Ademais, o anteriormente exposto tende a comprovar que o senhor Usón Ramírez carecia de dolo específico de injuriar, ofender ou menosprezar, já que, se tivesse a vontade de o fazer, não haveria condicionado sua opinião de tal maneira”.

além do que estabeleceu a Corte. Mais do simplesmente formular uma norma precisa, unívoca e taxativa para tipificação dos crimes de calúnia e injúria, evitando a utilização de termos precisos e ambíguos, o Congresso argentino afastou, expressamente, da incidência da norma penal as manifestações do pensamento referidas a assuntos de interesse público. Vale recordar que a própria Corte IDH, embora tenha considerado as sanções impostas a Kimel desproporcionais, desnecessárias e exageradas, não afastou a possibilidade de o estado utilizar o direito penal como meio de proteção à honra das pessoas, inclusive de servidores públicos. O bom exemplo que deu a República Argentina, concedendo maior proteção à liberdade de expressão, direito que a Corte Interamericana considera pedra angular da democracia, merece atenção de todas as repúblicas latino-americanas.

Considerações finais. Até novembro de 2011, todas as decisões da Corte Interamericana envolvendo a liberdade de expressão estavam referidas a sentenças penais condenatórias que foram reconhecidas contrárias à Convenção Americana. Dois novos casos, a partir de então, foram julgados: *Fontevecchia e D'Amico v. Argentina*³⁸⁶ e *Mémoli v. Argentina*.³⁸⁷

O caso *Fontevecchia* não envolveu o conflito da liberdade de expressão com a honra, mas com a privacidade. Os jornalistas demandantes haviam publicado uma série de reportagens em outubro de 1995 na revista semanal *Noticias*, noticiando fatos sobre Carlos Menem, então Presidente da Argentina, o estado de saúde da primeira-dama Zulema Yoma e a existência de um filho ‘natural’ de Menem, oriundo de uma relação casual com a deputada Martha Meza. A deputada denunciara haver sofrido, em fins de 1994, um roubo de jóias no valor de duzentos e trinta mil dólares norte-americano que lhe haviam sido presenteadas pelo presidente Menem. A revista *Noticias* também divulgou um encontro ocorrido entre o então presidente, a deputada Meza e o filho do casal, Carlos Nair, no palácio do governo e a possibilidade de o presidente reconhecer a paternidade do filho após concluído o processo de divórcio com a primeira-dama. Publicou-se

³⁸⁶ Caso contencioso – série C n° 238: *Fontevecchia y D'Amico v. Argentina* – sentença proferida em 29 de novembro de 2011

³⁸⁷ Caso contencioso – série C n° 265: *Mémoli v. Argentina* – sentença proferida em 22 de agosto de 2013

também que o presidente presenteou mãe e filho com grandes somas de dinheiro e outros presentes de grande valor econômico, bem como que o filho do presidente sofreu ameaças. A deputada Meza atribuiu ao governo a responsabilidade por sua segurança e, em função das ameaças, o Presidente da Argentina solicitou ao Presidente do Paraguai asilo para seu filho. A revista também noticiou um acordo entre a deputada Meza e o presidente que envolvia o pagamento da quantia de cinquenta milhões de dólares norte-americanos, de uma pensão mensal de vinte mil dólares norte-americanos e de ‘cobertura política’ em favor do então marido da deputada, que era alvo de investigações por fraudes milionárias praticadas contra as obras assistenciais em favor dos aposentados. As matérias jornalísticas foram acompanhadas de fotografias dos personagens retratados. Menem ajuizou ação de indenização contra a empresa jornalística Editorial Perfil e contra os jornalistas, alegou que sofreu dano moral por violação à privacidade e pediu indenização no valor de um milhão e quinhentos mil pesos argentinos (valor equivalente à época a um milhão e quinhentos mil dólares norte-americanos). Os réus foram condenados ao pagamento de cento e cinquenta mil pesos argentinos por violação à intimidade do presidente Menem, quantia reduzida pela Corte Suprema de Justiça para sessenta mil pesos. A Corte IDH destacou o papel do pluralismo informativo em uma sociedade democrática, a responsabilidade dos profissionais da comunicação social e a necessidade de o estado minimizar as restrições à circulação da informação: “a equidade deve reger o fluxo informativo”.³⁸⁸ Segundo a corte, o jornalismo é uma atividade especificamente protegida pela Convenção porque não pode ser exercida apartada da liberdade de expressão, caracterizando-se o jornalista por ser o profissional que decidiu exercer a liberdade de expressão de modo contínuo, estável e remunerado.³⁸⁹ Quanto à proteção da privacidade dos servidores públicos, a Corte assentou que se devem utilizar, no que for pertinente, os mesmos padrões aplicáveis ao conflito entre a liberdade de expressão e a honra:

[d]e tal modo, dois critérios relevantes, tratando-se da difusão de informação sobre eventuais aspectos da vida privada, são: a) o limite diferente de proteção dos funcionários públicos, ainda mais daqueles que são eleitos com o voto

³⁸⁸ Ibid., parágrafo 45

³⁸⁹ Ibid., parágrafo 46

popular, das figuras públicas e dos particulares, e b) o interesse público das ações que aqueles realizam.

Sustentou também a corte que o art. 11 da Convenção Americana reconhece a todas as pessoas o direito à vida privada e proíbe ingerências arbitrárias ou abusivas da autoridade pública ou de terceiros. O direito à privacidade protegido pela Convenção compreende, entre outras, as seguintes dimensões:

tomar decisões livremente sobre diversas áreas da própria vida, manter um espaço de tranquilidade pessoal, manter reservados certos aspectos da vida privada e controlar a difusão ao público da informação pessoal.³⁹⁰

A Corte IDH concluiu que o poder judiciário argentino, ao atribuir responsabilidade civil aos jornalistas Fontevicchia e D'Amico, impondo-lhes a condenação ao pagamento de uma indenização, promoveu uma restrição desnecessária à liberdade de expressão em uma sociedade democrática. A Corte decidiu, então, que os jornalistas não praticaram qualquer interferência arbitrária na vida privada do presidente Menem e que as reportagens divulgadas na revista Noticias constituíram legítimo exercício do direito de liberdade de expressão previsto no art. 13 da Convenção.

Já no caso Mémoli, que envolvia um conflito clássico da liberdade de expressão com a honra, a Corte Interamericana, embora tenha acolhido alguns dos pedidos formulados pelos demandantes, não considerou que havia sido violada a liberdade de expressão dos jornalistas. Carlos e Pablo Mémoli respondiam a ação de indenização que já tinha curso por mais de 15 (quinze) anos e haviam sido condenados penalmente em razão de denúncias feitas contra diretores de uma associação civil que recebera em comodato parte do cemitério da cidade de San Andrés de Giles, na província de Buenos Aires, e a repassaram, ilegalmente, por contrato de compra e venda, a alguns de seus associados. Em uma votação dividida por quatro a três, a maioria dos juízes da Corte Interamericana entendeu que o

³⁹⁰ Ibid., parágrafo 48

assunto não envolvia necessariamente um interesse público³⁹¹ e que o estado não violara a liberdade de expressão dos jornalistas ao proferir condenação criminal. O conflito, segundo a corte, havia se passado no âmbito privado, sendo o direito penal um meio adequado para proteger a honra em razão do exercício abusivo da liberdade de expressão. A decisão da Corte Interamericana surpreende negativamente porque, embora os fatos aparentemente tenham se originado de um conflito de caráter pessoal no âmbito da própria associação (os jornalistas Carlos e Pablo Mémoli eram associados), a denúncia que fizeram envolvia o mau uso de bens públicos. De que forma é possível entender que um assunto envolvendo bens públicos não é um assunto de interesse público? A decisão proferida em Mémoli é sem dúvida alguma equivocada porque parte de um pressuposto errôneo. Ao mesmo tempo, não se pode considerá-la um retrocesso em relação à jurisprudência da própria corte porque suas decisões anteriores, apoiadas nos mesmos fundamentos que a Suprema Corte norte-americana adotou ao julgar o caso *New York Times v. Sullivan*, aplicam-se apenas, como a própria corte sempre esclareceu, aos assuntos de interesse público, e não aos conflitos meramente privados. Deve-se apontar, porém, que são preocupantes para fins de proteção da liberdade de expressão as razões oferecidas nos votos concorrentes apresentados em separado pelos Juízes Diego Garcia-Sayán e Alberto Pérez Pérez. Ambos entenderam que não havia questão de interesse público envolvida no caso e que, ao que parece, não deve haver uma posição preferencial da liberdade de expressão quando em conflito com a honra. Nos parágrafos 7º e 12º de seu voto concorrente, Garcia-Sayán sustentou que se devem observar os princípios de um “jornalismo responsável” e que os conflitos devem ser resolvidos caso a caso por um “adequado exercício de ponderação”. Não que os jornalistas não devam exercer sua função de forma responsável. Evidentemente que sim. Não cabe ao judiciário, porém, verificar se houve o exercício de um jornalismo responsável. Quem apura se o jornalismo é exercido responsabilmente é o povo – o leitor, o ouvinte ou telespectador – não o juiz. A este cabe apenas apurar responsabilidades civis e criminais na forma da lei, abstendo-se de emitir juízo de valor sobre o que se diz, fala e publica. Não deve o judiciário exercer o papel de um ‘tribunal de

³⁹¹ *Ibid.*, parágrafo 146: Diferentemente de outros casos resolvidos por esta Corte, no presente caso as expressões pelas quais foram condenados os senhores Mémoli não envolviam funcionários ou figuras públicas nem versavam sobre o funcionamento das instituições do estado”.

ética jornalística'. Pérez Pérez, por sua vez, defendeu que não se pode apontar *a priori* uma preferência da liberdade de expressão sobre qualquer outro direito fundamental e que os demandantes, na espécie, utilizaram-se de uma “linguagem desmedida” (parágrafos 15º e 19º de seu voto concorrente). Não são usuais na jurisprudência da Corte Interamericana os fundamentos jurídicos apresentados nesses votos. Ao contrário, nunca antes a corte havia se proposto a emitir juízo de valor sobre o que deve ser um “jornalismo responsável” ou sobre o que é uma “linguagem desmedida”. E mais, a posição preferencial da liberdade de expressão em assuntos de interesse público sempre foi reconhecida pela Corte Interamericana, posição da qual se afastaram os juízes que compuseram a maioria no julgamento do caso Mémoli.

Quais são, então, em resumo, os standards normativos de que se utiliza a jurisprudência da Corte Interamericana para resolver os conflitos envolvendo a honra e a liberdade de expressão em questões de interesse público? As decisões anteriormente analisadas fornecem algumas respostas de acordo com o ‘direito vigente’ no sistema interamericano sobre liberdade de expressão, que tem potencial aplicação no direito brasileiro na medida em que a Convenção Americana vige com força de norma supralegal. As sentenças interamericanas podem criar uma esfera normativa de proteção à liberdade de expressão no direito brasileiro em favor de todos os cidadãos, em especial dos jornalistas que fazem da liberdade de expressão um meio para o exercício de sua atividade profissional. Considerados os julgamentos aqui analisados, são esses os principais standards que puderam ser identificados:

— o direito à liberdade de expressão não é absoluto, mas se exerce em caráter preferencial em assuntos de interesse público, especialmente quando envolvem agentes ou figuras públicas; o exercício abusivo do direito de expressar o pensamento, quando viola o direito à honra das demais pessoas, pode gerar responsabilidades ulteriores;

— nem toda restrição à liberdade de se expressar é contrária à Convenção; o art. 13.2 da Convenção aponta as condutas definidas legalmente como causas geradoras de responsabilidades por abuso da liberdade de expressão; essas

restrições devem estar taxativa e previamente previstas por lei e devem ser necessárias para assegurar o respeito ao direito ou reputação dos demais ou a proteção da segurança nacional ou da ordem, saúde ou moral pública, não podendo se converter em mecanismo de censura;

— em uma sociedade democrática, não basta que a restrição à liberdade de expressão seja razoável, útil ou oportuna; ela deve ser necessária, ou seja, atender a uma necessidade social imperiosa e satisfazer um interesse público imperativo;

— as restrições à liberdade de expressão devem ser proporcionais ao interesse que as justifica, interferindo na menor medida possível no exercício dessa liberdade;

— as restrições não devem limitar mais do que o estritamente necessário, sob pena de conversão em um mecanismo indireto de censura prévia;

— o debate político e as questões de interesse público estão sujeitas a uma margem reduzida de restrição porque, por meio do exercício do direito à liberdade de expressão, a sociedade realiza o controle democrático da atividade pública e promove a responsabilidade dos servidores públicos, fomentando a transparência nas atividades do estado;

— para que se fortaleça o debate público, é necessário que os jornalistas gozem de ampla proteção e independência para realizar suas funções;

— as expressões a respeito dos servidores públicos e de pessoas que exercem funções de natureza pública gozam de ampla proteção da Convenção Americana;

— o direito à honra e à reputação dos agentes públicos também está protegida pela Convenção, mas sempre de acordo com os princípios do pluralismo democrático e informativo;

— os agentes públicos e as figuras públicas se submeteram voluntariamente a um julgamento público mais exigente e estão expostos a uma maior possibilidade de críticas, devendo sofrê-las com maior tolerância; este critério também se aplica a juízes, militares e membros do ministério público; o mesmo se aplica aos particulares no exercício de funções de natureza pública;

— durante uma campanha eleitoral, o direito à liberdade de expressão é ferramenta essencial para formação da opinião dos eleitores e seu exercício se vincula firmemente ao exercício dos direitos políticos; as manifestações de pensamento exercidas durante o período eleitoral, ainda que não digam respeito a um servidor público ou a um agente político em atividade, devem gozar da mesma proteção das manifestações a respeito dos assuntos de interesse público;

— embora seja o meio mais severo e restritivo à liberdade de expressão do pensamento, admite-se que a legitimidade da sanção penal desde que — observados critérios de intervenção mínima — esteja prevista em lei para proteção de graves violações a bens jurídicos fundamentais, observados os requerimentos característicos da tipificação penal formulados em forma expressa, precisa, taxativa e prévia, garantindo-se segurança jurídica ao cidadão; o texto da norma penal deve ser elaborado em termos estritos e unívocos que delimitem claramente a conduta punível; é necessária a caracterização de dolo específico e da presença de um especial fim de agir para a existência do delito; é proibida a tipificação penal de forma a que a subjetividade do ofendido determine a existência do delito, ainda que o emissor da expressão não tenha tido a vontade de violar a honra alheia;

— as opiniões não podem ser objeto de sanções porque não se qualificam como falsas ou verdadeiras; em temas de interesse público, considerada uma afirmação sobre fatos, que se pode qualificar de verdadeira ou falsa, deve-se verificar se estava desprovida de fundamento para que se justifique uma restrição à liberdade de expressão; o ônus da prova nas ações por violação à honra deve recair sempre sobre quem formula a acusação.

Muito embora os fundamentos da jurisprudência interamericana em conjunto com os fundamentos da jurisprudência do STF, em especial da doutrina do ‘direito de crítica’ adotada pelo Ministro Celso de Mello, sejam suficientes para proteger em grande medida a liberdade de expressão quando em conflito com a honra e estabelecer a sua posição preferencial em assuntos de interesse público, a experiência no direito brasileiro – tanto nas instâncias ordinárias, quanto no STJ, destino final da maior parte dos recursos envolvendo questões de liberdade de expressão julgadas em sede extraordinária – demonstra que esse especial direito fundamental para a existência da democracia constitucional não se encontra adequadamente protegido. Tanto assim que vige no STJ uma posição preferencial em favor da honra, e não da liberdade de expressão. Por isso, se faz recomendável e até necessário a edição de uma lei a fim de regular o conflito entre a liberdade de expressão e a honra em assuntos de interesse público, criando normas adequadas de responsabilidade civil e penal em caso de uso abusivo da liberdade de expressão e fazendo prevalecer a posição preferencial do direito à liberdade de expressão. É disso que se tratará no capítulo seguinte.

9

Proposta de solução legislativa: a necessidade da promulgação de lei de proteção da liberdade de expressão e da adoção da doutrina da malícia real no direito brasileiro

9.1.

Por que se deve editar uma lei para regular o conflito entre a liberdade de expressão e a honra no direito brasileiro?

Como já se esclareceu anteriormente, os direitos à liberdade de expressão e à honra estão ambos previstos como direito fundamental tanto na Constituição (art. 5º, nos incisos IV, IX, X e XVI e art. 220) quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 11 e 13). O mesmo se diga quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que reconhece esses direitos fundamentais em seus artigos 17 e 19. Em nível legal, porém, o direito brasileiro não contém uma legislação específica de proteção da liberdade de expressão ou que, ao menos, regulamente os potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e a honra e defina as responsabilidades decorrentes do exercício abusivo do direito à liberdade de expressão. O Código Penal define os crimes contra a honra em seus artigos 138 a 140, mas o Código Civil não prevê normas específicas para proteção da honra ou da liberdade de expressão, embora o art. 20 contenha norma de proteção do direito à imagem, associando-o à violação da honra, e o art. 21 da vida privada. Um conflito não-penal entre os direitos à liberdade de expressão e à honra é resolvido em nível infraconstitucional de acordo com as normas gerais que se aplicam à resolução de quaisquer outros conflitos de direitos, ou seja, por meio da aplicação dos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil, que, em conjunto, regulam a responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito em qualquer área do direito privado não regulada por lei específica. Por que se sustenta que seria adequada e mesmo necessária a edição de uma lei para regular especificamente esse conflito?

O direito à liberdade de expressão, tal como já se viu no capítulo 2 – além de necessário para o livre desenvolvimento da personalidade e para o fomento do livre mercado de ideias – é direito imprescindível à própria existência do regime democrático. Uma democracia constitucional não existe sem o pleno exercício do direito de livre manifestação do pensamento. A experiência demonstra que, uma vez instituído um regime autoritário ou ditatorial, um dos primeiros, senão o primeiro direito a sofrer restrição é a liberdade de expressão. A honra, por sua vez, é direito que permanentemente entra em colisão com o direito à liberdade de expressão, independentemente do regime de governo em vigor. Mesmo em regimes de democracia constitucional, especialmente quando em questão assuntos de estado e de interesse público em geral, o direito à honra é quase sempre invocado pelos donos do poder para proibir a publicação de um fato, restringir a divulgação de opiniões ou mesmo para silenciar o debate político, a denúncia de irregularidades e a defesa dos interesses do povo. No capítulo 3, procurou-se demonstrar como o poder judiciário vem sendo utilizado como órgão de censura dos jornalistas brasileiros. Ao menos em assuntos de interesse público, o embate entre a honra e a liberdade de expressão não pode ser tratado como um conflito de direitos qualquer. Em razão de sua importância para a sobrevivência do próprio regime democrático, a restrição da liberdade de expressão por meio do estabelecimento de indenizações não pode ser regulada pelas leis gerais de responsabilidade civil. Um conflito entre os direitos à honra e à liberdade de expressão não pode ter o mesmo tratamento jurídico que o direito confere a um conflito decorrente de um acidente de trânsito, de um descumprimento de contrato ou de um dano meramente patrimonial. E isso tem especial significado no direito brasileiro como se procurou demonstrar nos capítulos 6 e 7. No STJ, os conflitos entre os direitos à honra e à liberdade de expressão são resolvidos com base nas leis gerais de responsabilidade civil, vigorando na jurisprudência do tribunal uma tendência de ser reconhecer a posição preferencial da honra, mesmo quando em questão assuntos de interesse público. Já no STF, os conflitos concretos entre a honra e a liberdade de expressão não são admitidos pelo tribunal para julgamento de mérito, especialmente desde a instituição do requisito da repercussão geral para admissão de recursos extraordinários. Assim, recebem tratamento equivalente a quaisquer outros conflitos de direito sem a mesma relevância como, por exemplo, os que decorrem de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, uso

indevido de cartão de crédito, negativa de cobertura de plano de saúde, espera em fila de instituição financeira e outras. Não se põem em debate na corte suprema brasileira as questões relevantes, sob o aspecto constitucional, para a defesa e promoção das instituições democráticas. Apenas por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito fundamental e reclamações, é que o direito à liberdade de expressão vem recebendo alguma proteção do Supremo Tribunal Federal. Considerada a postura jurisprudencial atualmente vigente no direito brasileiro e a realidade de que é o STJ – tribunal que tem por missão resolver as questões de direito federal infraconstitucional – e não o tribunal constitucional, que vem determinando, em grande medida, em que consiste a liberdade de expressão e quais são os seus limites e restrições em nosso ordenamento, tem-se que seria adequada a promulgação de uma lei, regulando especificamente a responsabilidade civil decorrente do abuso da liberdade de expressão. Esta lei traria a vantagem de promover a proteção da liberdade de expressão, estabelecendo para o STJ critérios mais objetivos para a solução do conflito entre a honra e a liberdade de expressão e fazendo valer a posição preferencial da liberdade de expressão, e não da honra, ao menos nos assuntos de interesse público. Também poderia suscitar um rico debate no STF caso algumas de suas normas fossem impugnadas à luz da Constituição.

A necessidade de edição de uma lei específica para regulamentar a matéria vem sendo proposta para os países latino-americanos, desde 1999, pela Organização dos Estados Americanos. Por meio da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a OEA vem recomendando a adequação das legislações nacionais aos standards de proteção da liberdade de expressão fixados pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na prática, isso significa a edição de lei específica para regulamentar o conflito da liberdade de expressão com a honra, internalizando-se nos direitos nacionais a regra da malícia real como adiante se esclarecerá. Quanto às responsabilidades penais decorrentes do uso abusivo da liberdade de expressão, a OEA vem recomendando a revogação das leis que criminalizam injúrias, calúnias e difamações quando as expressões são manifestadas em debates de

assuntos de interesse público.³⁹² Essas soluções vêm sendo adotadas por vários países latino-americanos e alguns exemplos serão mencionados no item seguinte deste capítulo.

Revogada a ‘Lei de Imprensa’³⁹³ pelo STF no julgamento da ADPF nº 130 – DF, permanece um vazio legislativo quanto aos critérios de imposição de responsabilidade civil e penal decorrente do uso abusivo da liberdade de expressão. Esse vazio legal vem sendo ocupado pelas normas gerais do Código Civil e do Código Penal. Os artigos 49 a 57 da ‘Lei de Imprensa’, embora não resolvessem de modo adequado o conflito entre a liberdade de imprensa e a honra, porque não promoviam a proteção suficiente da liberdade de expressão, ao menos estabeleciam alguns parâmetros mínimos de solução do conflito e orientavam a jurisprudência. E eram justamente esses artigos da ‘Lei de Imprensa’ que eram invocados pelos jornalistas e órgãos de imprensa nas defesas que ofereciam nas ações de responsabilidade civil que lhes eram dirigidas. Atualmente, não é mais possível se valer de legislação de defesa da liberdade de imprensa, remanescendo como leis específicas a Lei nº 9.504, de 1997, que estabelece o direito de resposta no âmbito das eleições, a Lei nº 12.965, de 2014, que estabelece direitos e deveres para o uso da internet, e a Lei nº 13.188, de 2015, que dispõe sobre o direito de retificação e resposta. Quanto à Lei nº 12.965, de 2014, que estabeleceu o ‘marco civil da internet’, vale reiterar que seu art. 18, regulando um campo bem específico da liberdade de expressão, afastou expressamente a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade civil do provedor de conexão em razão do conteúdo gerado por terceiros. Fora do espaço da internet, a mesma razão justifica a necessidade de proteção da expressão com a edição de uma lei regulando a responsabilidade civil dos jornalistas e de quaisquer cidadãos que se proponham a manifestar o pensamento, especialmente sobre assuntos de interesse público. Por que a expressão do pensamento só deve estar protegida no âmbito da internet? A jurisprudência, como se procurou demonstrar nos capítulos 6 e 7, não foi capaz até aqui de promover, apenas com base nas normas constitucionais e nas leis

³⁹² A recomendação consta no Informe Anual do Relator para a Liberdade de Expressão – 1999 nos seguintes termos: “o Relator recomenda aos Estados incorporar em suas legislações o sistema de proteção dual em relação às pessoas públicas e privadas, que traz como consequência prática a aceitação da doutrina da malícia real e a consequente modificação das leis de calúnias e injúrias” (<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%201999.pdf>).

³⁹³ ou considerada como não recepcionada pela Constituição de 1988

ordinárias gerais, uma adequada proteção da liberdade de expressão. Necessária, portanto, a intervenção legislativa. O próprio STF, ao julgar a ADPF nº 130 – DF, embora tenha revogado a ‘Lei de Imprensa’ então em vigor, deixou livre a possibilidade de se editar sob o regime democrático uma nova lei regulando o exercício da liberdade de expressão por meio de imprensa.³⁹⁴

Uma outra razão fundamenta a necessidade de edição de uma lei específica em nosso ordenamento. O direito brasileiro segue a tradição romano-germânica e as decisões proferidas em recursos extraordinários e especiais, ainda que fossem inteiramente adequadas sob a perspectiva de proteção da livre manifestação do pensamento, não seriam, em regra, vinculantes para os juízes e tribunais. Sendo assim, uma regulamentação legal conferiria maior segurança jurídica aos jornalistas e a todos que pretendessem expressar o seu pensamento. Defende-se aqui a necessidade de se estabelecer regras mais objetivas e específicas para a regulação do conflito entre a honra e a liberdade de expressão, afastando, tanto quanto possível, a ponderação caso a caso que, como se verificou no capítulo 6, vem sendo efetuada sem critérios, e até arbitrariamente, pelo poder judiciário. Isso nos leva a questão de por que uma regra instituída por lei para composição do conflito entre a honra e a liberdade de expressão é preferível a um standard jurisprudencial no direito brasileiro.

Tushnet, em trabalho elaborado no contexto da celebração dos cinquenta anos do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*,³⁹⁵ sustentou que o direito norte-americano, até mesmo por uma questão gerencial, considera que a edição de uma regra para a solução de um conflito entre direitos, tal como a elaborada pela Suprema Corte no caso *New York Times*,³⁹⁶ é mais apropriada do que a aplicação de standards jurisprudenciais. Conforme esclareceu o autor, em

³⁹⁴ No julgamento da ADPF nº 130 – DF, o relator Ministro Ayres Britto registrou na ementa do acórdão o que denominou ‘matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis de conformação legislativas’: direito de resposta e de indenização, proporcional ao agravo, proteção do sigilo da fonte, responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação e outras.

³⁹⁵ TUSHNET, M., *New York Times v. Sullivan Around the World* in *Alabama Law Review*, vol. 66

³⁹⁶ No direito norte-americano, em razão da regra do *stare decisis*, é possível a um tribunal como a Suprema Corte criar uma regra por meio de decisão judicial e nesse sentido, ou seja, como uma regra de direito federal, é entendido o critério da malícia real para a solução dos conflitos entre a liberdade de expressão e a honra nos assuntos de interesse público.

um grande país com uma grande estrutura judiciária, é mais adequado resolver o conflito pela construção de uma regra, com critérios tão objetivos quanto possível, porque é mais difícil e trabalhoso para as cortes superiores exercer um controle sobre todas as decisões de centenas de juízes e tribunais inferiores. Em um país menor – e o autor se referia em seu estudo à Nova Zelândia – pode ser mais adequado estabelecer um standard jurisprudencial mais aberto. Em um país com estrutura judiciária menor, confere-se maior liberdade às cortes inferiores para atuação e resolução dos casos concretos, mas se estabelece maior possibilidade recursal. Assim, reserva-se aos tribunais superiores um amplo poder de revisão e correção dos erros de julgamento das cortes inferiores. Para os Estados Unidos, Tushnet defende a necessidade de regras objetivas. O direito brasileiro ainda não voltou os olhos para essas observações e a experiência judicial em nosso país parece demonstrar a correção da tese de Tushnet. No direito brasileiro, não existem regras específicas para solução do conflito entre a honra e a liberdade de expressão nem mesmo em assuntos de estado e interesse público, mas apenas standards jurisprudenciais bem gerais (e que, diga-se, nem sempre são observados pelo próprio tribunal que os elaborou). Os juízes e tribunais inferiores decidem os casos concretos de acordo com critérios próprios e subjetivos de ponderação, não estando vinculados a aplicar uma regra objetiva, mas leis gerais de direito civil que regulam a responsabilidade civil para todo e qualquer ato ilícito. Ocorre, então, que as decisões judiciais são disparadas em todas as direções, as referências que essas decisões fazem quanto à presença, em um dado caso concreto, dos denominados *animus narrandi* e *animus injuriandi* são absolutamente subjetivas e persiste na jurisprudência o ‘cenário de incoerências’ que retratou Chequer, anteriormente mencionado no capítulo 6.³⁹⁷ Apesar das incoerências, a cultura jurídica nacional faz prevalecer, na grande maioria dos casos, a posição preferencial da honra, mesmo quando em questão assuntos de interesse público. Apenas a edição de uma lei, regulamentando especificamente o conflito entre a honra e a liberdade de expressão em assuntos de interesse público, será capaz de promover a adequada proteção da liberdade de expressão no direito brasileiro. Esta lei deve cuidar de estabelecer uma regra tal como a da malícia real para a solução desse conflito e, seguindo as orientações da OEA, revogar os artigos do

³⁹⁷ CHEQUER, C., A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro), p. 204

Código Penal que consideram crime de injúria, calúnia e difamação as expressões dirigidas a agentes ou figuras públicas em debates de assuntos de interesse público. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua relatoria especial para a liberdade de expressão, reiterou esse entendimento em Nota Técnica enviada ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil em novembro de 2013.³⁹⁸ A nota foi elaborada em conjunto com o Relator Especial das Nações Unidas para a Proteção e Promoção do Direito à Liberdade de Expressão. Uma lei tal como a que aqui se defende também importará no cumprimento, ao menos no que diz respeito ao direito à liberdade de expressão, do art. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que dispõe sobre o compromisso dos estados contratantes, dentre eles o Brasil, de adotar medidas legislativas internas para tornar efetivos os direitos reconhecidos pelo tratado. Apresenta-se, no item 4 deste capítulo, um anteprojeto de lei nos moldes e com os objetivos ora propostos. Nos seguintes itens 2 e 3, serão abordadas as legislações e propostas legislativas estrangeiras já existentes sobre o assunto e os critérios a serem adotados pelo anteprojeto de lei proposto.

9.2.

As leis e projetos de lei nos ordenamentos jurídicos estrangeiros

Na experiência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, alguns países latino-americanos já vêm adotando as propostas formuladas pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Quanto à revogação dos crimes de calúnia, injúria e difamação, pesquisa desenvolvida pela acadêmica Flavia Kamenetz Nuch sob a orientação do Professor Fábio Leite, do Departamento de Direito da PUC-Rio,³⁹⁹ constatou que dentre os países membros da OEA, seis (Argentina, Costa Rica, El Salvador, México, Nicarágua e Uruguai)⁴⁰⁰ descriminalizaram ou nunca consideraram crime as ofensas contra a honra em assuntos de interesse público.⁴⁰¹ A autora menciona especialmente os exemplos de Argentina, El Salvador, México

³⁹⁸ A Nota Técnica está disponível em http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/otros/Nota_tecnica_Brasil_2013.pdf

³⁹⁹ Pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq

⁴⁰⁰ A pesquisa não abrangeu as legislações dos Estados Unidos e Canadá.

⁴⁰¹ NUCH, F.K., Liberdade de Expressão e Crimes contra a Honra nos Países da OEA (orientação de Fábio Carvalho Leite)

e Uruguai. A Nota Técnica elaborada em conjunto pela ONU e OEA destaca os avanços e boas práticas promovidos por Paraguai, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala e Bolívia, que também afastaram de seu ordenamento jurídico – por lei revogadora ou decisão judicial de tribunal supremo ou superior – as ofensas contra a honra de servidores públicos. Cabe aqui a observação de que, em diversos desses países irmãos da América Latina, as leis penais revogadas sancionavam sob o tipo de ‘desacato’ as ofensas à honra e as expressões que constituíam calúnia, injúria ou difamação contra servidores públicos. Tratava-se de um tipo penal especial, diverso dos demais tipos que previam crimes contra a honra em geral. No ordenamento penal brasileiro, o crime de ‘desacato’ está referido à conduta de ofender, agredir, desrespeitar ou provocar o servidor público no exercício da função, pessoal e presencialmente. Não é esse tipo penal que o anteprojeto a seguir proposto visa a revogar, e sim os tipos dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) quando as expressões tenham sido proferidas sobre a conduta de agentes públicos ou figuras públicas. De qualquer forma, segundo a nota técnica antes mencionada, para os fins de observância do art. 13 da Convenção Americana, é necessária a revogação de qualquer tipo penal, independentemente de sua denominação, que “brindem com uma proteção especial [a honra] dos funcionários públicos”.⁴⁰²

Quanto às reformas legislativas em defesa da liberdade de expressão, a Cidade do México publicou, em 19 de maio de 2006, a Lei de Responsabilidade Civil para a Proteção do Direito à Vida Privada, à Honra e à Própria Imagem no Distrito Federal. Mais do que descriminalizar as ofensas contra a honra, proclamando que “em nenhum caso, as sanções derivadas do dano ao patrimônio moral [por violação à honra, à privacidade ou à imagem] serão privativas de liberdade das pessoas (art. 40)” e revogando expressamente as respectivas normas constantes do Código Penal, a lei mexicana estabeleceu novos critérios para solução dos conflitos entre a honra (e também a privacidade e a imagem) e a liberdade de expressão. Quanto aos aspectos civis do conflito, a lei promove uma regulamentação específica do conflito entre a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais mencionados em sua ementa e adota expressamente a regra

⁴⁰² Ibid.

e os critérios da doutrina da malícia real. No capítulo III, artigos 28 a 34, a lei dispõe, por exemplo, que “[o]s servidores públicos terão limitado o seu direito à honra, à vida privada e à sua própria imagem como consequência do exercício de suas funções submetidas ao escrutínio público”. As regras da malícia real se aplicam aos servidores e às figuras públicas segundo os artigos 28 e 31 da lei. O art. 29 afasta a reparação de possíveis danos aos servidores públicos, salvo se comprovada a malícia real de quem praticou o ato. Para tanto, como estabelece o art. 30 da lei, o servidor público deve demonstrar: (a) que a informação foi difundida, sabendo-se a sua falsidade ou com total despreocupação sobre a sua veracidade ou falsidade e (b) que foi difundida com o único propósito de causar dano (ou seja, com dolo). Em se tratando de figuras públicas, basta a demonstração do conhecimento da falsidade de quem divulgou a informação. A lei mexicana também dispõe que o ônus da prova cabe, em princípio, ao autor da ação (art. 37) e que a reparação do dano consistirá, preferencialmente, na publicação da sentença condenatória no mesmo meio e formato em que proferidas as informações ou opiniões que causaram dano (art. 39), podendo o juiz, caso o dano não possa ser reparado apenas pela publicação da sentença, arbitrar indenização, limitada a um teto fixado pela lei (art. 41). A Lei de Responsabilidade Civil para a Proteção do Direito à Vida Privada, à Honra e à Própria Imagem no Distrito Federal é um exemplo de como se pode regular o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais com base em normas especificamente aplicáveis a esse conflito, e não com base em normas gerais do Código Civil, que, como já se salientou, são aplicáveis a um acidente de trânsito, por exemplo, ou a todo e qualquer ilícito extracontratual de caráter patrimonial ou não patrimonial. O jurista argentino Roberto Saba, convocado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para prestar depoimento na condição de perito no julgamento do caso *Fontevicchia e D’Amico*⁴⁰³ fez menção expressa a essa lei mexicana, considerando-a um exemplo adequado de regulação do conflito da liberdade de expressão com a honra, a privacidade e outros direitos fundamentais.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Caso contencioso – série C n° 238: *Fontevicchia y D’Amico v. Argentina* – sentença proferida em 29 de novembro de 2011

⁴⁰⁴ O depoimento pericial foi prestado em audiência no caso contencioso – série C n° 238: *Fontevicchia y D’Amico v. Argentina*, ocorrida durante o 92º período ordinário de sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pode ser conferido em vídeo na página da corte

Como já se mencionou no capítulo 8, no direito argentino, como consequência das decisões proferidas no caso Eduardo Kimel,⁴⁰⁵ a Argentina promulgou a Lei nº 26.551, de 2009, alterando os artigos do Código Penal que tratam dos crimes contra a honra e afastando a possibilidade de sanção criminal para as expressões proferidas sobre assuntos de interesse público ou que expressem a simples emissão de opinião. A norma que previa o delito de desacato como afirmação de fato ou opinião que implicasse a violação da honra de servidor público já havia sido revogada em 1993 pela Lei nº 24.198 em consequência da solução amistosa do caso Verbitsky que tramitou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁰⁶ No que diz respeito à regulamentação do conflito entre a honra e a liberdade de expressão em seu aspecto civil, a Corte Suprema de Justiça da Nação, segundo informa a Nota Técnica conjunta dos relatores para a liberdade de expressão da ONU e a OEA, no julgamento do caso José Angel Patitó v. Diálogo La Nación incorporou em sua jurisprudência “o princípio da real malícia e não o teste da verdade como adequada proteção da liberdade de expressão” quando em questão assuntos de interesse público.⁴⁰⁷ Ainda assim, tramitaram no Congresso Nacional da Argentina diversos projetos de lei com o objetivo de promover uma regulamentação específica do conflito entre a liberdade de expressão e a honra. São projetos que tem por objetivo incorporar à legislação nacional as doutrinas de proteção da liberdade de expressão desenvolvidas pela Corte Suprema de Justiça da Nação e adequar o ordenamento jurídico aos standards de proteção do direito internacional. Del Campo faz uma ampla análise dos projetos de lei que estiveram ou estão sob apreciação do Congresso argentino.⁴⁰⁸ Esses projetos adotam expressamente as regras da doutrina da malícia real, valendo destacar dentre eles os seguintes que,

⁴⁰⁵ Caso contencioso– série C nº 177: Eduardo Kimel v. Argentina – sentença proferida em 2 de maio de 2008, parágrafo 89

⁴⁰⁶ BERTONI, E. e DEL CAMPO, A., Calumnias e injurias: a dos años de la reforma del Código Penal argentino, p. 11

⁴⁰⁷ Corte Suprema de Justiça da Nação, caso *José Angel Patitó v. Diálogo La Nación*, sentença de 24 de junho de 2008: “em se tratando de informações referidas a funcionários públicos, figuras públicas ou particulares que tenham intervindo em questões dessa índole, quando a notícia trouxer expressões falsas ou inexatas, os que se consideram afetados devem demonstrar que quem emitiu a expressão ou imputação conhecia a falsidade da notícia e agiu com conhecimento de que eram falsas ou com notória despreocupação por sua veracidade”.

⁴⁰⁸ DEL CAMPO, A., Calumnias e Injurias: La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551. Buenos Aires: CELE, 2012, p. 25-37

embora não tenham sido aprovados, permanecem como exemplo de proposta de solução legislativa para melhor proteção da liberdade de expressão:

(a) Projeto de Lei nº 2.127-D, de 2011, que acrescentava um artigo ao Código Civil para estabelecer que: “As expressões vertidas por qualquer meio ou forma não geram responsabilidade alguma quando concorrerem qualquer das seguintes circunstâncias: 1. Se tratar de uma opinião ou juízo de valor acerca de um funcionário público, figura pública ou particular envolvido voluntariamente em assunto de interesse público. 2. Se tratar de uma informação de interesse público e não seja provada em juízo sua natureza falsa ou inexata. 3. Se tratar de informação de interesse público que resulte falsa ou inexata e lesiva à honra ou à reputação de um funcionário público, uma figura pública ou um particular envolvido voluntariamente em assunto de interesse público e este não puder demonstrar que a difusão dessa informação se fez com conhecimento de sua falsidade ou inexatidão ou com notória despreocupação acerca de sua veracidade”;

(b) Projeto de Lei nº 73-D, de 2010, que alterava o art. 1.089 do Código Civil nos seguintes termos: “Se o delito for de calúnia ou injúria, o ofendido só terá direito de exigir em sede civil uma indenização pecuniária se provar que a calúnia ou injúria resultaram danos emergentes ou lucros cessantes sempre que o imputado não comprovar a verdade da imputação. Estará isenta de responsabilidade civil a imputação realizada por opiniões ou comentários vertidos contra funcionários públicos, em virtude seus atos ou omissões realizadas no exercício da função e ou personalidades públicas que se envolvam em questões de relevante interesse público e a imputação seja realizada em virtude de difusão de informação e ou emissão de juízo de valor, por qualquer meio de comunicação, referidos a funcionários públicos no exercício das funções e ou personalidades públicas que se envolvam em questões de relevante interesse público, na medida em que o reclamante não comprove, além dos danos emergentes, a intenção de difundir uma falsidade e ou a ausência de controle do meio de comunicação de corroborar a verdade da informação e ou juízo de valor difundido por este”;

(c) Projeto nº 946-D, de 2009, que alterava o art. 1.071 do Código Civil para estabelecer: “Não serão responsáveis aqueles que difundirem informações sobre: funcionários públicos, sempre que esta se encontre associada a suas funções; figuras públicas, quando esta se encontre associada a seu papel; ou de particulares envolvidos voluntariamente em assuntos públicos ou de relevância institucional. Não haverá isenção de responsabilidade quando a difusão da informação se fizer com conhecimento de sua falsidade ou inexatidão ou se agir com notória despreocupação quanto à sua veracidade. A exteriorização de juízos de valor sobre funcionários, pessoas públicas e particulares envolvidos voluntariamente em assuntos de interesse público de relevância institucional não gerará responsabilidade em nenhum caso”.

Além dos mencionados, outros projetos de lei foram apresentados ao Congresso argentino, mas também não foram aprovados. Um novo Código Civil e Comercial (Lei nº 26.994, de 1º de outubro de 2014) foi promulgado em 7 de outubro de 2014 e entrou em vigor na Argentina em 1º de janeiro de 2016. Com o novo código, não foram aprovadas normas específicas para, adotando os critérios

da doutrina da malícia real, melhor proteger a liberdade de expressão. O direito argentino ainda aguarda a elaboração de uma lei especial para tratar da matéria.

Exemplo radical de alteração legislativa no campo da liberdade de expressão foi dado pelo Reino Unido que, ao reformar sua Lei de Difamação (*Defamation Act 2013, chapter 26*) em abril de 2013, revogou a até então em vigor ‘defesa Reynolds’ e, atacando o problema pela raiz, estabeleceu por via legal uma série de regras para maior proteção da liberdade de expressão. Quando em questão assuntos de interesse público, a lei de difamação britânica foi, em certos aspectos, além da proteção conferida à liberdade de expressão nos Estados Unidos pela regra elaborada no caso *New York Times*. Isso porque a nova lei conferiu imunidade absoluta a todas as expressões, verdadeiras ou falsas, desde que componham uma manifestação em matéria de interesse público. Por outro lado, a lei determinou que o ônus da prova permanecesse com o réu, mas se trata de demonstrar apenas que a expressão abordou assunto de interesse público, e não a veracidade do fato afirmado.⁴⁰⁹

9.3.

A doutrina da malícia real e os critérios a serem adotados pelo anteprojeto de lei

Até a aprovação do Projeto de Lei nº 6.646, de 2013, do Senador Roberto Requião, que resultou na promulgação da Lei nº 13.188, de 2015, regulamentando o direito de resposta e retificação, tramitavam no Congresso Nacional diversos projetos de lei com a finalidade de regular o capítulo V, do título VIII da Constituição, artigos 220 a 224, que trata da Comunicação Social. O principal projeto de lei, ao qual todos os outros estavam apensados,⁴¹⁰ era o Projeto de Lei nº 3.232, de 1992, de autoria do Senador Josaphat Marinho, que dispunha sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação e disciplinava a responsabilidade dos meios de comunicação, revogando a anterior ‘Lei de Imprensa’ (Lei nº 5.250, de 1967). Tratava-se de um projeto de nova lei de

⁴⁰⁹ TUSHNET, Mark; op.cit.

⁴¹⁰ Trata-se dos Projetos de Lei nº 592, de 1999; 192, de 1991; 750, de 1991; 1.539, de 1991; 2.065, de 1991; 3.406, de 2012; 2.741, de 1992; 6.045, de 1990; 276, de 1991; 506, de 1991; 2.735, de 1992; 2.270, de 2011; 2.937, de 2000; 3.779, de 1997; 4.667, de 1998; 3.562, de 2004; 5.322, de 2009; 1.112, de 2011; 2.450, de 2011; 3.523, de 2012; 1.744, de 2011, e 7.175, de 2014.

imprensa, originado de anteprojeto elaborado por comissão de juristas reunida pela Ordem dos Advogados do Brasil e presidida pelo advogado Evandro Lins e Silva. Com a aprovação do Projeto de Lei nº 6.646, de 2013, foi declarado prejudicado e arquivado o Projeto de Lei nº 3.232, de 1992, destino também conferido a todos os demais que a ele estavam pensados.

Sendo a proposta de solução legislativa a maneira de mais adequadamente proteger a liberdade de expressão no direito brasileiro, o novo anteprojeto de lei, estabelecendo normas para regulamentação da responsabilidade civil e criminal em decorrência do exercício da liberdade de expressão, antes previstas no projeto de nova lei de imprensa e em alguns outros projetos, deve compor um anteprojeto original. Atualmente, não é mais o caso de se sugerir a apresentação de emendas a um projeto de lei já em curso, o que seria o caminho natural em caso de ainda estar tramitando um projeto de nova lei de imprensa, como foi o Projeto de Lei nº 3.232, de 1992, ora arquivado. Portanto, o anteprojeto que será aqui proposto deve seguir caminho próprio, cabendo observar que não há atualmente qualquer lei em vigor, salvo as leis gerais de responsabilidade civil e penal, a Lei nº 12.965, de 2014 (marco civil da internet) e a Lei nº 13.188, de 2015 (que regulamenta o direito de resposta), ou projeto de lei em trâmite com a finalidade específica de regulamentar o conflito entre a honra e a liberdade de expressão. Embora esta tese tenha por objeto o estudo da responsabilidade civil, o anteprojeto não pode se furtar à abordagem da responsabilidade criminal, uma vez que a regulamentação apenas da responsabilidade civil seria insuficiente para a adequada proteção da liberdade de expressão. Ademais, as propostas de disciplina da matéria criminal envolvendo a liberdade de expressão e a honra já estão bem consolidadas nas manifestações dos Relatores Especiais para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Organização das Nações Unidas, expressas na anteriormente mencionada nota técnica.

Que princípios normativos e de que forma o anteprojeto de lei ora proposto pretende regulamentar o conflito entre a honra e a liberdade de expressão? Como foi abordado no item 1 deste capítulo, o anteprojeto de lei pretende sugerir uma regulamentação para o conflito entre a honra e a liberdade de expressão voltada somente para os assuntos de interesse público, promovendo uma mais adequada

proteção da manifestação do pensamento por meio da adoção das regras da doutrina da malícia real no direito brasileiro. O direito à liberdade de expressão, amplamente considerado, possui um campo de incidência abrangente e diversificado. Muitos assuntos dependem de interposição legislativa e regulamentação legal, tais como, as leis que foram ou devem ser editadas para: coibir o monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação, promover a classificação indicativa para diversões e espetáculos públicos, regular a propaganda comercial ou, como fez recentemente a Lei nº 13.188, de 2015, para regulamentar o direito de resposta. O anteprojeto ora proposto se limita a intervir no conflito entre a honra e a liberdade de expressão para regular o reconhecimento de responsabilidade civil e apenas quando em questão assuntos de interesse público. No campo da responsabilidade criminal, propõe-se a descriminalização de certas condutas referidas à honra de agentes públicos e figuras públicas. Em um regime de democracia constitucional, são os assuntos de estado e de interesse público em geral que mais de perto interessam ao exercício do autogoverno e ao desenvolvimento de uma sociedade plural. O anteprojeto não pretende regular os conflitos que se estabelecem entre a liberdade de expressão, a privacidade e a imagem porque isso dependeria de um estudo próprio, que não foi objeto deste trabalho. A imagem, de qualquer forma, em seu aspecto de imagem-retrato, já encontra regulação específica no art. 20 do Código Civil, apesar de todas as críticas que são endereçadas a esse dispositivo,⁴¹¹ e a privacidade é regulada, ainda que em termos muito amplo e gerais, pelo art. 21 do mesmo código.

Quanto à responsabilidade criminal, a Nota Técnica conjunta endereçada ao Brasil pelos relatores especiais para a liberdade de expressão da ONU e da OEA⁴¹² aponta que, considerados os standards interamericanos e internacionais, as normas que estabelecem os crimes contra a honra no projeto de Código Penal atualmente em trâmite no Congresso Nacional (o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, de autoria do Senador José Sarney, trata dos crimes contra a honra em seus artigos 136 a 144, estabelecendo um regime semelhante e, em alguns

⁴¹¹ BARROSO, L.R., Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa *in* Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 16, p. 59-102

⁴¹² A Nota Técnica está disponível em http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/otros/Nota_tecnica_Brasil_2013.pdf

aspectos, até mais severo do que o do Código Penal atualmente em vigor), viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em diversos de seus dispositivos e pelas seguintes razões, dentre outras: (a) ao prever a sanção penal por calúnia, injúria e difamação, mesmo para os casos de declarações dirigidas a servidores públicos, figuras públicas ou particulares voluntariamente envolvidos em assuntos de interesse público, o que é desnecessário e desproporcional em uma sociedade democrática; (b) ao estabelecer uma causa de aumento de pena se o crime é cometido contra servidor público no exercício das suas funções ou por meio jornalístico, inclusive eletrônico ou digital; (c) ao não atribuir o ônus da prova por inteiro à acusação e, ainda assim, não admitir a exceção da verdade em toda e qualquer hipótese; (d) ao não estabelecer, segundo as regras da doutrina da malícia real, que somente há crime se o réu difundiu informações falsas com conhecimento de sua falsidade ou com temerária despreocupação sobre a sua veracidade; (e) ao tipificar os crimes de difamação e injúria por meio de tipos penais abertos e expressões vagas, e não por definição expressa, precisa e taxativa como determina a Convenção Americana; (f) ao possibilitar, por meio da definição vaga do crime de injúria, a sanção penal a simples opiniões, desde que se entenda que se ofendeu a dignidade ou decoro de alguém. Essas mesmas conclusões, porque idênticos os tipos penais e a prática jurisprudencial brasileira hoje em vigor, podem se aplicadas aos artigos 138 a 145 do Código Penal. A Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelece, no princípio nº 10, que: “As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e difusão de informação de interesse público. A proteção da reputação deve estar garantida somente por sanções civis nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou pessoa pública ou particular que tenha se envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nestes casos, deve comprovar-se que, ao difundir as notícias, o comunicador teve intenção de causar dano ou pleno conhecimento de que se estava difundindo notícias falsas ou se conduziu com manifesta negligência na busca da verdade”.⁴¹³ Ao explicar esse princípio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos destaca que, nos debates políticos, os discursos contundentes e até ofensivos em relação aos

⁴¹³ Libertad de expresión: debates, alcances y nuevas agendas; vários autores, p. 3-30.

responsáveis pela formulação de políticas públicas são comuns, não devendo ser permitida a utilização dos crimes contra a honra para silenciar as críticas e as denúncias de irregularidades contra a administração pública. Cabe à sociedade censurar as condutas erradas dos servidores públicos, e não o contrário. Em assuntos de interesse público, portanto, a imposição de responsabilidade civil por violação à honra, desde que fundada nas regras da malícia real, deve ser considerada suficiente para reprimir o exercício abusivo da liberdade de expressão. A responsabilidade penal não é necessária em uma sociedade democrática. Assim é entendido e praticado, em outros países de nosso continente como, por exemplo, nos Estados Unidos, na Argentina, no México e no Panamá. Sendo assim, o anteprojeto tratará da revogação dos crimes contra a honra, limitando-se, porém, ao campo das questões de interesse público. O anteprojeto propõe, então, o acréscimo de artigo ao Código Penal atualmente em vigor, estabelecendo que não constituem calúnia, injúria ou difamação as expressões referidas a agentes públicos ou figuras públicas. Propõe-se também que, em casos de calúnia e difamação, deve caber sempre ao autor da ação a prova da falsidade do fato definido como crime ou do fato ofensivo à reputação, sendo faculdade do réu, se assim entender adequado à sua defesa, comprovar a verdade dos fatos que afirmou. Em caso de aprovação do projeto de novo Código Penal ora em trâmite no Congresso Nacional, será necessária a correspondente adequação das regras da malícia real ao novo código.

No que diz respeito à responsabilidade civil aplicada ao conflito entre a honra e a liberdade de expressão, cabe lembrar que tanto a Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Tristán Donoso v. Panamá*, ressaltaram que a possibilidade de condenação ao pagamento de indenizações de jornalistas e demais cidadãos que se pronunciaram sobre assuntos de interesse público pode gerar um temor tão ou mais grave que a imposição de uma condenação penal. No julgamento do caso *New York Times*, o Juiz Brennan afirmou que: “o medo de ser condenado ao pagamento de uma indenização como a fixada pelas cortes do Alabama [que haviam condenado o jornal *New York Times* ao pagamento de indenização no valor de U\$ 500.000,00] pode ser marcadamente mais inibidor do que o medo de ser acusado em uma ação

penal”.⁴¹⁴ No mesmo sentido, no julgamento do caso *Tristán Donoso*, a decisão da Corte IDH registrou que: “o temor à sanção civil, ante a pretensão do Procurador de uma reparação civil sumamente elevada, pode ser, a todas as luzes, tão ou mais intimidante e inibidor para o exercício da liberdade de expressão que uma sanção penal, uma vez que tem a potencialidade de comprometer a vida pessoal e familiar de quem denuncia um funcionário público com o resultado evidente e desvalioso da autocensura, tanto para o afetado como para outros potenciais críticos da atuação de um servidor público”.⁴¹⁵ Ao reformar as decisões condenatórias, a mensagem que as cortes dirigiram à sociedade foi cristalina: o direito deve estar comprometido com a necessidade de afastar a autocensura no debate dos assuntos de interesse público. Em caso de exercício abusivo da liberdade de expressão, a adoção das regras da doutrina da malícia real para o reconhecimento de responsabilidades é um dos caminhos para proteger o autor da manifestação do pensamento e, assim, evitar a autocensura. Foi nesse sentido o entendimento da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, expresso em seu princípio nº 10, como anteriormente se mencionou. Por meio da adoção das regras da doutrina da malícia real procura-se estabelecer um controle adequado da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, coibindo abusos, mas permitindo o livre fluxo de ideias e informações. É necessário, então, verificar de que forma a doutrina da malícia real deve influenciar e produzir efeitos sobre o sistema de responsabilidade civil do direito brasileiro, adequando suas regras aos elementos da responsabilidade civil. São esses elementos que vão compor as normas do anteprojeto de lei a ser apresentado como proposta de solução legislativa.

A pergunta que o anteprojeto põe é a seguinte: o que é violar a honra? Ou, de outra forma: considerando a necessidade de também proteger a liberdade de expressão em uma sociedade democrática, em que consiste violar a honra, respeitando-se ao mesmo tempo o direito à liberdade de expressão? A resposta sugerida no anteprojeto passa pelas seguintes considerações tendo em vista a incidência das normas constitucionais que garantem o livre exercício da

⁴¹⁴ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

⁴¹⁵ Caso contencioso – série C nº 193: *Tristán Donoso v. Panamá* – sentença proferida em 27 de janeiro de 2009, parágrafo 129

manifestação do pensamento. É necessário, inicialmente, separar as expressões dirigidas a assuntos de interesse público das referidas a assuntos meramente privados. Quando presente assunto de interesse público, envolvendo agentes ou figuras públicas e particulares voluntariamente envolvidos em assuntos de interesse público, a violação da honra depende necessariamente da presença de dois requisitos. O primeiro requisito é a falsidade do fato afirmado; se o autor da afirmação fizer uma declaração verdadeira, ou seja, se expuser um fato que verdadeiramente ocorreu, não haverá violação da honra. O mesmo se aplica às simples emissões de opinião que não são falsas ou verdadeiras e, nesse contexto, não são aptas a violar a honra, salvo se fundadas em fatos conhecidamente falsos por quem emitiu a opinião. O segundo requisito é o dolo do autor da afirmação quanto ao conhecimento da falsidade do fato, ou seja, para que se considere violada a honra de um agente ou figura pública é preciso que o autor da afirmação a emita com conhecimento da falsidade do fato que imputa à pessoa atingida (dolo direto) ou com temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato afirmado. Por temerário desinteresse deve-se entender não a culpa, mesmo a grave, mas o dolo eventual que consiste, para os fins de arbitramento do conflito entre a honra e a liberdade de expressão em assuntos de interesse público, na assunção do risco de pronunciar uma afirmação falsa. A afirmação ou publicação de um fato falso sem pesquisa prévia sobre sua verdade ou falsidade constitui apenas culpa grave e não implica violação à honra. O dolo eventual, por sua vez, envolve a afirmação ou publicação de um fato falso, atribuindo-o a uma pessoa, mesmo sabendo de sua provável falsidade. O agente tem conhecimento da provável falsidade do fato e, mesmo assim, o declara, assumindo o risco de violar a honra de terceiro. Apenas o dolo a respeito da falsidade do fato afirmado autoriza o reconhecimento de que a honra foi violada. Por outro lado, em assuntos meramente privados ou particulares, o anteprojeto resguarda por inteiro a vigência das normas de direito civil ou penal. Passa-se, então, ao exame dos elementos propostos pelo anteprojeto, abordando-os nos seguintes tópicos: agentes públicos, figuras públicas e particulares voluntariamente envolvidos em assuntos de interesse público; a afirmação deliberada de um fato falso e difamatório e a emissão de opiniões; o dolo como elemento subjetivo; ônus da prova e verdade e, por fim, responsabilidade solidária e limite ao valor da indenização.

Agente público, figura pública e particulares voluntariamente envolvidos em assuntos de interesse público. Quando se advoga a adoção das regras da doutrina da malícia real no direito brasileiro, a primeira questão que se coloca é definir o seu alcance ou o seu campo de incidência. Com efeito, a aplicação das regras da malícia real deve alcançar apenas os assuntos de interesse público, não sendo o caso de fazê-la incidir quando uma possível violação da honra tenha ocorrido no contexto de um debate de assunto meramente privado. Para que o campo de incidência da doutrina da malícia real fique melhor definido, é necessário delimitar o conceito de ‘assunto de interesse público’ para os fins de sua aplicação. A fim de se resguardar a segurança jurídica, deve-se considerar como ‘assunto de interesse público’ todo aquele que envolva agentes públicos (ou ex-agentes) em relação a condutas praticadas no exercício da função, figuras públicas e particulares voluntariamente envolvidos em assuntos de interesse público. Propõe-se, então, que a lei considere como agentes públicos todos os agentes políticos e servidores públicos, bem como todos aqueles que exerçam mandato, cargo, emprego ou função em qualquer órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta. Devem ser consideradas figuras públicas, todas as pessoas que concorrem a cargos eletivos ou que tenham sido indicadas para ocupar qualquer cargo que dependa de aprovação de casas legislativas; todos os dirigentes de partidos políticos; todos os sócios, diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas que mantêm contrato com a administração, inclusive os concessionários de serviço público, bem como todos os acusados em ação penal porque a apuração dos crimes transcende os interesses individuais e interessa a toda a sociedade. Todas as pessoas notórias na sociedade, como artistas, atletas, jornalistas, que por meio de sua conduta ou de suas palavras, participam dos debates dos assuntos de interesse público, devem ser consideradas figuras públicas. O campo de incidência da doutrina da malícia real também deve alcançar os particulares envolvidos em assuntos de interesse público que, voluntariamente, participam do debate público ou que pretendem, pela manifestação de seu pensamento, exercer influência sobre a opinião pública ou sobre algum assunto de interesse público. A fim de simplificar a regulação dessa categoria, e considerando que os efeitos são os mesmos (idênticas regras de imposição de responsabilidade para figuras públicas e particulares

voluntariamente envolvidos em assuntos de interesse público), o anteprojeto as inseriu no conceito de figuras públicas.

A afirmação deliberada de um fato falso e difamatório e a emissão de opiniões. Qual conduta a doutrina da malícia real visa a proibir? Considerando a necessidade de se fazer prevalecer o direito à liberdade de expressão como direito fundamental e também considerando que os agentes públicos e figuras públicas mantêm o direito à honra, mesmo quando envolvidos no debate de assuntos de interesse público, que expressão do pensamento a doutrina da malícia real deve considerar proibida em deferência à honra das pessoas públicas? Uma e apenas uma: a afirmação deliberada, isto é, dolosa, de um fato falso e que também constitua uma difamação.⁴¹⁶ Em outras palavras, no campo do debate dos assuntos de interesse público, o que a doutrina da malícia real proíbe é a mentira deliberada e difamatória. Assim, para que a expressão seja considerada violadora da honra, a afirmação deve ser difamatória e falsa. Quanto à qualificação da falsa afirmação do fato, ou seja, da mentira deliberada, o conceito será especificado a seguir ao se abordar o elemento subjetivo que justifica o reconhecimento da responsabilidade civil. A afirmação falsa deve constituir uma difamação, ou seja, o fato falsamente imputado deve implicar a diminuição da estima e consideração sociais de que goza a pessoa afetada. Em caso de calúnia, por exemplo, a difamação é presumida porque foi imputado falsamente um fato criminoso. No entanto, a afirmação de um fato falso, mas não difamatório, não constitui violação à honra, podendo implicar violação à privacidade ou à própria imagem, em seu aspecto de imagem-atributo. Não se pode considerar que a divulgação de um fato digno de elogio, porém falso, sobre determinada pessoa constitua violação de sua honra. Pode constituir violação da privacidade ou da imagem. A violação da honra pressupõe diminuição da consideração social.

A afirmação de um fato não se confunde com a emissão de uma opinião. Os fatos sobre os quais recaem uma afirmação são passíveis de verificação, podendo-se apurar a sua veracidade ou falsidade. As opiniões não são falsas ou

⁴¹⁶ Difamação considerada em sentido amplo, o que compreende a difamação propriamente dita e a calúnia, que nada mais é do que a difamação qualificada pela atribuição falsa de um crime como causa de diminuição da consideração social de que goza a pessoa afetada.

verdadeiras e sua avaliação depende do entendimento de quem a emite e de quem a recebe. As opiniões, embora possam estar fundadas sobre fatos, sobre eles não recaem, não sendo passíveis de verificação para fins de se apurar seu conteúdo difamatório. Não se pode deixar de reconhecer que há uma zona cinzenta, sendo de difícil apuração, em certas ocasiões, a diferença entre a emissão de uma opinião e a declaração de um fato. Essas hipóteses dependerão de um exame caso a caso, mas pode-se adotar um critério de preponderância ou, ainda, de presunção de que se trata de opinião quando em jogo assuntos de interesse público. Nelson Hungria propunha para apuração dos crimes de difamação (atribuição de fato) e injúria (emissão de opinião) que, nos casos duvidosos, dever-se-ia, em observância à regra do *in dubio pro reo*, reconhecer cometido o crime de injúria, que recebe pena menos severa.⁴¹⁷

Qual é, então, o campo da opinião e da crítica protegida? A imunidade de crítica se estende a todos os fatos que digam respeito ao desempenho da função do agente público e a suas aptidões para o adequado exercício da função. A imunidade de crítica também pode se estender, se necessário, a aspectos da vida privada do agente público, especialmente em relação aos detentores de mandato eletivo, aos membros de poder e aos ocupantes de funções de direção na administração de qualquer dos três poderes. Em resumo, a doutrina da malícia real apenas admite a punição da expressão consistente na afirmação de um fato que seja falso e difamatório, importando na diminuição da consideração social da pessoa afetada: (a) afirmação de fato, (b) falso e (c) difamatório. As pessoas devem ser livres para opinar, especialmente em questões públicas. A simples emissão de uma opinião não deve ser objeto de qualquer punição.

O dolo como elemento subjetivo. Como já se verificou no capítulo 4, a doutrina da malícia real pressupõe que a responsabilidade civil por violação à honra de agente público, figura pública ou particular envolvido em assunto de interesse público somente pode ser reconhecida se presente o dolo do emissor da declaração. Em outras palavras, a afirmação do fato falso e difamatório deve ter sido feita com conhecimento da falsidade do fato ou com temerário desinteresse

⁴¹⁷ HUNGRIA, N., Comentários ao Código Penal, vol. VI. Rio de Janeiro, p. 82

pela veracidade. Adaptada a regra a um sistema de origem romano-germânica como o do direito brasileiro, isso significa demonstrar que o emissor da declaração agiu com dolo direto, ou seja, com vontade livre e consciente de fazer a afirmação de um fato falso e difamatório, ou com dolo eventual, ou seja, mesmo conhecendo a provável falsidade do fato afirmado, o emissor o declara, assumindo o risco de produzir uma declaração falsa e difamatória. Em referência ao ordenamento jurídico argentino, Badeni⁴¹⁸ e Bertoni⁴¹⁹ ressaltam em uníssono que o conhecimento da falsidade (*knowledge of the falsity*) e o temerário desinteresse pela verdade (*reckless disregard of whether it was true or false*) correspondem, respectivamente, ao dolo direto e ao dolo eventual. No direito brasileiro, são os artigos 186 e 927 do Código Civil que estabelecem normas gerais para disciplina da responsabilidade civil por atos ilícitos em geral. O anteprojeto, por sua vez, pretende construir uma regulação específica para o ato ilícito que decorre do exercício abusivo da liberdade de expressão, sem descuidar, no entanto, de preservar a harmonia com o sistema geral de responsabilidade civil atualmente em vigor. O anteprojeto, portanto, deve formular normas específicas que traduzam para o direito brasileiro os conceitos correspondentes ao *knowledge of the falsity* e ao *reckless disregard of whether it was true or false*, oriundos da doutrina da malícia real. Tudo isso com a finalidade de que o conflito entre a liberdade de expressão e a honra receba regulação específica para melhor proteção do direito à liberdade de expressão quando em questão assuntos de interesse público. A demonstração da culpa do emissor da declaração não é suficiente para caracterizar a violação da honra de uma figura ou agente público. A afirmação de um fato que é falso, embora emitida com culpa do emissor da declaração, está protegida pelo direito à liberdade de expressão e não deve gerar responsabilidade civil ou penal de acordo com a doutrina da malícia real. Apenas a conduta dolosa autoriza a restrição da liberdade de expressão.

Ônus da prova e verdade. Outras questões a serem abordadas no anteprojeto dizem respeito ao ônus da prova e ao que se entende por verdade para determinação do caráter lícito ou ilícito da manifestação do pensamento. A

⁴¹⁸ BADENI, Gregório, *Doctrina de la Real Malicia*, p. 90

⁴¹⁹ BERTONI, Eduardo Andrés, “New York Times versus Sullivan” y la Malicia Real de la Doctrina in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, p. 121-150

incidência da doutrina da malícia real sobre o ônus da prova determina que caberá ao autor, sempre e em qualquer hipótese, a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito. Pergunta-se: o que o deve o autor da ação demonstrar para ser bem sucedido em uma ação indenizatória proposta em face de um réu que fez uso abusivo do direito à liberdade de expressão? O autor deve comprovar a falsidade do fato objeto da afirmação que atingiu a sua reputação. Quando em questão assuntos de interesse público, não se admite, em nenhuma hipótese, a presunção da falsidade dos fatos afirmados na declaração que atinge a reputação alheia. É necessária a comprovação pelo autor da falsidade do fato declarado. Além disso, cabe ao autor demonstrar o dolo do réu, ou seja, que o réu afirmou falsamente um fato com conhecimento da falsidade ou com temerário desinteresse pela verdade. Atribuir ao réu o ônus de opor em sua defesa a exceção da verdade é incompatível com a doutrina da malícia real e implica uma restrição excessiva sobre o direito à liberdade de expressão. Comprovar a verdade dos fatos afirmados deve ser uma faculdade do réu, nunca um ônus. Ademais, a verdade será sempre uma defesa absoluta, independentemente de quem produziu a prova. Quando em jogo assuntos de interesse público, não pode existir difamação fundada em fatos verdadeiros. Quanto ao que se compreende por verdade para fins de resolução do conflito entre a honra e a liberdade de expressão, deve-se considerar o conceito de “verdade subjetiva”, ou seja, a verdade apurada de acordo com a experiência de quem fez a declaração do fato. Ao deferir requerimento de medida liminar na Reclamação nº 18.638 – CE, o Ministro Luis Roberto Barroso esclareceu, quanto à verdade dos fatos publicados pela imprensa, que: “não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga”. Somente merece punição quem, de acordo com a sua experiência, sabendo que o fato era falso, resolveu livre e voluntariamente afirmá-lo ou assumiu o risco de afirmá-lo, praticando uma conduta dolosa. A apuração da veracidade ou falsidade do fato afirmado deve ocorrer à luz de uma apreciação subjetiva, ou seja, de acordo com o que ocorreu segundo experimentou o autor da afirmação. Cabem aqui algumas observações quanto a um ‘direito à informação verdadeira’ sustentado por alguns autores da doutrina brasileira.⁴²⁰

⁴²⁰ Dentre outros: José Afonso da Silva e Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. SILVA em Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 246, entende que: “A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é

Entendem esses autores que o direito à informação não se consubstancia apenas no direito de buscar e receber informações, mas em um direito a uma informação verdadeira. A posição é equivocada. Não existe um conceito objetivo e absoluto de verdade. Por definição, fatos e ideias compreendem uma apreensão subjetiva da realidade. Ao discorrer sobre os autores que “pugnam por um suposto direito difuso à verdade ou à informação verdadeira”, Tepedino registrou que eles se esquecem:

que inexistente o conceito absoluto de verdade e que a liberdade de expressão e de manifestação pressupõem o direito de externar ideias que representam, por definição, apreensões subjetivas da realidade. Assim sendo, embora a retificação de fatos seja constitucionalmente assegurada, não se pode cogitar de um direito a uma suposta informação verdadeira, quase que a impor, autoritariamente, ao pior estilo de renovada patrulha ideológica, qual a valoração íntegra dos fatos, a ser esclarecida e divulgada, em detrimento da manifestação exarada pelo órgão da imprensa.⁴²¹

Se o direito à informação for entendido como um ‘direito difuso à informação verdadeira’, quem a prestou falsamente cometeu um ato ilícito. Logo,

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 eles incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação”. CARVALHO, em O STF, p. 169/170, considera relação de consumo a que vincula o emissor ao receptor da informação e chega a admitir a responsabilidade do jornalista e do órgão de comunicação social, como prestadores de serviço, independentemente de culpa em caso de má prestação do serviço por má qualidade da informação: “em caso de defeito na prestação de serviços — e o defeito aqui deve ser compreendido como má qualidade da informação — o fornecedor poderia responder independentemente de culpa” e em Direito de Informação, p. 81/89, registra que a liberdade de informação jornalística substituiu a antiga liberdade de imprensa e que: “O que se sustenta é que o fato narrado com imparcialidade, com isenção, como uma verdadeira magistratura. O serviço público desempenhado pela atividade jornalística exige a mesma neutralidade do magistrado no narrar fatos”. No mesmo sentido, Gomes Junior e Chueiri, entendendo o direito a uma informação verdadeira como um direito de quarta geração: “Atualmente, pode-se afirmar a existência de um direito de quarta geração que é correlacionado com o de informar apenas o que seja verdadeiro, acompanhando a posição da doutrina. Não basta simplesmente divulgar, mas devem-se noticiar apenas fatos verdadeiros, atendendo, dessa forma, a função social da atividade informativa”. Cf. GOMES JUNIOR, L.M. e CHUEIRI, M.F., Direito de Imprensa e Liberdade de Expressão, p. 122. Em sentido contrário Farias: “quando se diz que a verdade é componente essencial da liberdade de comunicação, na realidade é da verdade subjetiva que se está cogitando e não de uma verdade objetiva de difícil delimitação e constatação. Desse modo, não é exata a concepção que designa a verdade como elemento qualitativo da informação, pois a verdade em questão não se refere à notícia em si, mas, diz respeito, sobretudo, à atitude subjetiva dos sujeitos do processo da comunicação, *maxime* ao sujeito emissor”. Cf. FARIAS, E., Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional, p. 92.

⁴²¹ TEPEDINO, G., O Direito à Liberdade de Expressão à Luz do Texto Constitucional, Soluções Práticas de Direito – Pareceres, volume 1, p. 111

tem o dever de indenizar as pessoas que a receberam. Pergunta-se, então: as pessoas em geral, todas elas, que tiveram um seu direito subjetivo a uma informação verdadeira violado, estarão aptas a receber indenização de todo órgão de imprensa que publicar uma informação não verdadeira? Em oposição a essa possibilidade, o Ministro Barroso esclareceu, quanto ao conceito não absoluto de verdade, que:

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.⁴²²

A existência de um ‘direito à informação verdadeira’ não se justifica, portanto, em nenhuma hipótese. Considerando as apreensões subjetivas da realidade e a impossibilidade de investigação exaustiva por jornalistas e por todos os demais cidadãos que desejam divulgar notícias, não é possível exigir-lhes uma objetividade afinal inexistente. Também nos processos judiciais, uma investigação exaustiva da verdade nem sempre é possível. Afinal, quando não se consegue apurar a verdade dos fatos – e isso ocorre frequentemente – cabe ao juiz recorrer às regras de distribuição do ônus da prova para resolver o conflito de interesses que lhe foi submetido. Para os fins da doutrina da malícia real cabe ao autor comprovar que é falso o fato afirmado pelo réu, considerando-se que falsidade deve ser apurada à luz de uma apreciação subjetiva, ou seja, de acordo com o que aconteceu segundo experimentou o emissor da afirmação.

Em observância à norma do inciso XIV do art. 5º da Constituição, o anteprojeto resguarda a garantia do sigilo da fonte do jornalista, isentando-o, em qualquer hipótese, de revelar de quem obteve a informação que publicou. Considerando, porém, que o ônus da prova é atribuído por completo ao autor da ação, o anteprojeto autoriza o juiz a inverter o ônus da prova – a requerimento do

⁴²² BARROSO, L.R., Liberdade de Expressão *versus* Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação *in* Temas de Direito Constitucional, tomo III, p. 79-130

autor e antes de proferir a sentença – se, não revelada a fonte da informação, o autor da ação não dispuser de outro meio para comprovar a falsidade do fato, o dolo do réu e os demais fatos que alegou na petição inicial. Em resumo, sob a regulação da doutrina da malícia real, o ônus da prova recai todo sobre o autor, que deve demonstrar a responsabilidade do réu em todos os seus aspectos: (a) que a declaração afeta sua honra, (b) que o fato afirmado é falso e (c) que o réu agiu com dolo direto (conhecimento da falsidade do fato afirmado na declaração) ou eventual (indiferença ou temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato afirmado).

Responsabilidade solidária e limite ao valor da indenização. Outras questões relevantes sobre as consequências civis dos danos cometidos pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de imprensa também constam do anteprojeto. Quanto à responsabilidade civil da empresa de comunicação social, em caso de dano e reconhecimento da responsabilidade civil do jornalista, a empresa deve responder em caráter solidário. A solidariedade da empresa, porém, deve ficar restrita à reparação dos danos causados pelos jornalistas e demais profissionais a ela vinculados, não se estendendo ao conteúdo gerado por terceiros e publicados em seu jornal, revista, rádio, televisão ou página de internet. Este critério já é adotado em favor dos provedores de conexão para as manifestações do pensamento divulgadas por meio da internet (v. art. 18 da Lei nº 12.965, de 2014). Afasta-se, assim, ao menos em parte, a regra constante do enunciado nº 221 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fundada em norma da revogada ‘Lei de Imprensa’. A imposição de responsabilidade solidária à empresa de comunicação social por todo o conteúdo gerado em seu veículo (jornal, revista, rádio ou televisão, ou mesmo página de internet) – como quer o enunciado nº 221 – restringe indevidamente a liberdade de imprensa. O caso *New York Times v. Sullivan* é prova cabal do que ora se afirma, valendo lembrar que a publicação que deu origem à ação era um anúncio editorial pago e publicado no jornal a pedido de terceiro: o Comitê para a Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul.

O anteprojeto retoma a questão da limitação do valor da indenização em caso de uso abusivo da liberdade de expressão e imprensa, antes prevista nos

artigos 51 e 52 da ‘Lei de Imprensa’. Embora a questão seja controversa, tendo havido inclusive decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário (anterior ao julgamento da ADPF nº 130 – DF), proclamando a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, é necessária a reapreciação da matéria, principalmente em defesa da liberdade de expressão dos pequenos meios de comunicação social. A regra limitadora do montante da indenização cumpre relevante função para o livre desenvolvimento da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. O temor de uma sanção indenizatória civil muitas vezes supera o receio de um processo criminal e isso é especialmente verdadeiro para os jornalistas independentes e para os pequenos jornais. Novamente aqui, impõe-se separar o tratamento da liberdade de expressão em conflito com a honra em assuntos de interesse público e em questões meramente privadas. Ao relatar e julgar o Recurso Extraordinário nº 447.584 – RJ, o Ministro Cezar Peluso, declarando a inconstitucionalidade do art. 52 da ‘Lei de Imprensa’, considerou que a prévia limitação legal do valor da indenização por dano moral é incompatível com o que denominou de “princípio de indenizabilidade irrestrita”. No conflito da honra com a liberdade de expressão, Peluso pôs a ênfase na reparação das “sensações dolorosas ou aflitivas, inerentes ao sofrimento advindo da lesão a valores da afetividade”, não se atentando para os direitos à liberdade de expressão e imprensa que também estavam em jogo. No mesmo sentido e com semelhantes fundamentos foram os julgamentos dos Recursos Extraordinários 396.386 – SP (relator: Ministro Carlos Velloso) e 240.450 – RJ (relator: Ministro Joaquim Barbosa), bem como o entendimento consolidado no enunciado nº 281 da súmula da jurisprudência do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Ocorre, porém, que limitar, previamente e por meio de lei, o valor da indenização é uma forma de proteger institucionalmente a liberdade de expressão, mesmo que em um determinado caso concreto ela tenha sido exercida de maneira abusiva. Reconhecida a responsabilidade civil, não se nega o pagamento da indenização. Esta, no entanto, não pode ser de tal monta a gerar a autocensura e a inviabilizar a manifestação de pensamento dos jornalistas e dos cidadãos. Uma regra que limite o valor da indenização visa exatamente à proteção dos pequenos meios de comunicação social, especialmente os jornais independentes de cidades interioranas, incapazes de suportar uma indenização fixada em patamares

elevados e mesmo de sobreviver a um processo judicial. Uma ação envolvendo o conflito da honra com a liberdade de expressão não pode ser solucionada e tratada como uma ação indenizatória em razão de um acidente de trânsito ou de qualquer outra questão patrimonial. Isso não passou despercebido, por exemplo, ao Juiz Marshall da Suprema Corte norte-americana que, no voto vencido proferido no julgamento do caso *Rosenbloom v. Metromedia*, não deixou de apontar que “o poder discricionário ilimitado exercido pelos tribunais do júri na fixação dos danos punitivos e presumidos agrava o problema da autocensura que necessariamente resulta do estabelecimento de enormes indenizações”.⁴²³ A realidade judiciária norte-americana é diversa da brasileira no que toca à fixação de elevadas indenizações, mas a questão central que preocupava o juiz da Suprema Corte era uma só: a autocensura provocada pela fixação ilimitada de indenizações contra quem manifestou o pensamento. Também o Ministro Ayres Britto manifestou essa preocupação, no voto que proferiu na ADPF nº 130 – DF, ao justificar a necessidade de que a reparação financeira não descambe para a exacerbação: “primeiro, a excessividade indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse carregar nas cores da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística”. Necessária, então, é a conciliação do direito à liberdade de expressão e de imprensa com o direito à indenização decorrente da ofensa à honra. Embora não seja possível estabelecer uma tarifação absoluta, nada impede o estabelecimento de um limite correspondente a determinado número de salários mínimos ou a montante do faturamento da empresa de comunicação social. O tipo de solução que o STF ofereceu no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 240.450 – RJ, 396.386 – SP e 447.584 – RJ não considerou os efeitos silenciadores sobre o debate público em uma sociedade democrática que a possibilidade de estabelecimento sem limite dos montantes indenizatórios pode provocar. Um último detalhe. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 447.584 – RJ, a ação envolvia assunto de interesse público: de um lado um Senador da República e de outro o antigo Jornal do Brasil, que foi condenado a pagar indenização no valor de R\$ 300.000,00

⁴²³ *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 U.S. 29

(trezentos mil reais). Por fim, o anteprojeto reproduz parcialmente para o direito interno a norma do art. 13, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a imposição de censura prévia, mesmo por ordem judicial, e propõe a revogação expressa dos crimes contra a segurança nacional previstos nos artigos 22, 23 e 26 da Lei nº 7.170, de 1983, porque os tipos penais neles previstos não são compatíveis com as novas normas sugeridas.

9.4.

Anteprojeto de lei de proteção da liberdade de expressão

Apresenta-se a seguir o texto do anteprojeto proposto como solução legislativa para o que este trabalho identificou como o problema da posição preferencial da honra quando em conflito com a liberdade de expressão. O principal objetivo do anteprojeto é conferir à liberdade de expressão uma posição preferencial quando em conflito com a honra e quando em questão assuntos de interesse público. Procura-se alcançar esse objetivo por meio da adoção de algumas das regras da doutrina da malícia real e de sua inserção no direito brasileiro. No anexo I desta tese, o texto do anteprojeto de lei constará por completo, inclusive com a exposição de motivos.

Projeto de Lei nº _____, de 2016

(Do Deputado _____)

Estabelece normas para defesa dos direitos à liberdade de expressão e de imprensa, descriminaliza as expressões proferidas em debates de assuntos de interesse público e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

“Art. 1º – Não constitui ato ilícito civil ou criminal por violação da honra a manifestação do pensamento sobre agentes públicos ou figuras públicas que consistir em uma afirmação de fatos verdadeiros. A afirmação de fatos falsos sobre agentes públicos ou figuras públicas também não constitui ato ilícito civil

ou criminal por violação da honra, salvo em caso de dolo direto ou eventual do autor da declaração.

§ 1º – Considera-se que o autor da declaração age com dolo direto quando se conduz com vontade livre e consciente de afirmar um fato falso e com conhecimento de sua falsidade; considera-se que age com dolo eventual quando, conhecendo a provável falsidade do fato, o autor da declaração assume mesmo assim o risco de fazer uma falsa afirmação de fato.

§ 2º – São considerados agentes públicos todos os agentes políticos e servidores públicos, bem como todos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer órgão ou entidade da administração direta ou indireta, autárquica ou fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sociedade empresarial em que haja participação societária de qualquer das entidades anteriormente mencionadas.

§ 3º – São consideradas figuras públicas, todos aqueles que concorrem a cargos eletivos em qualquer dos entes da Federação, bem como as pessoas indicadas para ocupar qualquer cargo que dependa de aprovação do Senado ou de qualquer outro órgão de qualquer ente da Federação; os dirigentes de partidos políticos; os dirigentes, sócios, diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas, com ou sem finalidade empresarial, que mantêm contrato, precedido ou não de licitação, com qualquer órgão ou entidade mencionado no § 2º, inclusive os dirigentes, sócios, diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas que detêm concessão de serviço público; os sócios, diretores e editores de quaisquer meios de comunicação social; os dirigentes de confederações, federações e de quaisquer clubes e agremiações esportivas; as pessoas que estejam sendo investigadas pelos órgãos policiais ou quaisquer outros órgãos de investigação ou que tenham sido acusadas em juízo de cometer crime ou contravenção penal.

§ 4º – Também são consideradas figuras públicas os artistas, os jornalistas que estejam no exercício da profissão, os atletas e as demais pessoas notórias na sociedade e os particulares envolvidos em assuntos de interesse público que, voluntariamente, participam do debate público ou que pretendam, pela

manifestação de seu pensamento, exercer influência na opinião pública sobre qualquer assunto de interesse público.

§ 5º – Não há violação da honra se a afirmação recair sobre fato que, embora falso, não importe na ofensa à reputação ou na diminuição da estima e consideração social do agente público ou da figura pública.

§ 6º – A veracidade dos fatos afirmados deve ser apurada de acordo com o que conhecia ou podia conhecer aquele que os declarou.

§ 7º – As afirmações protegidas por esta Lei dizem respeito àquelas que recaem sobre fatos relevantes e relativos ao exercício da função desempenhada pelo agente público ou ao papel social desempenhado pelo agente público ou pela figura pública.

§ 8º – Aquele que deixar de ocupar os cargos e funções enumerados no § 2º mantém a condição de agente público em relação às declarações feitas por terceiros referentes às atribuições do cargo ou função que ocupava.

Art. 2º – A emissão de opinião, mesmo com caráter crítico ou mordaz, sobre a conduta, o comportamento ou o modo de ser de agente público ou de figura pública não constitui calúnia, injúria ou difamação, nem ato ilícito civil ou criminal.

Parágrafo único – As expressões humorísticas encenadas, faladas, escritas ou manifestadas por qualquer outro meio, constituem opinião para os fins legais e estão protegidas pelos direitos à liberdade de imprensa e expressão artística, não podendo gerar responsabilidade de qualquer espécie.

Art. 3º – A expressão crítica ou ofensiva, de caráter impessoal, a qualquer atividade de poder do Estado, órgão público, autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista não pode ser considerada como violadora da honra ou da reputação de agente público a eles vinculado ou encarregado de sua administração superior.

Art. 4º – Não constitui calúnia ou difamação, nem ato ilícito civil ou criminal a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva.

Art. 5º – Sem prejuízo da imposição de responsabilidades ulteriores, o juiz não pode, em nenhuma hipótese, estabelecer censura prévia à manifestação e expressão do pensamento sob o fundamento de violação da honra de um agente público ou de uma figura pública.

Art. 6º – Em caso de violação da honra de agente público ou figura pública, a imposição das responsabilidades ulteriores far-se-á sem prejuízo dos direitos de retificação e resposta se requeridos pelo ofendido.

§ 1º – Proposta ação de indenização, o oferecimento pelo réu, durante o prazo de contestação e independentemente de requerimento do autor, de espaço jornalístico para o exercício dos direitos de retificação e resposta suspende o curso do processo e interrompe o prazo para oferecer contestação.

§ 2º – Intimado o autor para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias sobre a proposta do réu, o exercício do direito de retificação ou resposta implicará renúncia ao direito à indenização e extinção do processo sem resolução do mérito, cabendo ao réu o pagamento das custas processuais e às partes os honorários de seus respectivos advogados.

§ 3º – A retificação e a resposta serão publicadas na forma que prevê a Lei que regulamenta o exercício desses direitos.

§ 4º – Negando-se o autor a exercer o direito de retificação ou resposta, será retomado o curso da ação, intimando-se o réu da reabertura do prazo para oferecer contestação.

Art. 7º – Caberá ao autor o ônus de comprovar a falsidade do fato cuja afirmação alega violadora da honra, o dolo do réu e os demais fatos alegados na petição inicial.

§ 1º – Se o réu invocar em sua defesa a garantia do sigilo da fonte com base no art. 5º, XIV da Constituição e se o autor, permanecendo sem acesso à fonte da informação, não dispuser de qualquer outro meio para comprovar a falsidade do fato, o dolo do réu e os demais fatos alegados na petição inicial, pode o juiz, a requerimento do autor e antes de proferir a sentença, determinar a inversão do ônus da prova, concedendo às partes o prazo de 15 (quinze) dias para requerer e especificar as provas que pretendem produzir.

§ 2º - Se o autor requerer na petição inicial, o juiz, preservando o sigilo da fonte, pode, após facultar a manifestação do réu, ordenar a exibição de todos os documentos, fotografias, gravações de sons e imagens e outros materiais utilizados na produção da matéria jornalística, mesmo os que não tenham sido divulgados ao público, aplicando-se, no que couber, as regras que regulamentam a exibição de documento ou coisa e sem prejuízo da possibilidade de produção antecipada de prova.

§ 3º – O réu, em nenhuma hipótese, estará obrigado a revelar de quem obteve a informação.

Art. 8º – A indenização por dano moral em caso de violação à honra de agente público ou figura pública estará limitada às seguintes quantias:

§ 1º – ao equivalente a 10 (dez) salários mínimos se o réu é pessoa natural;

§ 2º – ao equivalente a 1% (um por cento) de seu faturamento ou 20 (vinte) salários mínimos, o que constituir maior valor, se o réu é pessoa jurídica que exerce atividade de comunicação social que não dependa de licença de autoridade;

§ 3º – ao equivalente a 5% (cinco por cento) de seu faturamento ou 200 (duzentos) salários mínimos, o que constituir maior valor, se o réu é pessoa jurídica que exerce atividade de comunicação social que dependa de licença de autoridade.

§ 4º – Em caso de retratação cabal do réu antes de proferida a sentença, o juiz pode reduzir pela metade o valor da indenização.

§ 5º – A pessoa jurídica que exerce atividade de comunicação social é solidariamente responsável pelo dano causado pelos jornalistas, colunistas e demais profissionais a ela vinculados, com ou sem relação de emprego, no exercício de suas atividades, não se estendendo a solidariedade à obrigação de reparar os danos causados por conteúdo produzido por terceiros.

Parágrafo único. Se o réu é pessoa jurídica que, embora exerça atividade de comunicação social que não depende de licença de autoridade, compõe grupo empresarial de comunicação social que também exerce sua atividade por meios regulamentados, aplicam-se os limites do § 3º, não se aplicando o § 2º deste Artigo.

Art. 9º - Em caso de violação da honra ou reputação das pessoas jurídicas, a indenização consistirá exclusivamente no pagamento dos danos materiais devidamente comprovados.

§ 1º – Em se tratando de sociedade de capital aberto ou de pessoa jurídica que mantém contrato com o poder público ou que mantenha, em seu quadro social, agente público ou figura pública, a responsabilidade do autor da declaração será apurada na forma dos artigos 1º e 2º desta Lei.

Art. 10 – Aquele que se sentir afetado em sua honra por afirmação de fato ou emissão de opinião tem o direito de requerer ao juiz a interpelação do autor da declaração para prestar esclarecimentos e explicações. Intimado, o autor da declaração pode manter integralmente o seu pronunciamento ou recusar-se a responder. Querendo se retratar ou prestar esclarecimento ou explicações, o autor da declaração deve fazê-lo no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 – As normas previstas nesta Lei não se aplicam à responsabilidade civil e criminal decorrente de atos ilícitos violadores dos direitos à privacidade e à imagem.

Art. 12 – Acrescentam-se os artigos 141 – A e 141 – B ao Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a seguinte redação:

‘Art. 141-A – Sem prejuízo das reparações civis correspondentes, não configuram os crimes de calúnia, injúria ou difamação as expressões proferidas em debates de assuntos públicos e dirigidas a agentes públicos ou figuras públicas.

Parágrafo único – Havendo violação da honra, cabe ao ofendido, se assim entender, propor ação civil para buscar a indenização que lhe couber na forma da lei’.

‘Art. 141 – B – Nos crimes de calúnia e difamação, caberá ao querelante, em qualquer circunstância, a prova da falsidade do fato definido como crime ou ofensivo à reputação.

Parágrafo único – A prova da verdade será sempre permitida e será facultada ao querelado no exercício do direito de defesa. A prova da verdade constitui uma faculdade do querelado e não pode, em nenhuma hipótese, ser-lhe atribuída como ônus’.

Art. 13 – Revogam-se o § 3º do art. 138; o parágrafo único do art. 139; os incisos I e II do art. 141 do Código Penal e os artigos 22, 23 e 26 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Dá-se ao parágrafo único do art. 145 do Código Penal a seguinte redação: “Procede-se mediante representação do ofendido no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

Art. 14 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

No capítulo seguinte, passa-se à exposição das considerações finais.

10 Conclusão

O objetivo desta tese, ao identificar, a partir do exame da jurisprudência do STJ, que o direito à honra, quando em conflito com o direito à liberdade de expressão, goza de posição preferencial no ‘direito vigente’ brasileiro, consistiu na elaboração de três diferentes propostas de solução para esse problema. As duas primeiras foram formuladas nos capítulos 7 e 8, que sugeriram a efetiva aplicação no direito brasileiro da jurisprudência do STF e da Corte IDH sobre a liberdade de expressão. A terceira proposta de solução aconselhou o encaminhamento de um anteprojeto de lei na forma apresentadas no capítulo 9. O anteprojeto de lei constitui o meio mais adequado de solução para o problema da posição preferencial da honra na medida em que busca proporcionar regras melhores e mais estáveis de solução do conflito da honra com a liberdade de expressão, reconhecendo este direito como preferencial quando em jogo assuntos de interesse público. O anteprojeto procurou adequar as regras da doutrina malícia real ao sistema de responsabilidade civil do direito brasileiro. Interessa ao anteprojeto que a jurisprudência dos tribunais nacionais abandone o recurso a parâmetros imprecisos como a verificação da presença do *animus injuriandi vel difamandi* e resolva a controvérsia de acordo com elementos bem definidos da teoria geral da responsabilidade civil (partes envolvidas no ato ilícito civil, dolo e culpa, relação de causalidade e dano) e da teoria geral do processo (partes no processo, ônus da prova e atividade probatória).

O anteprojeto dispõe, em resumo, que a difamação que implica violação da honra envolve, necessariamente, a afirmação de um fato falso. Além de falso, o fato deve ter caráter difamatório, importando na diminuição da consideração que a pessoa atingida goza na sociedade. Se for fato elogioso ou indiferente, ainda que fundado em falsa afirmação, não há difamação. O dano à honra somente ocorre se houver difamação. O dolo (e eventualmente a culpa, nos conflitos meramente

privados) se apura em relação não às palavras proferidas em si, mas em relação ao conhecimento do autor da declaração da falsidade dos fatos afirmados. É necessário verificar se, ao tempo em que proferiu a afirmação do fato, o locutor sabia de sua falsidade ou de sua provável falsidade e mesmo assim o afirmou, ou ainda, se não observando o necessário dever de cuidado, fez a falsa afirmação do fato. A conduta dolosa (quando em debate assuntos de interesse público) ou culposa (quando em jogo assuntos meramente privados) deve ser apurada em referência à vontade livre e consciente, à assunção do risco ou a inobservância de um dever de cuidado com a veracidade do fato afirmado. A simples emissão de opinião, fundada em fato cuja verdade não é objeto de controvérsia, é amplamente protegida pela liberdade de expressão e não gera qualquer consequência no campo da responsabilidade civil.

O anteprojeto propõe, então, uma modificação nas bases dos padrões argumentativos da doutrina e da jurisprudência no Brasil. Nas ações indenizatórias propostas por agentes públicos no desempenho de suas funções, por figuras públicas ou por quaisquer particulares envolvidos em assuntos de interesse público, a defesa fundada na alegação de ausência de *animus injuriandi vel difamandi* é uma falácia e deve ser abandonada. O conceito de *animus injuriandi vel difamandi* como dolo específico de ofender é elusivo. E imprecisa é a verificação de sua presença ou ausência em um determinado discurso; logo, a solução de um conflito que dependa da verificação da existência ou inexistência do *animus injuriandi vel difamandi* deixa aberto o mais amplo campo para as subjetividades judiciais. Em debate de assuntos de interesse público, o cidadão e a imprensa têm o direito de fazer a crítica e de, fazendo a crítica, injuriar e ofender. O direito, portanto, deve – quando presente assuntos de interesse público – assegurar o direito de ofender. Nesses casos, o direito de ofender é aspecto do direito fundamental à liberdade de expressão. Como observou Fábio Leite:

devemos considerar que a importância da liberdade de expressão compreendida aqui como a efetiva proteção do conteúdo, é diretamente proporcional ao tom crítico daquilo que é divulgado. Quanto mais contundente e forte for o comentário, a opinião, a crítica, podendo inclusive ser ofensivos (Dimoulis e Christopoulos, 2009), maior será a importância da garantia da liberdade de

expressão. Entender de outra forma significaria reconhecer que a liberdade de expressão protege apenas o conteúdo que a ninguém interessaria censurar.⁴²⁴

A difamação implica necessariamente a diminuição da reputação e, portanto, da honra da pessoa por ela afetada. E a crítica pode importar na difamação da pessoa criticada. Sua reputação passa de um estado maior a um estado menor. Mas, em certas circunstâncias e pelos fundamentos já expostos, trata-se de um mal necessário, ao menos nas sociedades democráticas. Como lembrou o advogado Herbert Wechsler na defesa que fez do jornal New York Times, “a difamação é intrínseca à crítica aos agentes públicos, à discussão dos assuntos públicos”.⁴²⁵

O anteprojeto não advoga, porém, a revogação das proteções conferidas aos cidadãos que têm violada sua honra. Todos os critérios propostos aplicam-se às manifestações dirigidas aos agentes públicos no desempenho de suas funções, às figuras públicas e às pessoas que se envolvem nos assuntos de interesse público e não se tolera a mentira deliberada, ou seja, a afirmação com dolo de fato falso e difamatório. O direito à honra como direito de ser respeitado tem fundamento nas constituições democráticas e nos tratados internacionais de proteção de direitos humanos. “A reputação – lembra Lewis – é um aspecto de nossa personalidade; causar dano a ela é quase como causar dano à nossa integridade física”.⁴²⁶ Em disputas privadas, portanto, a honra deve ser protegida de acordo com as normas gerais de responsabilidade, sem interferência do direito à liberdade de expressão como anteparo para indenizações civis e sanções penais em defesa daquele que manifestou o seu pensamento. Mas em assuntos de interesse público, um valor mais alto se impõe e diz respeito à própria existência da ordem democrática. Nesse caso, imperam as normas de proteção da posição preferencial da liberdade de expressão. Bem por isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, quando julgou o caso *Garrison v. Louisiana* e estendeu a aplicação da doutrina da malícia real aos casos criminais, não deixou de registrar que:

⁴²⁴ LEITE, F.C., Liberdade de Expressão e Direito à Honra: novas diretrizes para um velho problema *in* Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional, p. 395-408

⁴²⁵ LEWIS, A., *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*, p. 115

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 154

Nós reconhecemos que diferentes interesses possam estar envolvidos quando se trata de difamações puramente privadas, totalmente sem relação com assuntos públicos; assim, nada do que afirmamos hoje deve ser tomado como indicando nenhuma visão quanto ao impacto das garantias constitucionais na distinta área das difamações puramente privadas.⁴²⁷

A apresentação de um anteprojeto tratando de uma matéria que até hoje foi apenas regulada pelas leis gerais de responsabilidade civil e penal gerará, como é de se esperar, críticas e oposições. Mesmo que o anteprojeto se proponha a disciplinar o campo do debate de interesse público, e não as possíveis violações à honra que ocorrem cotidianamente em disputas meramente privadas, as objeções podem ser antevistas.

Quanto à conveniência da edição de uma lei, Badeni e Bertoni defendem o reconhecimento da doutrina da malícia real pelo direito constitucional argentino com base no art. 32 da Constituição. Sustentam que, nas ações de indenização propostas por servidores públicos alegando violação da honra, os conflitos que surgem da livre manifestação do pensamento devem ser resolvidos com fundamento na norma constitucional; as demais relações, que envolvam apenas disputas privadas sobre a honra, permanecem reguladas pelo Código Civil.

Badeni reconhece o papel estratégico desempenhado pela liberdade de expressão e de imprensa em um regime de democracia constitucional e a capacidade que as ações penais e civis propostas pelos agentes do estado têm de esfriar ou mesmo silenciar o debate público, tornando mais pobre e menos transparente a deliberação sobre os assuntos de governo. Embora não reconheça à liberdade de expressão um caráter absoluto, Badeni salienta a necessidade de reconhecimento de regras especiais aplicáveis aos casos que envolvam uma dimensão institucional da liberdade de expressão, o que deve ocorrer não para outorgar privilégios especiais a alguns cidadãos ou à imprensa, mas para preservar um sistema de democracia constitucional:

Entre tais regras cabe citar as que configuram a doutrina da malícia real. Sua principal virtude reside em estabelecer critérios objetivos para julgar a responsabilidade jurídica pelo exercício da liberdade de imprensa, distinguindo as

⁴²⁷ Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64

diversas conotações que ela apresenta segundo se exerça em uma dimensão individual, institucional ou estratégica.⁴²⁸

Segundo esclareceu o autor, a doutrina da malícia real já foi acolhida na Argentina pela jurisprudência de seus tribunais e, especialmente, da Suprema Corte de Justiça da Nação. As decisões proferidas nos casos Vago contra Ediciones La Urraca S.A.; Morales Sola, Juan Ramos contra LR3 Radio Belgrano e em muitos outros indicam que a doutrina da malícia real consolidou-se na Argentina como critério para solução dos conflitos entre o direito à liberdade de criticar as atividades de governo e a conduta de seus servidores e o direito à honra de agentes públicos.⁴²⁹ A doutrina, porém, foi alvo de críticas, inclusive em razão de sua origem norte-americana.⁴³⁰ Porém, como bem destacou o autor, não houve resistência crítica, em outros ramos do direito, a conceitos formulados por autores estrangeiros de outras origens, como italianos, espanhóis ou alemães. Badeni não vislumbra qualquer incompatibilidade entre a doutrina da malícia real e o direito argentino.

As mesmas razões se aplicam ao direito brasileiro. A Constituição de 1988 reconhece a liberdade de expressão como direito fundamental, não sendo com ela incompatível lei que – adotando os critérios da doutrina da malícia real – assegure sua posição preferencial quando em conflito com a honra. No que toca à origem da teoria, vale lembrar que o direito brasileiro adota a teoria dos frutos da árvore envenenada,⁴³¹ recebida do direito norte-americano. Esse exemplo demonstra a possibilidade de se adotar uma doutrina jurídica de origem norte-americana, adequando-a ao ordenamento nacional, não sendo o caso de a repelir apenas em razão de sua origem. Além do acolhimento jurisprudencial, a teoria dos frutos da árvore envenenada alcançou no Brasil reconhecimento legal com a promulgação da Lei nº 11.690, de 2008, que alterou o texto da norma do art. 157 do Código de Processo Penal. A rejeição de uma doutrina estrangeira deve se justificar pela má

⁴²⁸ BADENI, G., Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, 2ª edição, p. 771

⁴²⁹ Id., p. 801-813: “A continuidade e uniformidade dos conteúdos operantes nessas decisões permitem vislumbrar a consolidação da doutrina da malícia real com caráter de doutrina jurisprudencial de fato vinculante para os tribunais judiciais do país”.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e adotada em diversas decisões, como, por exemplo, a proferida em 25 de agosto de 2015 no julgamento da Ação Penal nº 341 – MG.

qualidade de seus fundamentos ou pela sua inadequação ao direito nacional, e não por sua origem.

Muitas outras questões a respeito da liberdade de expressão debatidas no direito norte-americano e de outros países pelo mundo ainda estão a merecer um estudo mais aprofundado dos juristas brasileiros, em uma abordagem brasileira que possa contribuir para o avanço do ordenamento jurídico nacional. Refiro-me aqui às questões sobre regulação de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação, discursos de ódio, conflito com os direitos à privacidade e imagem e outros. Quanto a este trabalho, espero que – tendo lançado algumas luzes sobre a liberdade de expressão quando em conflito com a honra – possa contribuir para o avanço da ciência jurídica no Brasil, para uma melhor proteção da liberdade de expressão e para o fortalecimento da democracia brasileira.

AGUIAR, A. La Libertad de Expresión y Prensa – Jurisprudencia Interamericana (1987 – 2009). Miami: Sociedad Interamericana de Prensa, 2009.

ARTIGO 19, direção de MARTINS, Paula. Graves violações à liberdade de expressão de jornalistas e defensores de direitos humanos. Relatório anual – 2012. São Paulo: Article 19, 2013.

_____. Violações à liberdade de expressão. Relatório anual – 2013. São Paulo: Article 19, 2014.

_____. Violações à liberdade de expressão. Relatório anual – 2014. São Paulo: Article 19, 2015.

_____. Violações à liberdade de expressão. Relatório anual – 2015. São Paulo: Article 19, 2016.

ÁVILA, H. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BADENI, G. Doctrina de La Real Malicia. Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005.

_____. Tratado de Derecho Constitucional, tomos I e II. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.

_____. Tratado de La Libertad de Prensa. Buenos Aires: Abedeledo Perrot, 2002.

BALKIN, J. Old-School/New-School Speech Regulation *in* Harvard Law Review, vol. 127; Harv.L.Rev.: Cambridge, 2013-2014.

BARBOSA, F.N. Internet e Consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade civil do provedor de pesquisa *in* Revista dos Tribunais, vol. 924. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 535.

BARCELLOS, A.P. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdade de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória disponível www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf.

BARROSO, L.R. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa *in* Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 16. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

_____. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988 *in* Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação *in* Temas de Direito Constitucional, tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos *in* Temas de Direito Constitucional, tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

BARRA, R. C. La Libertad de Prensa en la Reciente Jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia. Buenos Aires: La Ley.

BELLUSCIO, A. C. La Censura Judicial *in* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006, tomo II. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2006.

BERTONI, E.; DEL CAMPO, A. Calumnias e injurias: a dos años de la reforma del Código Penal argentino. Buenos Aires: CELE, 2012.

_____. Calumnias e Injurias: La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551. Buenos Aires: CELE, 2012.

BERTONI, E. A. Libertad de Expresión en el Estado de Derecho. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

_____. Libertad de Expresión y Democracia *in* CEJIL Gaceta nº 14. Washington: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL, 2001.

_____. Libertad de Expresión en el Estado de Derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

_____. The Emerging Free Expression Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Influence of the European Court *in* Media Law Resource Center Bulletin. New York: 2009.

_____. “New York Times versus Sullivan” y la Malicia Real de la Doctrina *in* Estudios Básicos de Derechos Humanos; San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

BINENBOJM, G. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil disponível em www.mundojuridico.adv.br.

BLACKSTONE, W. Commentaries on the Laws of England in Four Books disponível em <http://oll.libertyfund.org/title/2142>.

BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORNHOLDT, R.M. Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2011.

CARVALHO, L.G.G.C. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O STF e o Direito de Imprensa, Análise e Consequências do Julgamento da ADPF 130/2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação *in* Revista do Direito do Consumidor, vol. 47.

CAVALIERI FILHO, S., Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL – CEJIL. A Proteção da Liberdade de Expressão e o Sistema Interamericano. San José: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL, 2005.

_____. Implementação das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Jurisprudência, Instrumentos Normativos e Experiências Nacionais. Rio de Janeiro: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL, 2009.

_____. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la libertad de expresión. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: 2010.

CALDAS, R.F. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil *in* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2013. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2013.

CARTER, E. Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights *in* Communication Law & Policy, vol. 18. Philadelphia: Taylor & Francis, 2013.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil, 6.ed.. São Paulo: Malheiro, 2005.

CHAFEE JR., Z. Free Speech in the United States, Cambridge: Harvard University Press, 1967.

CHEMERINSKY, E. Constitutional Law – Principles and Policies, 3.ed. New York: Aspen, 2006.

_____. Constitutional Law – Principles and Policies, 4.ed.; New York: Wolters Kluwer, 2011.

CHEQUER, C. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEQUER, C. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro, 2010. 339 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

DWORKIN, R. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIEGUES, J. A. Es Absoluta la Prohibición de Censura en el sistema interamericano? *in* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2008. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2008.

ESPINOSA, B. Ética, tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

_____. Tratado Político. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Tratado Teológico-Político. tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FARIAS, E. Liberdade de Expressão: Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FAYT, C.S. La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Buenos Aires: La Ley, 2000.

FISS, Owen. A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARCIA, G.G.C. Estado Democrático de Direito e Liberdade de Expressão e Informação *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GARCIA, R. Biografias Não Autorizadas, Liberdade de Expressão e Privacidade na História da Vida Privada *in* Revista de Direito Privado, vol. 52. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

GARCIA, E.C. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, S.; GONZA, A. La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.

GOMES JUNIOR, L.M. e CHUEIRI, M.F. Direito de Imprensa e Liberdade de Expressão – Soluções teóricas e práticas após a revogação da Lei 5.250, de 09.02.1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GROSSMAN, C. Challenges to Freedom of Expression Within the Inter-American System: A Jurisprudential Analysis *in* Humans Rights Quarterly, vol. 34. John Hopkins University Press: Baltimore, 2012.

_____. Freedom of Expression in the Inter-American System for the Protection of Human Rights *in* Nova Law Review, vol. 25. NovaL.Rev.: Fort Lauderdale, 2000-2001.

GUIMARAENS, F. Direito, Ética e Política em Spinoza – Uma cartografia da imanência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HAMILTON, A.; MADISON, J; JAY, J. The Federalist Papers, disponível em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>.

HORWITZ, P. Introduction: Still Learning from *New York Times Co. v. Sullivan* in *Alabama Law Review*, vol. 66. Ala.L.Rev.: Tuscaloosa, 2014.

HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal, vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

KALVEN JR., H. The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment” in *The Supreme Court Review*, vol. 191. Sup.Ct.Rev.: Chicago, 1964.

LEDESMA, H.F. Los Límites de la Libertad de Expresión. México. D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

LEITE, F.C. ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta in *Revista de Direito do Estado – RDE*, vol. 10, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 67-99.

LEITE, F.C. Liberdade de Expressão e Direito à Honra: novas diretrizes para um velho problema in *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. Cleve, Clemerson Merlin; Freire, Alexandre (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEVY, L.W. *Emergence of a Free Press*. Chicago: Ivan R, Dee, 1985.

LEWIS, A. *Liberdade para as Ideias que Odiamos – Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

_____. *Make No Law – The Sullivan Case and the First Amendment*; New York: Vintage, 1992.

_____. *New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time do Return to “The Central Meaning of the First Amendment”* in *Columbia Journal of Art and the Law*, vol. 8. Colum.-VLA Art&L: New York, 1983-1984.

LOBO, L.S.F. Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: uma análise argumentativa no âmbito do STJ (orientação de Fábio Carvalho Leite), disponível em http://www.puc-rio.br/pibic_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Luisa%20Soares%20Ferreira%20Lobo.pdf.

MACHADO, J.E.M. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MADISON, J. The Writings of James Madison, comprising his Public Papers and his Private Correspondence, including his numerous letters and documents now for the first time printed (volume 6; chapter: Report on the Resolutions). New York: G.P. Putnam's Sons, 1900.

MARX, K. Liberdade de Imprensa, tradução de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MAZZUOLI, V.O. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIKLEJOHN, A. Free Speech and Its Relation do Self Government. New York: Harper and Brothers, 1948.

MELLO, R.G. A Censura Judicial como Meio de Restrição da Liberdade de Expressão. Análise Comparativa da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e do Supremo Tribunal Federal (dissertação de mestrado), LEITE F.C. (or.) disponível em http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=19667@1.

MENDES, G.F. Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e Direito à Honra e à Imagem *in* Revista de Informação Legislativa nº 31, p. 297/301. Brasília: Senado Federal, maio/julho de 1994.

_____ Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, J.S. Sobre a Liberdade. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, 2ª edição.

MILTON, J. Areopagitica — um discurso ao parlamento da Inglaterra pela liberdade de publicar independentemente de licença, disponível em <http://www.gutenberg.org/files/608/608-h/608-h.htm>.

MONTESQUIEU, C.S., Baron de. O Espírito das Leis Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, M.C.B. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *civilistica.com*, ano 2, número 2, 2013, disponível em *civilistica.com*

MORO, S.F. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: RT, 2004.

MULHOLLAND, C. O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade *in* Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 46. Rio de Janeiro: 2011.

NUCH, F.K. Liberdade de Expressão e Crimes contra a Honra nos Países da OEA (orientação de Fábio Carvalho Leite), disponível em http://www.puc-rio.br/pibic/relatoria_resumo2013/resumos_pdf/ccs/DIR/JUUR-2594_Flavia%Kamenetz%20Nuch.pdf.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS E UNESCO (vários autores). Libertad de expresión: debates, alcances y nuevas agendas. Quito: 2011.

ORTEGA, M.S. Sobre la Interpretación del Derecho. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

PASQUALUCCI, J.A. Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights *in* Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 39. Nashville: Vanderbilt University Law School, 2006.

PEREIRA. G.D.C. Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, J.R.G. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006.

Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatora Catalina Botero Marino. Marco Jurídico Interamericano Sobre El Derecho a La Libertad de Expresión. Organização dos Estados Americanos, 2009.

POST, R. Defaming Public Officials: On Doctrine and Legal History *in* American Bar Foundation Research Journal, vol. 539; Am.B.Found.Res.J.: Chicago, 1987.

RABACOV, P.C. Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade na Jurisprudência do STJ (orientação de Fábio Carvalho Leite), disponível

http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR/Paula%20Chueke%20Rabacovpdf.

REIS JUNIOR, A. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *civilistica.com*, ano 2, número 3, 2013, disponível em (acesso em 21 de dezembro de 2013): <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-%C3%A0-honra-civilistica.com-a.2.n.3.20132.pdf>.

RELATORIA ESPECIAL PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatora Especial BOTERO MARINO, C. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – 2013: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 2013, vol. 2. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2013.

_____. Relator Especial LANZA, E. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – 2014: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 2014, vol. 2. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2014.

RIBEIRO, R.J. *Ao Leitor sem Medo – Hobbes escrevendo contra o seu tempo*, 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

RODRIGUES, M.T.M. Direitos Humanos e Liberdade de Informações Jornalísticas *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, E.B. Solucionando o Conflito entre o Direito à Imagem e a Liberdade de Expressão: a Contribuição da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos *in* Revista dos Tribunais, volume 905. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROHDEN, F. Para que serve o conceito de honra, ainda hoje? *Campos – UFPR*, vol. 7, 2003.

ROSS, A. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SACK, R.D. *Sack on Defamation – Libel, Slander and Related Problems*. 3 ed., New York: PLI, 2007.

_____. *New York Times Co. v. Sullivan – 50 Year Afterword in Alabama Law Review*, vol. 66. *Ala.L.Rev.*: Tuscaloosa, 2014.

SAGÜÉS, N.P. Censura Judicial Previa a la Prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006, tomo II. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2006.

SARMENTO, D. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Constituição e Sociedade: reclamação e liberdade de expressão disponível em <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-reclamacao-e-liberdade-de-expressao>.

SCHAUER, Frederick; The Exceptional First Amendment in Faculty Research Working Paper Series. Harvard University: 2005 disponível em <http://ssrn.com/abstract=668543>.

SCHREIBER, S. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico *in* A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. São Paulo: Renovar, 2007.

SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Um Pouco de Direito Constitucional Comparado. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, V.A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais *in* Revista de Direito do Estado nº 4. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006.

SMOLLA, R. Free Speech in an Open Society. New York: Vintage Books, 1992.

_____. Jerry Falwell v. Larry Flint – The First Amendment on Trial. Urbana e Chicago: University of Illinois Press, 1990.

_____. Let the Author Beware: The Rejuvenation of the American Law of Libel *in* The University of Pennsylvania Law Review, vol. 132, nº 1; 1983.

SPODE, G. O Controle da Publicidade à Luz do Código de Defesa do Consumidor *in* Revista de Direito do Consumidor, vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STEINER, S. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SUNSTEIN, C.R. *Democracy and The Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 1995.

_____. *Hard Defamation Cases in William and Mary Law Review*, vol. 25; Williamsburg: William and Mary School of Law, 1983.

TEPEDINO, G. *Soluções Práticas de Direito – Pareceres*, volume 1, O Direito à Liberdade de Expressão à Luz do Texto Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TIBURCIO, C. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOLLER, F.M. *O Formalismo na Liberdade de Expressão*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRENCHARD, J.; GORDON, T. *Cato's Letters*, vol. 1 disponível em: http://foll.s3.amazonaws.com/titles/1239/Trenchard_022601_EBk_v6.0.pdf<http://oll.libertyfund.org/title/2142>.

TUSHNET, M. *New York Times v. Sullivan Around the World in Alabama Law Review*, vol. 66. Tuscaloosa: Acquisitions Editor, 2014.

VENTURA, A. *El Secreto Periodístico: Garantía Constitucional Absoluta del Derecho a la Información*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

VIEIRA, L.P. *Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2013*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2013.

VIRGINIA GENERAL ASSEMBLY, HOUSE OF DELEGATES. *The Virginia report of 1799-1800, touching the Alien and Sedition laws: together with the Virginia resolutions of December 21, 1798, the debate and proceedings thereon in the House of Delegates of Virginia, and several other documents illustrative of the report and resolutions*. Clark: New Jersey, 2005.

VOLOKH, E. Freedom for the Press as an Industry, or for the Press as a Technology? From the Framing to Today in University of Pennsylvania, vol. 160. U.Pa.L.Rev: Philadelphia, 2011-2012.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. The Right to Privacy in Harvard Law Review, vol. 4; Harv.L.Rev.: Cambridge, 1890.

WEINGARTNER NETO, J. Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa – Uma pauta de justificação penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZULIANI, E.S. Questões da Lei de Imprensa e os Direitos da Personalidade disponível em <http://online.sintese.com>

Observação: as páginas de internet mencionadas foram acessadas diversas vezes entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de julho de 2016

Anexo – Anteprojeto de Lei

CÂMARA DOS DEPUTADOS
GABINETE DO DEPUTADO _____

**“Projeto de Lei nº _____, de 2016
(Do Deputado _____)”**

Estabelece normas para defesa dos direitos à liberdade de expressão e de imprensa, descriminaliza as expressões proferidas em debates de assuntos de interesse público e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

“Art. 1º - Não constitui ato ilícito civil ou criminal por violação da honra a manifestação do pensamento sobre agentes públicos ou figuras públicas que consistir em uma afirmação de fatos verdadeiros. A afirmação de fatos falsos sobre agentes públicos ou figuras públicas também não constitui ato ilícito civil ou criminal por violação da honra, salvo em caso de dolo direto ou eventual do autor da declaração.

§ 1º - Considera-se que o autor da declaração age com dolo direto quando se conduz com vontade livre e consciente de afirmar um fato falso e com conhecimento de sua falsidade; considera-se que age com dolo eventual quando, conhecendo a provável falsidade do fato, o autor da declaração assume mesmo assim o risco de fazer uma falsa afirmação de fato.

§ 2º - São considerados agentes públicos todos os agentes políticos e servidores públicos, bem como todos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer órgão ou entidade da administração direta ou indireta, autárquica ou fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sociedade empresarial em que haja participação societária de qualquer das entidades anteriormente mencionadas.

§ 3º - São consideradas figuras públicas, todos aqueles que concorrem a cargos eletivos em qualquer dos entes da Federação, bem como as pessoas indicadas para ocupar qualquer cargo que dependa de aprovação do Senado ou de qualquer outro órgão de qualquer ente da Federação; os dirigentes de partidos políticos; os dirigentes, sócios, diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas, com ou sem finalidade empresarial, que mantêm contrato, precedido ou não de licitação, com qualquer órgão ou entidade mencionado no § 2º, inclusive os dirigentes, sócios, diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas que detêm concessão de serviço público; os sócios, diretores e editores de quaisquer meios de comunicação social; os dirigentes de confederações, federações e de quaisquer clubes e agremiações esportivas; as pessoas que estejam sendo investigadas pelos órgãos policiais ou quaisquer outros órgãos de investigação ou que tenham sido acusadas em juízo de cometer crime ou contravenção penal.

§ 4º - Também são consideradas figuras públicas os artistas, os jornalistas que estejam no exercício da profissão, os atletas e as demais pessoas notórias na sociedade e

os particulares envolvidos em assuntos de interesse público que, voluntariamente, participam do debate público ou que pretendam, pela manifestação de seu pensamento, exercer influência na opinião pública sobre qualquer assunto de interesse público.

§ 5º - Não há violação da honra se a afirmação recair sobre fato que, embora falso, não importe na ofensa à reputação ou na diminuição da estima e consideração social do agente público ou da figura pública.

§ 6º - A veracidade dos fatos afirmados deve ser apurada de acordo com o que conhecia ou podia conhecer aquele que os declarou.

§ 7º - As afirmações protegidas por esta Lei dizem respeito àquelas que recaem sobre fatos relevantes e relativos ao exercício da função desempenhada pelo agente público ou ao papel social desempenhado pelo agente público ou pela figura pública.

§ 8º - Aquele que deixar de ocupar os cargos e funções enumerados no § 2º mantém a condição de agente público em relação às declarações feitas por terceiros referentes às atribuições do cargo ou função que ocupava.

Art. 2º - A emissão de opinião, mesmo com caráter crítico ou mordaz, sobre a conduta, o comportamento ou o modo de ser de agente público ou de figura pública não constitui calúnia, injúria ou difamação, nem ato ilícito civil ou criminal.

Parágrafo único - As expressões humorísticas encenadas, faladas, escritas ou manifestadas por qualquer outro meio, constituem opinião para os fins legais e estão protegidas pelos direitos à liberdade de imprensa e expressão artística, não podendo gerar responsabilidade de qualquer espécie.

Art. 3º - A expressão crítica ou ofensiva, de caráter impessoal, a qualquer atividade de poder do Estado, órgão público, autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista não pode ser considerada como violadora da honra ou da reputação de agente público a eles vinculado ou encarregado de sua administração superior.

Art. 4º - Não constitui calúnia ou difamação, nem ato ilícito civil ou criminal a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva.

Art. 5º - Sem prejuízo da imposição de responsabilidades ulteriores, o juiz não pode, em nenhuma hipótese, estabelecer censura prévia à manifestação e expressão do pensamento sob o fundamento de violação da honra de um agente público ou de uma figura pública.

Art. 6º - Em caso de violação da honra de agente público ou figura pública, a imposição das responsabilidades ulteriores far-se-á sem prejuízo dos direitos de retificação e resposta se requeridos pelo ofendido.

§ 1º - Proposta ação de indenização, o oferecimento pelo réu, durante o prazo de contestação e independentemente de requerimento do autor, de espaço jornalístico para o exercício dos direitos de retificação e resposta suspende o curso do processo e interrompe o prazo para oferecer contestação.

§ 2º - Intimado o autor para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias sobre a proposta do réu, o exercício do direito de retificação ou resposta implicará renúncia ao direito à indenização e extinção do processo sem resolução do mérito, cabendo ao réu o pagamento das custas processuais e às partes os honorários de seus respectivos advogados.

§ 3º - A retificação e a resposta serão publicadas na forma que prevê a Lei que regulamenta o exercício desses direitos.

§ 4º - Negando-se o autor a exercer o direito de retificação ou resposta, será retomado o curso da ação, intimando-se o réu da reabertura do prazo para oferecer contestação.

Art. 7º - Caberá ao autor o ônus de comprovar a falsidade do fato cuja afirmação alega violadora da honra, o dolo do réu e os demais fatos alegados na petição inicial.

§ 1º - Se o réu for invocar em sua defesa a garantia do sigilo da fonte com base no art. 5º, XIV da Constituição e se o autor, permanecendo sem acesso à fonte da informação, não dispuser de qualquer outro meio para comprovar a falsidade do fato, o dolo do réu e os demais fatos alegados na petição inicial, pode o juiz, a requerimento do autor e antes de proferir a sentença, determinar a inversão do ônus da prova, concedendo às partes o prazo de 15 (quinze) dias para requerer e especificar as provas que pretendem produzir.

§ 2º - Se o autor requerer na petição inicial, o juiz, preservando o sigilo da fonte, pode, após facultar a manifestação do réu, ordenar a exibição de todos os documentos, fotografias, gravações de sons e imagens e outros materiais utilizados na produção da matéria jornalística, mesmo os que não tenham sido divulgados ao público, aplicando-se, no que couber, as regras que regulamentam a exibição de documento ou coisa e sem prejuízo da possibilidade de produção antecipada de prova.

§ 3º - O réu, em nenhuma hipótese, estará obrigado a revelar de quem obteve a informação.

Art. 8º - A indenização por dano moral em caso de violação à honra de agente público ou figura pública estará limitada às seguintes quantias:

§ 1º - ao equivalente a 10 (dez) salários mínimos se o réu é pessoa natural;

§ 2º - ao equivalente a 1% (um por cento) de seu faturamento ou 20 (vinte) salários mínimos, o que constituir maior valor, se o réu é pessoa jurídica que exerce atividade de comunicação social que não dependa de licença de autoridade;

§ 3º - ao equivalente a 5% (cinco por cento) de seu faturamento ou 200 (duzentos) salários mínimos, o que constituir maior valor, se o réu é pessoa jurídica que exerce atividade de comunicação social que dependa de licença de autoridade.

§ 4º - Em caso de retratação cabal do réu antes de proferida a sentença, o juiz pode reduzir pela metade o valor da indenização.

§ 5º - A pessoa jurídica que exerce atividade de comunicação social é solidariamente responsável pelo dano causado pelos jornalistas, colunistas e demais profissionais a ela vinculados, com ou sem relação de emprego, no exercício de suas atividades, não se estendendo a solidariedade à obrigação de reparar os danos causados por conteúdo produzido por terceiros.

Parágrafo único. Se o réu é pessoa jurídica que, embora exerça atividade de comunicação social que não depende de licença de autoridade, compõe grupo empresarial de comunicação social que também exerce sua atividade por meios regulamentados, aplicam-se os limites do § 3º, não se aplicando o § 2º deste Artigo.

Art. 9º - Em caso de violação da honra ou reputação das pessoas jurídicas, a indenização consistirá exclusivamente no pagamento dos danos materiais devidamente comprovados.

§ 1º - Em se tratando de sociedade de capital aberto ou de pessoa jurídica que mantém contrato com o poder público ou que mantenha, em seu quadro social, agente público ou figura pública, a responsabilidade do autor da declaração será apurada na forma dos artigos 1º e 2º desta Lei.

Art. 10 - Aquele que se sentir afetado em sua honra por afirmação de fato ou emissão de opinião tem o direito de requerer ao juiz a interpelação do autor da declaração para prestar esclarecimentos e explicações. Intimado, o autor da declaração pode manter integralmente o seu pronunciamento ou recusar-se a responder. Querendo se retratar ou prestar esclarecimento ou explicações, o autor da declaração deve fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 11 - As normas previstas nesta Lei não se aplicam à responsabilidade civil e criminal decorrente de atos ilícitos violadores dos direitos à privacidade e à imagem.

Art. 12 – Acrescentam-se os artigos 141 – A e 141 – B ao Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a seguinte redação:

‘Art. 141-A – Sem prejuízo das reparações civis correspondentes, não configuram os crimes de calúnia, injúria ou difamação as expressões proferidas em debates de assuntos públicos e dirigidas a agentes públicos ou figuras públicas.

Parágrafo único – Havendo violação da honra, cabe ao ofendido, se assim entender, propor ação civil para buscar a indenização que lhe couber na forma da lei’.

‘Art. 141 – B – Nos crimes de calúnia e difamação, caberá ao querelante, em qualquer circunstância, a prova da falsidade do fato definido como crime ou ofensivo à reputação.

Parágrafo único – A prova da verdade será sempre permitida e será facultada ao querelado no exercício do direito de defesa. A prova da verdade constitui uma faculdade do querelado e não pode, em nenhuma hipótese, ser-lhe atribuída como ônus’.

Art. 13 – Revogam-se o § 3º do art. 138; o parágrafo único do art. 139; os incisos I e II do art. 141 do Código Penal e os artigos 22, 23 e 26 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Dá-se ao parágrafo único do art. 145 do Código Penal a seguinte redação: “Procede-se mediante representação do ofendido no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

Art. 14 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

JUSTIFICAÇÃO

Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ADPF nº 130 – DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, e declarou que a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1997 – Lei de Imprensa, não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988. Isso significou, na prática, a revogação da Lei de Imprensa. Entendeu o STF que, promulgada em 1967, a Lei de Imprensa não se apresentava mais compatível com a ordem constitucional democrática.

Ocorre, porém, que a revogação da Lei de Imprensa criou um vazio legislativo, que não foi preenchido até o presente momento. Não há, atualmente, nenhuma lei estabelecendo critérios mínimos de proteção à liberdade de expressão e de imprensa no direito brasileiro. Este projeto de lei visa ao preenchimento do espaço legislativo deixado pela revogada Lei de Imprensa, tratando de regular, na ordem democrática, alguns dos aspectos da proteção da liberdade de imprensa e de livre manifestação do pensamento.

Os direitos à liberdade de expressão e de imprensa são previstos como direitos fundamentais tanto na Constituição (art. 5º, nos incisos IV, IX, X e XVI e art. 220) quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 11 e 13). Em nível legal,

porém, desde a revogação da Lei de Imprensa, o direito brasileiro não produziu uma legislação específica de proteção da liberdade de expressão e de imprensa, nem regulamentou a imposição de responsabilidades civis e criminais decorrentes do exercício abusivo do direito à liberdade de expressão. Nesses casos, aplicam-se as normas gerais que regulam a responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito em qualquer área do direito privado não regulada por lei específica (Código Civil, artigos 186, 927 e 944). As responsabilidades penais são previstas no Código Penal, que define os crimes contra a honra em seus artigos 138 a 140, mas de uma maneira completamente inadequada quando às expressões que afetam a honra tratam de assuntos de interesse público. Por que é necessária a edição de uma lei para regular especificamente esse conflito de direitos?

O direito à liberdade de expressão – além de necessário para o livre desenvolvimento da personalidade e para o fomento do livre mercado de ideias – é direito imprescindível à própria existência do regime democrático. Uma democracia constitucional não existe sem o pleno exercício do direito de livre manifestação do pensamento. A experiência demonstra que, uma vez instituído um regime autoritário ou ditatorial, um dos primeiros, senão o primeiro direito a sofrer restrição é a liberdade de expressão.

A necessidade de edição de uma lei específica para regulamentar a matéria vem sendo proposta, desde 1999, pela Organização dos Estados Americanos a todos os países membros. Por meio da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a OEA vem recomendando a adequação das legislações nacionais aos parâmetros de proteção da liberdade de expressão fixados pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na prática, isso significa a edição no ordenamento brasileiro de lei específica para regulamentar o conflito da liberdade de expressão com os demais de direitos que a ela são contrapostos, especialmente a honra, internalizando-se a regra da malícia real, oriunda do direito norte-americano, tal como propõe a OEA com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quanto às responsabilidades penais decorrentes do uso abusivo da liberdade de expressão, a OEA vem recomendando a revogação das leis que criminalizam injúrias, calúnias e difamações quando as expressões são manifestadas em debates de assuntos de interesse público. A OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos, reiterou esse seu entendimento quando enviou ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil a Nota Técnica de 4 de novembro de 2013 (que se encontra anexa). A nota foi elaborada em conjunto com o Relator Especial das Nações Unidas para a

Proteção e Promoção do Direito à Liberdade de Expressão. Atualmente, permanecem em vigor algumas leis que tocam à defesa da liberdade de expressão e de imprensa, mas que são insuficientes para o cumprimento desse objetivo (Lei nº 9.504, de 1997, quando estabelece o direito de resposta no âmbito das eleições; a Lei nº 12.965, de 2014, que estabelece direitos e deveres para o uso da internet, e a Lei nº 13.188, de 2015, que dispõe sobre o direito de retificação e resposta). O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130 – DF, embora tenha revogado a Lei de Imprensa, deixou livre ao Congresso Nacional a possibilidade de editar, já sob o regime democrático, uma nova lei regulando o exercício da liberdade de expressão por meio de imprensa. A aprovação deste projeto de lei importará no cumprimento, no que diz respeito ao direito à liberdade de expressão, do art. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que dispõe sobre o compromisso do Brasil de adotar medidas legislativas internas para tornar efetivos os direitos reconhecidos pelo tratado.

Na experiência de outros estados latino-americanos, alguns países já vêm adotando as propostas formuladas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Ao menos seis (Argentina, Costa Rica, El Salvador, México, Nicarágua e Uruguai) descriminalizaram ou nunca consideraram crime as ofensas contra a honra em assuntos de interesse público. Paraguai, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala e Bolívia também afastaram de seu ordenamento jurídico, por lei revogadora ou decisão judicial de tribunal supremo, as ofensas contra a honra de servidores públicos que, nesses ordenamentos, vigiam sob o tipo penal de ‘desacato’ (não confundir com o crime de desacato previsto no art. 331 do Código Penal). Segundo a Nota Técnica antes mencionada, para os fins de observância do art. 13 da Convenção Americana, é necessária a revogação de qualquer tipo penal, independentemente de sua denominação, que “brindem com uma proteção especial os funcionários públicos”. No campo das responsabilidades civis, exemplo das reformas legislativas empreendidas em defesa da liberdade de expressão é a Lei de Responsabilidade Civil para a Proteção do Direito à Vida Privada, à Honra e à Própria Imagem no Distrito Federal, de 19 de maio de 2006, da Cidade do México.

Na prática dos tribunais, a ausência de normas de proteção da liberdade de expressão e de imprensa vem permitindo a imposição de um sem número de condenações a jornalistas e demais cidadãos que procuram participar do debate público, manifestando livremente o seu pensamento. Essas condenações impõem o pagamento de indenizações muitas vezes excessivas e já são caracterizadas como forma de censura judicial. A organização Repórteres sem Fronteiras, em seu relatório sobre a liberdade de

imprensa no mundo publicado no ano de 2014, o World Press Freedom Index, classificou o Brasil como país com problemas dignos de nota. Posicionado atrás da Uganda e à frente da Nigéria, o Brasil ocupa a 111^a (centésima décima primeira) posição do ranking de proteção à liberdade de imprensa no mundo. Dentre os graves problemas relatados pelos Repórteres Sem Fronteiras está o ajuizamento indiscriminado de ações contra jornalistas, o que o relatório denomina de ‘violência institucional’. O mesmo problema para a proteção da liberdade de expressão também é mencionado nos relatórios de diversas outras organizações de proteção de jornalistas ou de direitos humanos (Associação Nacional de Jornais, Artigo 19, Freedom House, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e outros). Nas ações de responsabilidade civil em que o autor alega violação à honra, o poder judiciário brasileiro adota uma postura de proteção excessiva da honra quando em conflito com a liberdade de expressão. Isso implica uma indevida restrição das liberdades de expressão e de imprensa e uma verdadeira censura à livre manifestação do pensamento. Muitos são os exemplos. O caso do jornalista Lúcio Flávio Pinto, registrado em destaque no relatório sobre a liberdade de imprensa no mundo da organização Repórteres sem Fronteiras, publicado para o ano de 2014, é emblemático. O relatório considera que o jornalista é alvo de violência institucional, espécie de ataque à liberdade de expressão que se configura pelo contínuo ajuizamento de ações. No caso de Lúcio Flávio, são 33 (trinta e três) as ações a que responde por haver denunciado o tráfico ilegal de madeira na Amazônia. Paulo Henrique Amorim é outro jornalista que responde a diversas ações civis e penais, utilizadas na maior parte das vezes com o objetivo de censura. Seu embate mais notório é contra o empresário Daniel Dantas que lhe move mais de 20 (vinte) ações, mas suas batalhas judiciais também envolvem o Ministro Gilmar Mendes e outros jornalistas. Como declarou o jornalista, “Eu não diria que sou vítima da Justiça. Eu sou vítima de um processo que utiliza a Justiça para nos censurar”. Também é notório o caso do jornalista Juca Kfourri que, ao denunciar inúmeras irregularidades envolvendo a Confederação Brasileira de Futebol, sofre o ônus de responder a diversas ações propostas pelo ex-presidente da entidade Ricardo Teixeira. Em declaração à reportagem do boletim eletrônico de notícias Consultor Jurídico em junho de 2004, o jornalista disse: “Pessoas que não aceitam críticas recorrem à Justiça na tentativa de intimidar a imprensa”.

Sendo essa a situação dos jornalistas na atual realidade brasileira, o projeto de lei ora proposto busca trazer para o direito brasileiro alguns critérios de proteção da liberdade de expressão e de imprensa adotados pelo direito norte-americano e reconhecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses critérios compõem parte da denominada doutrina da malícia real que, no direito norte-

americano, começou a se formar a partir do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* pela Suprema Corte norte-americana em março de 1964. No campo do conflito normativo de direitos fundamentais, as liberdades de expressão e de imprensa entram em conflito com diversos outros direitos fundamentais como a honra, a privacidade e a imagem e, ainda, com outros bens jurídicos como a segurança ou a saúde pública. O projeto propõe a edição de novas normas no direito brasileiro para resolver os conflitos da liberdade de expressão e de imprensa com a honra. Os demais direitos e bens jurídicos que são afetados pelo exercício da liberdade de expressão e de imprensa não são abrangidos pelas disposições do projeto. A regulamentação proposta está voltada somente para os assuntos de interesse público, que envolvam agentes ou figuras públicas, e não regula os conflitos entre a liberdade de expressão e a honra quando afetados apenas interesses particulares. O projeto também promove a descriminalização de certas condutas referidas à honra de agentes públicos e figuras públicas porque, em uma sociedade democrática, é desnecessária e desproporcional a incidência da lei penal para reprimir os abusos da liberdade de expressão em assuntos de interesse público. As sanções civis ora propostas são suficientes para proteção da honra dos agentes e figuras públicas.

A questão que o projeto suscita consiste em saber o que significa, em uma sociedade democrática, a violação da honra e como punir o agente dessa violação respeitando, simultaneamente, a liberdade de expressão e de imprensa. A doutrina da malícia real, que incide somente quando em debate assuntos de interesse público, permite a punição por abuso da liberdade de expressão e imprensa apenas se o emissor da expressão fez uma declaração falsa com conhecimento da falsidade do fato afirmado ou com temerário desinteresse sobre a veracidade do fato. A resposta que o projeto sugere passa, inicialmente, pela separação das expressões dirigidas a assuntos de interesse público das referidas a assuntos meramente privados. Quando presente assunto de interesse público, envolvendo agentes ou figuras públicas, a violação da honra é regulada pelas normas propostas e depende necessariamente da presença de dois requisitos. O primeiro requisito é a falsidade do fato afirmado; se o autor da afirmação fizer uma declaração verdadeira, ou seja, se expuser um fato que verdadeiramente ocorreu, não haverá violação da honra. O mesmo se aplica às simples emissões de opinião que não são falsas ou verdadeiras e, nesse contexto, não são aptas a violar a honra, salvo se fundadas em fatos conhecidamente falsos por quem emitiu a opinião. O segundo requisito é o dolo do autor da afirmação quanto ao conhecimento da falsidade do fato, ou seja, para que se considere violada a honra de um agente ou figura pública é preciso que o autor da afirmação a emita com conhecimento da falsidade do fato que

imputa à pessoa atingida (dolo direto) ou com temerário desinteresse sobre a veracidade ou falsidade do fato afirmado. Por temerário desinteresse deve-se entender não a culpa, mesmo a grave, mas o dolo eventual que consiste, para os fins de arbitramento do conflito entre a honra e a liberdade de expressão em assuntos de interesse público, na assunção do risco de pronunciar uma afirmação falsa. A afirmação ou publicação de um fato falso sem pesquisa prévia sobre sua verdade ou falsidade constitui 'apenas' culpa grave e não implica violação à honra. O dolo eventual, por sua vez, envolve a afirmação ou publicação de um fato falso, atribuindo-o a uma pessoa, mesmo sabendo de sua provável falsidade. O agente tem conhecimento da provável falsidade do fato e, mesmo assim, o declara, assumindo o risco de violar a honra de terceiro. Apenas o dolo a respeito da falsidade do fato afirmado autoriza o reconhecimento de que a honra foi violada. Por outro lado, em assuntos meramente privados ou particulares, o anteprojeto resguarda por inteiro a vigência das normas de direito civil e penal. Outras questões relevantes sobre as consequências civis dos danos cometidos pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de imprensa também constam do projeto. Quanto à responsabilidade civil da empresa de comunicação social, em caso de dano e reconhecimento da responsabilidade civil do jornalista, a empresa deve responder em caráter solidário. A solidariedade da empresa, porém, deve ficar restrita à reparação dos danos causados pelos jornalistas e demais profissionais a ela vinculados, não se estendendo ao conteúdo gerado por terceiros e publicados em seu jornal, revista, rádio, televisão ou página de internet. Este critério já é adotado em favor dos provedores de conexão para as manifestações do pensamento divulgadas por meio da internet (v. art. 18 da Lei nº 12.965, de 2014). O projeto retoma a questão da limitação do valor da indenização em caso de uso abusivo da liberdade de expressão e imprensa, antes prevista nos artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa. Embora a questão seja controversa, é necessária a apreciação legislativa da matéria, principalmente em defesa da liberdade de expressão dos pequenos meios de comunicação social. A regra limitadora do montante da indenização cumpre relevante função para o livre desenvolvimento da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. O temor de uma sanção indenizatória civil muitas vezes supera o receio de um processo criminal e isso é especialmente verdadeiro para os jornalistas independentes e para os pequenos jornais. Limitar, previamente e por meio de lei, o valor da indenização é uma forma de proteger institucionalmente a liberdade de expressão, mesmo que em um determinado caso concreto ela tenha sido exercida de maneira abusiva. Reconhecida a responsabilidade civil, não se nega o pagamento da indenização. Esta, no entanto, não pode ser de tal monta a gerar a autocensura e a inviabilizar a manifestação de pensamento dos jornalistas e dos cidadãos.

Esses são, em resumo, os motivos por que considero adequada a aprovação do projeto de lei para estabelecer normas de proteção da liberdade de expressão e de imprensa, o que, acredito, contribuirá para o fortalecimento do debate público e da democracia em nosso país.

Brasília, Sala de Sessões, _____ de 2016.

Deputado Federal