



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Thalles Furtado Leba

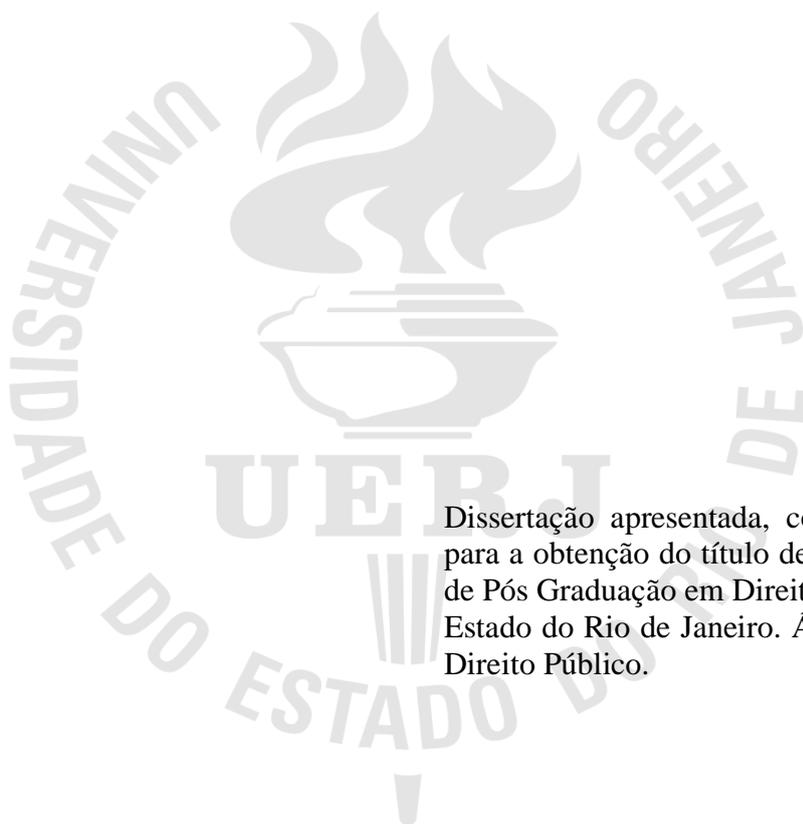
Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do “*chilling effect*”

Rio de Janeiro

2019

Thalles Furtado Leba

Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do “*chilling effect*”



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L441

Leba, Thalles Furtado.

Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do “chilling effect”/ Thalles Furtado Leba . - 2019.
234 f.

Orientador: Prof. Dr.Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Liberdade de expressão - Teses. 2.Liberdade de imprensa– Teses.
3.Direitos da personalidade – Teses. I.Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros.
II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDU 342.732

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Thalles Furtado Leba

Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do “*chilling effect*”

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público.

Aprovado em 8 de fevereiro de 2019

Banca examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2019

RESUMO

LEBA, T. F. Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do “*chilling effect*”. 2019. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Em um primeiro momento esta dissertação se ocupa de análises genéricas a respeito da liberdade de expressão e de Imprensa a fim de fundamentar a tutela robusta que tais direitos fundamentais são merecedores, especialmente a sua posição preferencial. Todavia, o objeto principal deste trabalho foi analisar com maiores detalhes a doutrina que trata do efeito resfriador do sistema de responsabilidades ulteriores decorrentes de violações aos direitos da personalidade sobre a liberdade de Imprensa, a partir, inicialmente, de estudos doutrinários. Além disso, realizou-se pesquisas em Tribunais brasileiros, sobretudo no âmbito do STJ, a fim de constatar a possibilidade de a sua jurisprudência recente estar promovendo uma indesejável intimidação sobre a atividade jornalística, especialmente em assuntos de relevância pública. Em que pese as dificuldades empíricas que circundam os estudos no tema, as conclusões foram no sentido de que, mesmo diante da inviabilidade de demonstração inequívoca de sua ocorrência, o *chilling effect* não merece ser menosprezado, principalmente em assuntos que envolvem figuras públicas. Por fim, buscou-se, igualmente, realizar algumas proposições críticas com o objetivo de contornar os problemas verificados na legislação e jurisprudência brasileira.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão. Liberdade de Imprensa. Efeito resfriador.

Responsabilidades ulteriores. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

LEBA, T. F. Freedom of speech, press freedom and the problem of chilling effect. 2019. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

At first, this work deals with generic analyzes of freedom of expression and of Press freedom, in order to establish the robust protection that these fundamental rights deserve, especially their preferred position. However, the main objective of this work was to analyze in with great detail the doctrine of the chilling effect of the system of subsequent responsibilities (punishments) resulting from violations of the rights of the personality in face of Press freedom, starting, initially, from doctrinal studies. In addition, a research was conducted in Brazilian Courts, especially STJ, in order to verify the possibility that its recent jurisprudence has some evidences of an undesirable intimidation on the journalistic activity, especially in matters of public relevance. In spite of the empirical difficulties that surround the studies in the subject, the conclusions were that, despite the unviable demonstration of its occurrence, the chilling effect does not deserve to be underestimated, especially in matters involving public figures. Finally, we also sought to make some critical proposals with the aim of overcoming the problems verified in Brazilian law and jurisprudence.

Keywords: Freedom of speech. Press freedom. Chilling effect. Subsequent punishments.

Personality rights.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO TEMA	8
1	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM PANORAMA GERAL	16
1.1	Direitos fundamentais e garantias institucionais	16
1.2	Dos fundamentos da liberdade de expressão	20
1.2.1	<u>Fundamentos de cunho instrumental</u>	22
1.2.1.1	A busca pela verdade.....	22
1.2.1.2	Condição essencial para o bom funcionamento das democracias	26
1.2.1.3	Condição essencial para a sobrevivência de sociedades tolerantes e plurais	31
1.2.1.4	Outros fundamentos instrumentais	32
1.2.2	<u>Fundamento de cunho constitutivo</u>	34
1.3	Há algum papel para o Estado? As Teorias Libertária e Democrática da liberdade de expressão	40
1.4	Os contornos da liberdade de expressão	44
1.4.1	<u>O discurso não protegido ou com menor âmbito de proteção</u>	44
1.4.2	<u>As espécies da liberdade de expressão em sentido amplo</u>	55
1.5	A posição preferencial da liberdade de expressão	58
1.5.1	<u>Tríplice fundamento da posição preferencial</u>	60
1.5.2	<u>O conteúdo da posição preferencial</u>	64
1.5.3	<u>As consequências da posição preferencial</u>	67
2	A IMPRENSA E O ACESSO À INFORMAÇÃO	70
2.1	Considerações iniciais	70
2.2	Conteúdo, funções e deveres inerentes ao exercício da liberdade de informação jornalística	74
2.2.1	<u>Liberdade de informar versus liberdade de opinar?</u>	76

2.2.2	<u>Uma classificação tradicional: direito de informar, direito de se informar e direito de buscar informação</u>	79
2.2.3	<u>As funções da Imprensa</u>	83
2.2.4	<u>Os deveres dos profissionais de Imprensa</u>	86
2.3	A Liberdade de Imprensa na Constituição Federal de 1988	91
2.3.1	<u>Vedação à censura</u>	91
2.3.2	<u>Direito de crítica</u>	95
2.3.3	<u>Proteção do sigilo da fonte e vedação ao anonimato</u>	97
2.3.4	<u>Desnecessidade de diploma de ensino superior</u>	99
2.4	A jurisprudência do STF na matéria	101
3	O PROBLEMA DO <i>CHILLING EFFECT</i> SOBRE A LIBERDADE DE IMPRENSA	107
3.1	Considerações iniciais	107
3.2	A doutrina do <i>chilling effect</i>	109
3.3	<i>Prior restraints, subsequent punishments</i> e o formalismo da liberdade de expressão	131
3.4	Os direitos da personalidade e a sistemática de responsabilização no Direito brasileiro	135
3.4.1	<u>Direitos da personalidade: reconciliando o Direito Constitucional e o Direito Civil?</u>	135
3.4.2	<u>A responsabilidade civil e a reparação integral do dano</u>	143
3.4.3	<u>A responsabilidade penal e a sua prescindibilidade prática</u>	150
3.5	Análise jurisprudencial	154
3.6	Conclusão	178
4	A LIBERDADE DE IMPRENSA E A COLISÃO DE DIREITOS: PONDERAÇÃO E <i>STANDARDS</i> PONDERATIVOS	179
4.1	Considerações iniciais	179
4.2	A técnica da ponderação	180
4.2.1	<u>Direitos fundamentais, regras, princípios e ponderação</u>	180

4.2.2	<u>A ponderação judicial e o ideal da racionalidade</u>	186
4.3	<i>Standards ponderativos</i>	193
4.3.1	<u>Conceito, necessidade e importância</u>	193
4.3.2	<u>A posição doutrinária e jurisprudencial. Alguns <i>standards</i> no direito nacional e comparado atinentes à liberdade de expressão</u>	199
4.3.3	<u><i>Standards</i> propostos</u>	208
4.3.4	<u><i>Standards</i> aplicados</u>	213
5	PROPOSTAS PARA ALÉM DA PONDERAÇÃO JUDICIAL: MONITORAMENTO, ÔNUS DA PROVA, INDENIZAÇÕES E DIREITO DE RESPOSTA	217
5.1	Introdução	217
5.2	Agenda de monitoramento: é possível aqui?	218
5.3	O parâmetro da malícia real: é pertinente por aqui?	220
5.4	Indenizações e custos de litigância	227
5.5	O direito de resposta como reparação preferencial	230
5.6	Aplicação concreta das soluções propostas	236
	CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES OBJETIVAS	241
	REFERÊNCIAS	249

Introdução: Colocação do tema.

Contemporaneamente, vive-se uma verdadeira “crise global da liberdade de expressão”. O diagnóstico foi feito em estudo desenvolvido pela ONG Artigo 19 que verificou, na última década, a tendência de retração das liberdades comunicativas em âmbito global, alcançando o seu menor nível justamente em 2017, último ano com dados sistematizados¹. Dentre os quesitos avaliados, aquele atinente à liberdade de Imprensa foi o que apresentou o maior declínio anual. Através da avaliação da Organização britânica, percebe-se que o Brasil não foge desse recente padrão internacional, enfrentando uma série de problemas².

Nesse contexto, costuma-se apontar que o principal e mais grave problema em torno da liberdade de Imprensa é a violência física perpetrada contra comunicadores. Os dados do relatório apontam que em 2017 foram 27 registros de crimes graves cometidos contra profissionais da Imprensa: 2 assassinatos, 2 tentativas de homicídio e 21 ameaças de morte. Igual diagnóstico aponta a ONG Repórteres Sem Fronteiras, que diante do registro de 4 assassinatos de jornalistas em 2018, sentencia: “O Brasil ainda é um dos países mais violentos da América Latina para a prática do jornalismo”³. Ademais, os estudos costumam assinalar a impunidade no esclarecimento desses crimes, muitos dos quais cometidos no interior do país, onde a sua notoriedade e a disposição dos poderes públicos em resguardar tais profissionais tende a diminuir.

Mas não apenas a violência física com vistas ao silenciamento deve causar preocupação a todos que estejam realmente comprometidos com a plena liberdade de expressão e com o livre fluxo de informações. A título de exemplo pode-se mencionar o baixo nível de pluralismo dos meios de comunicação social no Brasil. Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha sido expressa em vedar a oligopolização dos meios de comunicação

¹ O relatório pode ser acessado no seguinte sítio eletrônico: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/12/XPA-Report_A19.pdf.

² O relatório aponta como problemas vivenciados, por exemplo, a violência física contra comunicadores, a concentração da mídia, os processos penais por desacato e a responsabilização civil para fins de intimidação.

³ O diagnóstico em relação ao Brasil pode ser acessado em: <https://rsf.org/pt/brasil>. Além disso, a preocupação também é compartilhada pela Sociedade Interamericana de Imprensa, que em sua 74ª Assembleia Geral realizada em outubro de 2018, em Salta, na Argentina analisou a questão da escalada da intolerância contra comunicadores, especialmente no período de eleições. Relatou, além disso, outras ocorrências graves no último semestre avaliado no Brasil, como ameaças, hostilizações, agressões físicas e até uma tentativa de sequestro contra profissionais de Imprensa. Relatório disponível em: <https://www.sipiapa.org/notas/1212752-brasil>. Por fim, segundo levantamento do International Press Institute, com os quatro assassinatos de jornalistas ocorridos entre setembro de 2017 e outubro de 2018, o Brasil foi o 7º país com maior número de assassinato de jornalistas por razão de seus ofícios no mundo, no período em análise. Informações disponíveis em: <https://ipi.media/mexico-india-lead-in-impunity-for-killings-of-journalists/>.

social através do artigo 220, §5º, é certo que, na prática, sobretudo o sistema de radiofusão ainda se restringe a um pequeno nicho de proprietários. Em segundo lugar, outro problema diagnosticado de forma recorrente por organizações internacionais, como a CPJ (*Committee to Protect Journalists*), é a “censura judicial”, notoriamente destacada no contexto da Liberdade de Imprensa no Brasil⁴.

Aqui é preciso um esclarecimento inicial. Historicamente viveu-se no Brasil um sistema de extrema subserviência da liberdade de expressão e de Imprensa aos poderes oficiais, sobretudo ao corpo Executivo e Legislativo do Estado. Assim, não foi nada incomum na história nacional a promulgação ou imposição de diversos atos normativos que tinham como escopo unicamente manter os comunicadores sob as rédeas do poder estatal. Concomitantemente, eram instituídos órgãos de caráter administrativo responsáveis pelas licenças, fiscalizações ou censuras oficiais, estas últimas de caráter eminentemente prévio.

Sensivelmente preocupada com esse histórico nada animador, a Constituição Federal de 1988 previu proteções robustas e enfáticas às liberdades comunicativas, vedando “toda forma” de censura⁵. Sendo assim, qualquer oportunidade para o exercício de uma censura institucional, praticada por órgãos administrativos e chancelada por Leis de Imprensa, foi afastada do ordenamento jurídico pátrio, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130. Apesar disso, muitas dúvidas ainda permanecem a respeito da mencionada “censura judicial”.

É preciso destacar que muitas vezes a expressão é utilizada em um sentido amplo para designar qualquer intervenção judicial sobre as liberdades comunicativas, no que estariam incluídas medidas cautelares, decisões de remoção de conteúdo de provedores, responsabilizações civis e responsabilizações penais⁶. Todavia, nem tudo aqui pode ser

⁴ Dados disponíveis em: <https://cpj.org/pt/2014/05/segundo-tempo-para-a-imprensa-brasileira-censura-atraves-dos-tribunais.php>.

⁵ Tais previsões estão expressas tanto no art. 5º, IX quanto no art. 220, §2º CF. Cf. as respectivas redações: “Art. 5º. (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; “Art. 220. (...) §2º: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

⁶ Cf. o artigo de Timothy Sandefur, traduzido por Rodolfo Assis, em que o autor define a censura como: “Censura é o silenciamento coercitivo de visões divergentes por parte das autoridades políticas em geral, a fim de proteger uma ortodoxia oficial ou impedir a disseminação de ideias não autorizadas pelos poderes constituídos”. O autor ainda descreve que a jurisprudência da Suprema Corte Americana tende a interpretar o sistema de censura de forma ampla, abrangendo para além das restrições prévias (*prior restraints*) a punição de indivíduos pelo fato de seu material não se configurar como uma forma de expressão ou de Imprensa, as indenizações com o viés punitivo sobre manifestações inverídicas ou desfavoráveis e a remoção de livros de bibliotecas públicas. Texto disponível em: <https://www.plebpuccscience.com/timothy-sandefur-traducao>.

considerado como censura judicial⁷. Embora alguns estudos apontem para a necessidade de que a distinção entre censura e responsabilização ulterior nem sempre seja tão rígida, a partir de uma aproximação de eventuais efeitos deletérios de ambas as medidas, constitucionalmente ainda é relevante que se trace uma linha divisória entre os referidos conceitos.

Portanto, é mais no sentido amplo que geralmente se fala em censura judicial como o segundo problema da liberdade de expressão mais sério no Brasil. Isto é, com o escopo de reunir intervenções judiciais tão diversas, como aquelas suscitadas acima, mas que eventualmente podem gerar direta ou indiretamente restrições ou limitações indevidas sobre a manifestação do pensamento. O esclarecimento que aqui merece ser feito é que nem toda intervenção estatal deve ser qualificada como “censura”. Todavia, isso não significa que sejam intervenções “desimportantes” ou que não possam vir a ter eventual impacto deletério.

Nesse sentido, o escopo principal do presente trabalho é analisar especificamente como o sistema de responsabilizações ulteriores – seja a esfera cível, seja a esfera penal – pode se converter em um poderoso instrumental de restrição ilegítima sobre a Liberdade de Imprensa e sobre o livre fluxo de informações na sociedade. Isso porque se aplicados de forma desproporcional sobre os profissionais de Imprensa, como jornalistas e editores, tais mecanismos jurídicos, a princípio legítimos, tem o efeito justamente de resfriar essa liberdade fundamental (*chilling effect*).

Como será demonstrado ao longo do trabalho o efeito resfriador, amplamente reconhecido em outros ordenamentos jurídicos, é basicamente oriundo da incerteza e da intimidação propiciada pelo próprio sistema legal. Por sua vez essa “incerteza” e essa “intimidação” trazem como consequência principal a dissuasão sobre comportamentos juridicamente tutelados, a partir da tomada de uma postura de autocensura (resfriamento indireto ou estrutural) ou de autocontenção (resfriamento direto) por parte dos jornalistas.

Ocorre que o resfriamento é um fenômeno amplo que pode abranger variadas formas de intervenções e regulações estatais sobre a liberdade de expressão em termos amplos. Desta

⁷ No mesmo sentido, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. In: Ver. SJRJ, v. 20, n. 38, p. 169-197, Rio de Janeiro, dez. 2013, p. 172. A autora observa que a utilização da palavra censura de forma bastante elástica tem o potencial de esvaziar o seu significado. Ademais, a argumentação de forma tão abrangente sobre o conteúdo da censura traz o “efeito pernicioso” de desqualificar, de plano, opiniões em contrário de modo a causar um silenciamento sobre o próprio debate, visto que propiciaria a adoção de teses extremadas, ao passo que não permitiria a adequada reflexão sobre teses intermediárias.

forma, é preciso deixar claro que, por imperativos de delimitação do tema, o presente trabalho se ocupará do resfriamento que pode incidir especificamente sobre a Liberdade de Imprensa, uma das espécies da liberdade de expressão. Além do mais, o objetivo será avaliar como a sistemática legislativa e judicial de tutela aos chamados “direitos da personalidade”, sobretudo em assuntos de interesse e transcendência pública ou que envolvam alguma figura pública, pode vir a causar intimidações e dissuasões indesejadas sobre a Imprensa.

Como mencionado, alguns afirmam que ocorre verdadeira censura judicial a partir do sistema de responsabilidade ulterior na tutela dos “direitos da personalidade”, evidenciando-se, na jurisprudência, uma posição preferencial destes e não da liberdade de expressão⁸. Embora o sentido literal da autocensura possa levar à conclusão de que se trata de uma forma ou espécie de censura, ambas, como será demonstrado, não merecem ter o mesmo regime jurídico uma vez que, diferentemente desta, o seu diferencial é a incidência indireta e não de forma direta. É dizer, o objetivo primordial das responsabilizações ulteriores não é de prevenir expressões e manifestações constitucionalmente tuteladas, mas tão somente aquelas que não estariam no âmbito de proteção da Liberdade de Imprensa.

Uma vez que a dinâmica do resfriamento ocorre de forma indireta, pode-se afirmar que, em alguma medida, seria um fenômeno “sócio-psicológico”. Ou seja, trata-se de reconhecer que não incide uniformemente sobre todos os profissionais de Imprensa, visto que, por exemplo, certos veículos e indivíduos terão maior propensão a assumirem posturas arriscadas – aqui representadas pelos riscos de sofrerem condenações judiciais pela publicação de determinada matéria. Conseqüentemente, esse fator traz dificuldades na mensuração do grau de intimidação ou resfriamento do arcabouço jurídico, o que, reconheça-se, trata-se do principal problema do “*chilling effect*”. Apesar disso, como será demonstrado, mesmo admitidas as dificuldades empíricas inerentes ao tema, isso não implica em ignorar a importância do seu estudo e, da mesma forma, não será obstáculo para que sejam tecidas algumas propostas para atenuar a sua incidência concreta.

⁸ 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. Tese de Doutorado. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016. p. 71; LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Por outro lado, é preciso destacar que o tema em enfoque já despertou debates aprofundados, em sede doutrinária e jurisprudencial, em outros ordenamentos jurídicos⁹. Muito embora a doutrina nacional não ignore a existência de “*chilling effects*”, a jurisprudência pátria¹⁰, salvo raras exceções, não costuma tecer qualquer consideração pragmática sobre a possibilidade de uma condenação se constituir em um ilegítimo resfriamento. Todavia, mesmo a doutrina nacional ainda não tratou o tema com o mesmo grau de profundidade e reflexão que o direito comparado. Diante disso, o presente trabalho, sem descuidar das peculiaridades nacionais, se apoiará em decisões jurisprudenciais e trabalhos acadêmicos estrangeiros para propor novas reflexões sobre o fenômeno e sobre as possíveis soluções jurídicas. É preciso destacar que o trabalho se valerá, em boa parte, dos desenvolvimentos teóricos de Frederick Schauer em seu artigo acadêmico “*Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*”, ante a qualidade e pioneirismo, além do fato de até o momento ter sido pouco estudado em âmbito nacional¹¹.

Além disso, é preciso destacar que o tema revela, ao mesmo tempo, uma atualidade e uma magnitude que não podem mais passar despercebidas pela doutrina e pela jurisprudência. Atualidade porque não são poucos os casos de colisões concretas entre a liberdade de imprensa e outros direitos constitucionalmente tutelados, como por exemplo os direitos da personalidade, que recorrentemente encontram o seu deslinde no âmbito do Poder Judiciário sob a forma de responsabilização ulterior¹². Nessas hipóteses, é preciso que haja uma preocupação criteriosa tanto em relação ao grau de certeza dessa ponderação, quanto dos impactos de condenações sobre os meios de comunicação e jornalistas, uma vez que, a incerteza, a intimidação e o medo de condenações e custos processuais desproporcionais são, como destacado, os cenários propícios para resfriamento das liberdades comunicativas.

⁹ As maiores atenções sobre o termo foram despertadas a partir de 1964, após o julgamento pela Suprema Corte Americana do precedente *New York Times Co. vs. Sullivan*, que como se verá em capítulo próprio embasou o *standard* da malícia real na responsabilização civil da liberdade de expressão, a partir de preocupações com uma indevida intimidação sobre as liberdades comunicativas.

¹⁰ Cite-se como exemplo, casos recentes emblemáticos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como a ADIn 4.815 ou a ADIn 4.451. Muito embora alguns votos tenham feito referências genéricas ao “*chilling effect*” ou mesmo a um “efeito intimidador” sobre a liberdade de expressão, não há explicações do que pode ser abrangido ou excluído desse conceito ou mesmo o desenvolvimento de suas implicações a nível constitucional.

¹¹ Nesse sentido, v. MELO, Mariana Cunha e. Liberdade de Expressão e o acórdão sobre biografias não autorizadas: minimalismo, insegurança e efeito inibidor. – Curitiba: Juruá, 2017.

¹² Em levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que será destacado no Capítulo 3 estima-se um crescimento no ajuizamento de demandas em face da Imprensa a partir de 2016. Além disso, o órgão estatal, prevendo um sub registro no banco de dados consultados estimou a existência de pelo menos 300 mil processos contra veículos de imprensa ou jornalistas em solo nacional.

Ademais, é certo que uma jurisprudência que ignora a existência de “*chilling effects*” tende a acentuar as suas incidências indesejadas.

Por sua vez, a magnitude do tema pode ser compreendida em termos da transcendência social da doutrina. Entendendo-se o resfriamento como sinônimo de “intimidação” ou de efeito preventivo contra a reiteração de determinadas práticas, devem ser feitas reflexões sobre os potenciais riscos que um sistema de responsabilização civil e penal sobre a Liberdade de Imprensa aplicado de forma acrítica e com pouca previsibilidade pode causar ao regime Constitucional-Democrático brasileiro. Isso porque não é incomum que a categoria de indivíduos qualificados como pessoas públicas, especialmente quando envolvidas em questões de repercussão política, queiram, de alguma forma, que seus escândalos sejam abafados ou esquecidos, utilizando indevidamente o processo civil ou penal, sob argumentos de violações à honra e à privacidade, para intimidar e calar jornalistas e veículos de comunicação. Nesse aspecto, há claro prejuízo à função de fiscalização (*watchdog*) dos poderes públicos e privados exercida pela Imprensa e ao livre fluxo de informações na sociedade.

Fixada a relevância do objeto em estudo é preciso destacar que o presente trabalho se desenvolverá em cinco etapas, sempre buscando utilizar-se de uma metodologia dialética-descritiva, na maior medida possível – para que o leitor consiga visualizar argumentos teóricos favoráveis e contrários dos pontos apresentados – e de análises jurisprudenciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em trechos pontuais – para tentar embasar empiricamente algumas conclusões.

Assim, no primeiro capítulo serão analisados, de forma ampla, os fundamentos, conteúdos e a posição preferencial da liberdade de expressão. O objetivo é apresentar um quadro geral capaz de demonstrar justificadamente o peso especial que a liberdade de expressão faz jus em ordenamentos jurídicos Democráticos de Direito. Embora o objeto principal de estudo seja o resfriamento da Liberdade de Imprensa, esta não deixa de ser uma das espécies da liberdade de expressão que aqui será compreendida em um sentido amplo. Portanto, isso significa afirmar que esse “quadro geral” é, por tabela, totalmente aplicável à Liberdade de Imprensa.

Em sequência, o segundo capítulo restringirá o tema à Liberdade de Imprensa, inserida no contexto da liberdade de acesso à informação. Nesse capítulo, buscar-se-á apontar traços

dessa liberdade fundamental, apesar, repita-se, de se considerar aqui que esta se constitui como uma das espécies da liberdade de expressão¹³. Nessa etapa, além do regime constitucional da Liberdade de Imprensa será dado especial destaque aos principais julgados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede abstrata. O objetivo, além do mais, é realçar o papel distintivo que a Imprensa ainda exerce ou pode exercer em democracias constitucionais, principalmente em um momento de escalada mundial do fenômeno das *Fake News* e da pós-verdade¹⁴. Além disso, a preocupação principal do trabalho é sobre a incidência do *chilling effect* sobre a Imprensa e não sobre qualquer forma de manifestação do pensamento, razão pela qual há a importância de delimitação de conceitos, deveres e garantias.

Por sua vez, o terceiro capítulo analisará o significado do efeito resfriador de ações judiciais sobre a Liberdade de Imprensa. Em uma primeira etapa analisar-se-ão as origens da doutrina até o desenvolvimento teórico preciso. Em seguida, será brevemente destacada a noção de “formalismo da liberdade de expressão” que alguns autores abordam para fins de avaliar a existência (ou não) de distinção de efeitos entre os sistemas de censuras prévias e responsabilidades posteriores. Em terceiro lugar analisar-se-ão questões atinentes ao arcabouço de responsabilização civil e penal em razão de supostas violações aos “direitos da personalidade” no direito pátrio. Por fim, será feita uma pesquisa jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em menor medida, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ) a fim de destacar casos de notoriedade que realcem como a responsabilização ulterior em matéria de Liberdade de Imprensa pode proporcionar um elevado grau de incerteza e custos desproporcionais para os jornalistas.

No quarto capítulo esforçar-se-á por demonstrar que o processo de ponderação – que é a forma por excelência para a resolução de colisões concretas envolvendo a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais – pode e deve ser ordenado de forma metodologicamente objetiva e racional, principalmente com o auxílio de *standards*

¹³ A distinção surge de forma natural onde a Constituição Federal prevê expressamente um capítulo temático sobre os meios de comunicação social, tratando também da própria liberdade de informação jornalística e prevendo algumas garantias aos jornalistas, como o sigilo de fonte. Ocorre que noutros ordenamentos jurídicos não costuma haver propriamente uma distinção entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa, como por exemplo nos EUA.

¹⁴ A “pós-verdade” foi eleita a palavra do ano de 2016 pelo dicionário britânico de Oxford referindo-se à ideia de que fatos concretos e objetivos passam a ter menos valor do que opiniões e crenças subjetivas ou apelos à emoção. Esta se relaciona intimamente com a explosão das notícias falsas, sobretudo em redes sociais, que por sua vez evidenciam concretamente a perda de credibilidade e prestígio dos meios de comunicação social tradicionais perante o público.

ponderativos. O tema não é propriamente uma novidade, uma vez que a doutrina especializada no tema traz considerações robustas sobre a objetividade e racionalidade que deve guiar o processo de ponderação. Dessa forma, não há nenhum escopo exaustivo sobre o tema da ponderação. A relevância de tais digressões será apenas que uma ordenação teórica e metodológica do procedimento, especialmente buscando resolver as complexidades inerentes ao tema, pode reduzir a insegurança jurídica na colisão entre os direitos fundamentais em jogo. Com a redução da incerteza, os efeitos de um *chilling effect* deletério também tendem a diminuir. Para tanto tentar-se-á realizar uma releitura e uma racionalização da aplicação concreta de parâmetros ponderativos aplicáveis à colisão entre a Liberdade de Imprensa e direitos da personalidade. Todavia, parâmetros ponderativos podem não ser, por si só, suficientes, o que demandará a análise de outras alternativas jurídicas.

É nesse sentido que será embasado o quinto capítulo. Nesse aspecto, primeiramente se realçará que é imprescindível, em matéria de efeito resfriador, que haja esforços em seu “monitoramento”, ou melhor, em sua quantificação prática. Ainda que não seja uma tarefa particularmente simples, somente dessa forma, as preocupações no tema poderão ser compartilhadas de forma ampla e irrestrita. A partir daí, serão analisadas criticamente três alternativas para a colisão entre liberdade de expressão e dos direitos da personalidade: a adoção do parâmetro da malícia real (*actual malice*), a moderação de indenizações e custos de litigância e a adoção do direito de resposta como meio de reparação ou sanção preferencial. Por fim, será feito um pequeno encerramento com a síntese das principais conclusões do trabalho.

1. A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988: um panorama geral.

“I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it”

(Evelyn Beatrice Hall)¹⁵

1.1. Direitos fundamentais e garantias institucionais.

A liberdade de expressão é um direito bastante intuitivo. Não seria preciso qualquer tipo elucubração abstrata, filosófica ou teórica mais profunda para que qualquer indivíduo pudesse compreender o seu significado de transmissão de ideias, opiniões e pensamentos de uma forma geral. No entanto, essa aparente simplicidade esconde a sua real complexidade. Para que se possa ingressar em qualquer tipo de discussão mais profunda é preciso então desvelar os seus múltiplos significados. Assim, o presente capítulo tem como objetivo delinear o conteúdo, os fundamentos e a posição desta liberdade básica, a partir de todas as divergências que marcam a sua compreensão.

Preliminarmente, apesar de ser um truísmo, deve-se enunciar que a liberdade de expressão se insere na sistemática de proteção dos direitos fundamentais, haja vista a previsão expressa de diversas de suas modalidades no amplo catálogo do artigo 5º da Constituição Federal¹⁶. Todavia, não é despidendo realçar que disso, por si só, já resultam diversas consequências e efeitos que embasarão posicionamentos que serão desenvolvidos com mais zelo e acurácia em tópicos e capítulos subsequentes. É de ressaltar também que fixadas essas observações preambulares eventuais polêmicas existentes alhures, muito em razão de particularidades do direito comparado, podem de logo ser sanadas ou afastadas.

¹⁵ A título de esclarecimento a mencionada frase é comumente atribuída a Voltaire. No entanto, pesquisas constataram que a frase teria sido enunciada por uma de suas biógrafas e não pelo próprio Pensador, ainda que seja de alguma forma representativa de sua filosofia. Nesse sentido, v. <https://www.recantodasletras.com.br/artigos-de-cultura/5023780>.

¹⁶ Para setores da doutrina a simples previsão no catálogo de direitos fundamentais já seria suficiente para conferir a fundamentalidade aos direitos fundamentais. Sobre o tema paira certa controvérsia, de forma que remetemos o leitor para: PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Estado – RDE – Ano 5, nºs 19 e 20 julho a dezembro de 2010 e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

A partir de uma concepção clássica, aos direitos fundamentais seria atribuída a dimensão subjetiva, a partir da qual revelaria a posição do indivíduo – seus direitos e faculdades – perante o Estado. Nesse aspecto, costuma-se enunciar que a liberdade de expressão seria essencialmente um direito de defesa¹⁷, que comportaria a pretensão do seu titular de afastar interferências estatais, sobretudo aquelas de caráter ablatório. Ou seja, importaria em direito a uma abstenção estatal. Na ordem constitucional vigente, por exemplo, os fundamentos diretos desse posicionamento seriam as disposições constitucionais que vedam peremptoriamente toda e qualquer forma de censura estatal¹⁸. Não se discorda dessa posição. Muito pelo contrário, o contexto histórico e os rumos que a sociedade brasileira decidiu tomar com a constituinte de 1988 não comportam qualquer complacência para com intervenções ablativas do Estado sobre a liberdade de expressão.

Mais do que isso, a liberdade de expressão se constitui como autêntica cláusula pétrea, haja vista a redação do artigo 60, §4º, IV da CF, que institui os limites materiais ao poder de Emenda. Segundo tal dispositivo constitucional qualquer deliberação tendente a abolir direitos e garantias individuais deve ser rechaçada. Ou seja, trata-se da eficácia bloqueadora dos direitos fundamentais relacionadas ao Poder de Reforma. Assim, é certo que as vedações de intervenções ablativas recaem tanto aos Poderes Constituídos, quanto ao Poder Constituinte Derivado. Em se tratando das liberdades comunicativas, conforme será visto ao longo deste trabalho, a precisão da expressão “tendente a abolir” pode se revelar, na prática, bastante nebulosa, haja vista o potencial de que regulações ou intervenções aparentemente inofensivas acabem gerando um efeito silenciador ou resfriador sobre esta liberdade fundamental.

Por outro lado, deve-se ressaltar que, no ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva¹⁹. É atribuído ao Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento do célebre Caso Lüth²⁰, a autoria da primeira decisão

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 298.

¹⁸ Tratam-se dos artigos 5º, IX e 220, §2º da CF.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64-65.

²⁰ Em síntese, o caso girava em torno da condenação de Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, que, por meio de manifesto público, convocara “os cidadãos alemães decentes” a não assistirem ao filme do cineasta Veit Harlan – “Amada Imortal” –, tendo em vista que no, passado, este fora um dos principais responsáveis por filmes de divulgação de ideais nazistas, na Alemanha. Diante disso, o Tribunal da Justiça Estadual de Hamburgo condenou Lüth, com base no BGB – código civil alemão – a se abster de conclamar novos boicotes, sob pena de multa ou prisão, uma vez que essa conduta seria contrária à moral e aos costumes. Por meio de recurso dirigido ao Tribunal Constitucional Alemão, a decisão das instâncias inferiores foi reformada sob o fundamento de que os direitos fundamentais se constituiriam como uma ordem objetiva de

sobre o tema, curiosamente vinculado a discussões sobre a liberdade de expressão. Em síntese, a partir dessa dimensão, os direitos fundamentais se constituiriam como uma ordem de valores objetiva, válida para todas as esferas do Direito²¹. Isto é, os direitos fundamentais passam a ser concebidos não apenas a partir de uma ótica individual, mas igualmente da perspectiva da comunidade em que estão inseridos²². Como alicerce da ordem jurídica, os direitos fundamentais devem ter a sua eficácia irradiada para os demais ramos do direito²³.

A partir da dimensão objetiva surgiriam algumas consequências e efeitos naturais. Um desses efeitos é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁴, que impende na irradiação destes não somente nas relações verticais verificadas em ações e interferências estatais, mas também nas relações entre particulares. Ou seja, deve-se reconhecer que não apenas o Estado pode violar direitos fundamentais, mas igualmente os particulares, em relações privadas, haja vista a existência de assimetrias de poder entre indivíduos e grupos que compõem as sociedades.

Isso não é menos verdade no tocante à liberdade de expressão. Cite-se novamente a questão da censura. Apesar de esta ser comumente caracterizada como a “de caráter oficial”, isto é, a emanada do Estado ou de seus agentes, cada vez mais fala-se em uma “censura privada”²⁵. Se por um lado a liberdade de expressão não abrange o direito de o indivíduo exigir que, por exemplo, os meios de comunicação publiquem coercitivamente as suas

valores e que deveriam se irradiar para os demais ramos do direito. Assegurou-se, desta forma, a liberdade de manifestação de Lüth. Nesse sentido v.: SCHWABE, Jürgen (comp.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Konrad Adenauer-Stiftung, 2003.

²¹ SCHWABE, Jürgen (comp.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, op. cit., p. 132.

²² É interessante notar que Daniel Sarmiento destaca, tomando lições de Robert Alexy, que a dimensão objetiva não implica na revogação da dimensão subjetiva. A dimensão objetiva apenas se presta a reconhecer que os direitos fundamentais possuem uma estrutura além daquela tipicamente relacional dos direitos subjetivos. Na verdade, o que ocorre é justamente uma relação de reforço entre as duas facetas dos direitos fundamentais. SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*, op. cit., p. 66.

²³ Nesse sentido é que se fala na constitucionalização releitura do direito ou, simplesmente, filtragem constitucional, que, em síntese, trata-se de uma releitura de todos os ramos do direito à luz da Constituição Federal, de modo que quaisquer normas ou suas as incidências que sejam incompatíveis com as disposições constitucionais serão eivadas de nulidade. Sobre o tema v. SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. In: *A&C Revista de Dir. Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005; SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Rio de Janeiro, 2007, p. 23-31. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/>.

²⁴ SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*, op. cit., p. 66. Ver também: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000., p. 152-155.

²⁵ Nesse sentido, por exemplo, se orientou o voto do Min. Luiz Fux no julgamento da ADIn 4.815. Na doutrina v. NUNES, Daniel Capecci. *A democracia sem críticos: arte e censura indireta*. Artigo disponível em: <https://www.jota.info/artigos/a-democracia-sem-criticos-arte-e-censura-indireta-20102017>.

opiniões, salvo exercício do direito de resposta, não se deve desconsiderar que o ambiente da liberdade de expressão não fornece igual oportunidade de abertura a todos os grupos e cidadãos²⁶. A eficácia da liberdade de expressão sobre as relações privadas implicaria justamente em um ambiente mais democrático e plural para a exposição das mais diversas cosmovisões de mundo.

Por fim, em que pese a existência de entendimentos em contrário, mesmo na perspectiva das pessoas jurídicas, especialmente daquelas que se constituem como meios de comunicação social, a liberdade de expressão também deve ser compreendida como um autêntico direito fundamental. A questão aqui está inserida no debate mais amplo sobre se pessoas jurídicas também podem ser titulares de direitos fundamentais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet ainda que não sejam titulares de direitos fundamentais na mesma proporção que as pessoas naturais, a doutrina de uma forma geral reconhece essa possibilidade. E, nesse aspecto, as liberdades comunicativas seriam uma dessas espécies de direitos fundamentais que, sem maiores problemas, seriam extensíveis às pessoas jurídicas²⁷.

Por outro lado, a liberdade de expressão, especificamente na dimensão “Liberdade de Imprensa”, segundo alguns autores, não se trata apenas de direito fundamental, mas também de verdadeira garantia Institucional²⁸. Prova disso, seria a positivação das liberdades comunicativas em capítulo próprio – para além do Capítulo dos Direitos Fundamentais – no Capítulo V da Ordem Social, denominado de “Da Comunicação Social”. Ou seja, a liberdade de imprensa e as regras que lhes são decorrentes se constituem também como garantias das organizações privadas e seus profissionais que oficiam nos meios de comunicação social.

²⁶ KARPEN, Ulrich. *Freedom of Expression as basic right: a german view. The American Journal of Comparative Law Vol. 37, No. 2 (Spring, 1989)*, p. 397. O autor denota esse aspecto da seguinte forma: “*One should, in particular, take care that ‘institutional’, social, political and other facets of freedom of speech do not lead to limitations of the prevailing individual right aspect. In this sense, new perspectives of freedom of speech – in view of democratic and the social-state principle – are valuable only if they support individual freedom*”.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. cit., p. 232.

²⁸ Segundo a doutrina, as garantias institucionais “desempenham função de proteção de bens jurídicos fundamentais para a preservação de certos valores tidos como essenciais. [...] As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham importância tão elevada na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, op. cit., p. 158-160.

Isso se verifica, por exemplo, na doutrina de Gilmar Mendes, a partir do estudo da jurisprudência do tribunal Constitucional Alemão²⁹. A sua acepção de garantia institucional parece em muito se assemelhar à ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que “estaria na base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”. Além disso, o aspecto de “garantia institucional” realçaria também a dimensão coletiva da liberdade de imprensa e a sua importância para a democracia e para a formação da opinião pública. Nesse aspecto, o autor avança no sentido de que, assim como diversos outros institutos jurídicos que seriam garantias institucionais, a Imprensa demandaria certo nível de concretização do direito, a partir da possibilidade de a Constituição permitir restrições na matéria, desde que atentadas para as finalidades das mesmas – como por exemplo a tutela aos direitos da personalidade – o que equivaleria considerá-la submetida a um regime de “reserva legal qualificada”³⁰.

Diante dessa breve introdução, a liberdade de expressão deve ser enquadrada como um direito multifacetado, na medida em que pode ser enquadrado tanto no catálogo de direitos fundamentais, quanto – repita-se na sua dimensão “liberdade de Imprensa” – no âmbito do que aqui se denominada de garantias Institucionais da Comunicação Social. No próximo tópico serão analisados os fundamentos clássicos que pretendem justificar a tutela da liberdade de expressão e duas teorias antagônicas – a teoria libertária e a teoria democrática –, amplamente debatidas no contexto norte-americano, que pretendem explicar a relação do Estado com a liberdade de expressão.

1.2. Dos fundamentos da liberdade de expressão.

Diversos são os fundamentos da liberdade de expressão. A doutrina especializada aponta para a existência de várias razões que podem embasar a necessidade de o discurso ser livre. Mais do que justificar seriam responsáveis por moldar teorias, a partir da constatação de que uma ou outra teria maior peso ou importância. Uma classificação que parece sintetizar

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. In: Observatório de jurisdição constitucional, ano 4, 2010/2011, p. 11-12.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Op., cit., p. 15-19.

bem a natureza de cada fundamento é a apresentada por João Costa Neto³¹. Segundo o autor os fundamentos de tutela da liberdade de expressão seriam divididos em “justificativas instrumentalistas ou consequencialistas” e em “justificativas de caráter intrínseco ou deontológicas”. Como é de se intuir as primeiras seriam aquelas que consideram a tutela da liberdade de expressão relevante para se alcançar determinado resultado, benefício ou objetivo. A proteção da liberdade de expressão se justificaria então por uma questão substancialmente estratégica. Por sua vez, justificativas de caráter intrínseco independem de qualquer resultado prático advindo da liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Na verdade, a importância da liberdade de expressão seria corolário da dignidade da pessoa humana³².

Muito embora o presente trabalho siga a dicotomia proposta pelo referido autor, é importante deixar claro que somente se optou por esse caminho para fins meramente didáticos e explicativos. Na verdade, nem as melhores e mais completas teorias conseguem dar conta de toda complexidade inerente à vida real. O que se verifica é uma autêntica dificuldade em se apartar justificativas ou fundamentos nas diversas formas de manifestações ou expressões concretas. E mais, o estabelecimento de uma hierarquização genérica e a priori entre fundamentos pode ser algo um tanto quanto arbitrário.

Explique-se. Conforme será abordado nos tópicos seguintes duas das mais fortes justificativas para a tutela da liberdade de expressão são a sua importância para o regime democrático e a sua afinidade com a dignidade da pessoa humana. A posição que aqui se adota é de que, a partir do paradigma da Constituição Federal de 1988, não pode haver uma hierarquização entre a democracia e a dignidade da pessoa humana. Por evidente, são valores de igual peso e hierarquia e que em qualquer regime que se pretenda “Democrático de Direito” devem caminhar juntos e de maneira equilibrada.

Diante disso, defende-se aqui o posicionamento que nenhum desses fundamentos basta *per se* para fundamentar a necessidade e a utilidade da liberdade de expressão em um mundo cada vez mais complexo. Ao contrário, os fundamentos devem ser vistos como complementares e igualmente relevantes. O que poderá variar é a intensidade da influência de

³¹ NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37-61. Essa dicotomia também aparece em: DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 200.

³² NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional*, op. cit., p. 38-39.

algum deles, a depender do caso concreto e das modalidades da liberdade comunicativa em jogo.

Não obstante, a sistematização dos fundamentos da liberdade de expressão – e suas incidências concretas – pode ser singularmente útil na tarefa de se determinar critérios ponderativos, que incidirão quando essa liberdade fundamental colidir com outros direitos fundamentais, ou mesmo na defesa de uma “posição preferencial”. Desse modo, é necessário desde já reconhecer que a incidência com maior força de um ou vários fundamentos pode implicar em o reforço argumentativo da liberdade de expressão em face de outros direitos colidentes. Com base nesse breve introito, a seguir serão apresentados os fundamentos da liberdade de expressão mais destacados pela doutrina e jurisprudência.

1.2.1. Fundamentos de cunho instrumental.

1.2.1.1. A busca pela verdade.

O primeiro fundamento de viés instrumental que merece ser apontado é a busca pela verdade. Essa justificativa se associa em grande medida ao pensamento de John Stuart Mill³³, apesar de ter sido enunciada mais de um século antes por John Milton, no clássico *Areopagítica*³⁴. Tendo a verdade como paradigma, o filósofo inglês defendia a necessidade de o discurso ser o mais amplo possível, de modo a possibilitar o constante embate entre as diversas manifestações, fossem elas verdadeiras ou não³⁵. E isso por duas ordens razões. Em primeiro lugar, caso determinada expressão fosse verdadeira, ainda que minoritária, a maioria não teria direito de silenciar essa visão dissidente. Obviamente, caso isso ocorresse a manifestação censurada perderia a sua capacidade de convencer a maioria que adere ao discurso inverídico, o que seria um grande prejuízo para a humanidade. Em segundo lugar, ainda que determinada visão ou discurso pudesse ser reputado como falso, qualquer atividade inibitória sobre a liberdade de expressão não seria justificável. Isso porque, com a ampla

³³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres*; tradução de Paulo Geiger; introdução de Alan Ryan; posfácio de Joel Pinheiro da Fonseca. – 1ª edição. – São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, pp. 89-140.

³⁴ MILTON, John. *Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

³⁵ Nesse sentido, merece transcrição o seguinte trecho escrito por John Stuart Mill: “A real vantagem que tem a verdade consiste em que quando uma opinião é verdadeira, ela pode ser extinta uma, duas ou muitas vezes, mas no decorrer dos tempos em geral se encontrará quem a redescubra, até que uma de suas reaparições ocorra numa época em que, devido a circunstâncias favoráveis, ela escapa de ser perseguida até se firmar de modo a resistir a todas as subsequentes tentativas de suprimi-la”. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres*, op. cit., p. 106.

tutela sobre a liberdade de expressão, a mentira poderia ser confrontada com o discurso verdadeiro e, conseqüentemente, este poderia prevalecer, resultando deste embate sempre mais fortalecido³⁶. Ou seja, mais eficaz do que qualquer forma de censura seria a liberdade de manifestação e confronto de ideias para o surgimento da verdade e a eliminação do erro. Em resumo, com a garantia da ampla liberdade de expressão haveria maior probabilidade de a verdade ser descoberta³⁷.

Nesse sentido, percebe-se que a obra de Mill se põe em convergência com a apologia por um ambiente de tolerância, principalmente em face de ideias ou expressões tidas como falsas. A partir desse raciocínio, os limites à liberdade de expressão deveriam ser apenas aqueles relacionados com eventual dano que poderia ser causado a terceiros, exposto no conhecido princípio do dano (*harm principle*)³⁸. Isso se justificaria, segundo o filósofo, no fato de que a supressão do livre debate traria maiores custos à sociedade do que a existência de um ambiente de tolerância.

É preciso ressaltar que o fundamento da busca pela verdade converge com o desenvolvimento científico e tecnológico. Isso porque apenas com a abertura aos debates, questionamentos, críticas e manifestações de todas as ordens é que pode efetivamente haver o progresso das ciências e dos saberes. É sintomático que nos períodos históricos em que se viveu sob a égide de dogmas rígidos e de verdades absolutas o avanço científico encontrou notáveis barreiras ao seu florescimento. Com efeito, o presente fundamento também se alicerça na questão da falibilidade humana³⁹. Esse pressuposto epistêmico induz a necessidade de um amplo ambiente de experimentalismo que permita que todas as opiniões e posicionamentos estejam sujeitos ao fluxo constante de críticas e contra críticas.

³⁶ É interessante notar, conforme destaca Aline Osório, que o autor não abraça o posicionamento de que a verdade sempre prevaleceria em dado embate, mas que a liberdade de expressão, sem dúvidas, seria a melhor alternativa para que esta pudesse prevalecer. OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op. cit., p. 55.

³⁷ Para uma síntese clara e precisa o presente fundamento, v. EMERSON, Thomas I., *Toward a General Theory of the First Amendment*. Faculty Scholarship Series, Paper 2796, 1963, p. 881-882; NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional*, op. cit., p. 39.

³⁸ Uma das principais contribuições da obra “Sobre a Liberdade” é justamente a previsão de um princípio do dano (*harm principle*), segundo o qual “a única finalidade para a qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. Que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com justiça sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de evitar danos a outros”. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres*, op. cit., p. 82.

³⁹ Nesse sentido, EMERSON, Thomas I. *Toward a General Theory of the First Amendment*. Op. cit., p. 882; NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional*, op. cit., p. 40.

Deve-se esclarecer, no entanto, que o fundamento aqui exposto é a busca pela verdade e não a verdade propriamente dita. Tratar-se-ia da diferenciação em Mill entre a verdade viva e os dogmas mortos. O filósofo entendia que caso uma opinião, por mais correta que fosse, não estivesse permanentemente sujeita a questionamentos haveria a tendência de se tornar um dogma, uma superstição ou um preconceito. Nessa circunstância o conhecimento seria reputado como inadequado, haja vista que quem possui uma opinião deveria estar em posição de contra argumentar as opiniões contrárias. E é dizer, a transmutação em “dogmas mortos” sujeitaria os indivíduos a um estado de estagnação mental que potencialmente destruiria o significado daquelas ideias⁴⁰.

Essa é uma observação necessária uma vez que o conceito de verdade não é unívoco e sua definição concreta pode ser, em certas hipóteses, praticamente inalcançável, ainda mais em sociedades complexas e plurais em termos filosóficos, religiosos e culturais. Assim, esse primeiro fundamento tem o escopo de estabelecer não o alcance de uma verdade última e acabada, mas de uma verdade flexível ou subjetiva que pode e deve ser sempre renovada e rediscutida. Isso se mostra especialmente relevante para determinadas atividades, como a do jornalismo, que deve se pautar por um esforço permanente na busca por informações verdadeiras e confiáveis, através de estudos e investigações, mesmo que este objetivo nunca seja alcançado. Com efeito, exigir que a atividade de Imprensa se pautasse por uma verdade absoluta e dogmática implicaria no seu engessamento e, conseqüentemente, impediria o seu devido funcionamento.

No início do século XX, o fundamento da busca pela verdade é rememorado pelo *justice* da Suprema Corte Americana, Oliver Wendell Holmes Jr., com a metáfora da liberdade de expressão com o mercado econômico⁴¹, no voto dissidente do precedente *Abrams vs. United States*⁴². O caso em questão tratava-se de processo em que se analisou a

⁴⁰ MILL, John Stuart. Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres. Op. Cit., p. 137. No mesmo sentido, v. WARBURTON, Nigel. *Free Speech – a very short introduction*, op. cit., p. 34-35.

⁴¹ Comumente é atribuída ao *justice* da Suprema Corte Americana a invenção da expressão “*Marketplace of ideas*” (livre mercado de ideias), muito embora Timothy Garton Ash aponte que Oliver Wendell Holmes Jr., apesar da metáfora, nunca tenha se utilizado dessas palavras exatas. Na verdade, a expressão teria sido enunciada pela primeira vez por meio de uma carta dirigida por David M. Newbold ao então editor do jornal New York Times, em 1936. GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*. New Heaven, London: Yale University Press, 2016, p. 75; LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. New York: Basic Books, 2007, p. 185.

⁴² 250 U.S. 616 (1919). Cf. trecho do voto dissidente: “*But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as*

constitucionalidade do *Sedition Act*, de 1918, que criminalizara o uso de linguagem desleal, indecente ou abusiva contra o Governo, a bandeira ou as Forças Armadas dos EUA⁴³. Apesar do célebre voto, a posição então prevalecente foi no sentido de considerar legítima e constitucional a condenação de acusados de espalhar panfletos que denunciavam a Primeira Guerra Mundial e as influências norte-americanas na Revolução Russa.

Basicamente, a ideia do livre mercado de ideias enuncia que a liberdade de expressão deve ser assegurada da forma mais ampla possível, sem restrições ou interferências estatais, uma vez que, assim como uma concepção liberal de Mercado, através de seu funcionamento espontâneo, as boas e melhores ideias sempre prevaleceriam. Desse modo, somente assim seria possível que uma maior variedade de pontos de vista estivessem disponíveis ao público⁴⁴. Ao revés, qualquer forma de interferência estatal no campo da liberdade de expressão poderia levar a efeitos imprevistos e desastrosos. Posteriormente, em 1969, essa célebre concepção foi reafirmada na Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co vs. FCC*⁴⁵.

É preciso destacar que um dos problemas que o presente fundamento pode incorrer é a desconsideração de que a vida real não funciona de forma tão ordenada como um “livre mercado de ideias”. Isso porque parte de uma visão idealizada de que todas as partes que ingressam na arena dos debates se comportarão de forma polida e tolerante, tal qual um seminário acadêmico⁴⁶. Por vezes, o posicionamento e a forma de manifestação de certos grupos e indivíduos, influenciados por suas respectivas capacidades de articulação, podem vir a obscurecer ou silenciar os demais interlocutores. Portanto, deve ser realçado que a liberdade de expressão não é um campo imune às relações de poder e desigualdades presentes nas sociedades.

Nesse sentido, poderiam ser enumeradas três espécies de assimetrias entre indivíduos e grupos que potencialmente afetam a capacidade de articulação no livre mercado de ideias. As primeiras são as de ordem físicas ou pessoais, que se revelariam, por exemplo, em pessoas

all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country”. Grifou-se.

⁴³ NETO, João Costa. Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional, op., cit., p. 71.

⁴⁴ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op., cit., p. 55.

⁴⁵ 395 U.S 367 (1969).

⁴⁶ WARBURTON, Nigel. *Free Speech – a very short introduction*, op. cit., p. 36.

portadoras de necessidades especiais, de caráter físico ou intelectual, ou ainda indivíduos com alguma patologia. As segundas seriam relacionadas às desigualdades socioeconômicas, uma vez que em certos contextos, visões de mundo dos que detém poder político ou econômico teriam maior facilidade de propagação e publicidade no livre mercado de ideias. E, em um terceiro nível, se situam as assimetrias culturais, uma vez que a reprodução de estigmas ou preconceitos, por parte da cultura hegemônica, pode representar a construção de barreiras em termos de livre manifestação e articulação de indivíduos e grupos que não integram o *status quo* cultural. Portanto, percebe-se que nesse contexto, apesar de ainda extremamente relevante, o fundamento da busca pela verdade e do livre mercado de ideias, se tomado de forma isolada, se revela insuficiente para justificar a tutela à liberdade de expressão.

1.2.1.2. Condição essencial para o bom funcionamento das democracias.

O segundo fundamento se embasa na importância da liberdade de expressão para a autonomia pública. É da essência do regime democrático⁴⁷ que as diversas concepções e visões de mundo possam ser expostas e submetidas ao escrutínio social na Arena Pública e Política. Dessa forma, as melhores decisões públicas poderiam ser tomadas a partir do embate e composições de visões de mundo majoritárias e minoritárias em dado contexto.

Pode-se afirmar que esse fundamento se vincula em alguma medida com as teses doutrinárias de cunho “procedimentalista”. Em resumo, tais concepções se embasam na pluralidade e na complexidade da vida contemporânea em sociedade, a partir do que, seria praticamente impossível definir bases sólidas incontroversas para a vida em comum. Dessa forma, o pressuposto inicial é que o melhor desenho institucional – e mais legítimo – para sanar essa dificuldade seria o regime democrático. A partir de então, os direitos fundamentais seriam garantidos em maior ou menor proporção – e em ordem de preferência – na medida em que pudessem concretizar o procedimento democrático para a tomada de escolhas coletivas.

Historicamente, o uso da palavra e a liberdade de expressão já se mostravam de extrema relevância para a democracia direta ateniense, por meio da qual aquele que ostentasse o status de cidadão poderia livremente se reunir e debater, em praça pública, com seus

⁴⁷ “O fato é que a democracia pouco ou nada significaria sem a garantia básica das liberdades comunicativas, sem a possibilidade de discutir e criticar os temas de interesse público, as decisões políticas, os governos e governantes. Do mesmo modo, dificilmente seria possível garantir o livre fluxo de informações em um governo não democrático”. OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op. cit., p. 68.

semelhantes para, assim, decidirem os rumos das *pólis* gregas⁴⁸. A democracia ateniense se fundava em dois paradigmas: a *parrhsia* e a *isegoria*, que significavam, respectivamente, o discurso livre e sem medo e a igualdade no direito de manifestação⁴⁹. Atualmente, não é imaginável e nem factível que todos os cidadãos se reúnam em um mesmo espaço físico para votarem os assuntos de interesse público. Mais do que isso, qualquer regime de democracia direta pura seria inviável. Mas, por outro lado, é igualmente correto que o atual conceito de democracia não se reduz a um viés meramente formalista, que se baste tão somente na representação popular ou no simples exercício do direito ao voto.

Desse modo, para compreender bem o presente fundamento é pressuposto responder a pergunta do que deve ser entendido por democracia. Robert Dahl expõe essa preocupação em sua clássica obra *On Democracy*. Nesse sentido, o autor constrói uma situação hipotética em que um grupo de indivíduos decide elaborar uma Constituição e de plano se depara com a questão de como tomar decisões. Preliminarmente, o grupo rechaça as sugestões de as decisões mais importantes serem relegadas aos mais sábios, sob os argumentos de que nessas matérias todos seriam igualmente qualificados, além do que, o pressuposto básico seria de que o grupo deveria ser governado “democraticamente”. Não obstante, o grupo em questão verifica que há uma grande variedade de Governos – com uma série de disparidades intrínsecas – que se autodenominam democráticos⁵⁰. Daí a dificuldade de se definir o núcleo da democracia.

O autor então se esforça em tentar traçar critérios suficientes para definir “a democracia”. Muito embora considere que tratam-se de critérios ideais, vislumbra que a sua utilidade seria justamente de atuarem como padrões de medição de desempenho das associações reais, servindo de orientação para a modelagem e redesenho dos arranjos concretos⁵¹. Assim, partindo da ideia de que os cidadãos são politicamente iguais, o autor vislumbra os seguintes critérios do processo democrático: (i) a possibilidade de participação efetiva de todos os cidadãos, a partir da noção de igualdade de oportunidades que os demais cidadãos conheçam os seus posicionamentos políticos, (ii) o igual peso e valor atribuído a cada voto, (iii) o entendimento esclarecido, na medida das possibilidades de tempo e

⁴⁸ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 76.

⁴⁹ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 76-77.

⁵⁰ DAHL, Robert A.. *Sobre a Democracia*; Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 48.

⁵¹ DAHL, Robert A.. *Sobre a Democracia*, op. cit., p. 54.

disponibilidade, em se aprender sobre alternativas políticas e (iv) o controle do programa de planejamento⁵².

De fato, a partir desses critérios a democracia poderia ser entendida a partir de um viés deliberativo, com a idoneidade de os cidadãos influenciarem as decisões estatais. Embora o presente trabalho não trate especificamente do fenômeno da democracia deliberativa, em síntese, é importante destacar que tal acepção é compreendida como aquela em que uma associação é governada pela deliberação pública de seus membros⁵³, considerados estes livres e iguais, em que seus processos comunicativos de tomada de decisão se pautem pelo uso da razão e pelo respeito recíproco⁵⁴. Joshua Cohen afirma que nesse modelo, os termos que justificam a associação coletiva são procedidos através da razão e da argumentação pública entre cidadãos iguais⁵⁵. Nesse processo de argumentações e contra argumentações, as ideias que sobrevivessem às críticas sofridas na arena deliberativa, contariam *prima facie* com os atributos da racionalidade e legitimidade⁵⁶.

Contemporaneamente fala-se inclusive em ideais da democracia deliberativa sendo aplicáveis a Poderes e órgãos estatais que não são democraticamente eleitos. Isso porque seria uma condição de legitimidade democrática – sobretudo em órgãos que encaram a chamada “dificuldade contamajoritária” – que os mesmos fundamentassem as suas decisões argumentativamente e se abrissem em algum grau à participação da sociedade em seus processos decisórios. Nesse sentido, pode-se falar que o Poder Judiciário se democratiza, por exemplo, ao tomar decisões de forma deliberativa em seus órgãos colegiados ou a partir de considerações de que este interaja dialogicamente com outros Poderes. Por sua vez, fala-se igualmente em um processo de democratização da Administração Pública, através, por exemplo, de consultas ou audiências públicas.

Diante disso, pode-se em primeiro lugar dizer que a liberdade de expressão se constitui como condição essencial para que de fato se possa falar em autonomia pública. Somente com a liberdade de os cidadãos exporem as suas convicções e ouvirem a dos demais, podendo avaliar ou criticar, é que se concretiza o ideal da deliberação pautada em argumentos, contra

⁵² DAHL, Robert A.. Sobre a Democracia, op. cit., p. 49.

⁵³ COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. In: BOHMAN, James; REHG, William (edit.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 67.

⁵⁴ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op., cit., p. 75-76.

⁵⁵ COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*, op. cit., p. 72.

⁵⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 3.

argumentos e racionalidade pública. Ao revés, em cenários de censura e de restrições não razoáveis à liberdade de expressão não pode florescer um dos pressupostos básicos e elementares da democracia: a igualdade política entre os cidadãos.

Apesar do notável realce sobre a democracia deliberativa, deve-se igualmente reconhecer valor e importância da liberdade de expressão para o exercício da democracia representativa, que é exercida formalmente através do voto. Como mencionado, na maior parte dos assuntos públicos a coletividade não é capaz de empreender em profundos e complexos processos deliberativos. No entanto, a liberdade de expressão não seria menos relevante se a democracia se resumisse apenas à representação. Curiosamente em muitas línguas estrangeiras existe uma única palavra para designar os termos voto e voz⁵⁷. Ainda que não haja uma deliberação propriamente dita, é certo que os pleitos eleitorais ocorrem a partir de campanhas políticas em que os candidatos “dialogam” com os eleitores, manifestando suas ideologias e projetos de Governo.

Todavia, para além da tomada de decisão coletiva, a participação também pode adquirir o sentido de fiscalização dos Governos. Um dos maiores expoentes da liberdade de expressão na doutrina norte-americana, Alexander Meiklejohn, fundamenta a sua proteção na medida em que tal liberdade contribua para o autogoverno. Sob a égide da Constituição Americana, afirma que poderiam ser identificados dois tipos de liberdade de expressão – que não deveriam ser confundidos –, um que poderia sofrer restrições governamentais e outro não⁵⁸. O autor, a partir de uma dedução, toma como pressuposto básico de seu ordenamento constitucional o autogoverno pelo povo americano, do qual todas as demais disposições do ordenamento jurídico seriam dependentes e subsidiárias. Ou seja, é dizer, os cidadãos norte-americanos seriam, ao mesmo tempo, comandantes e comandados⁵⁹. Nesse sentido, é que os Governos – como expoente e representante do povo – poderiam exercer certos controles sobre os cidadãos, mas, ao mesmo tempo, deveriam estar submetidos permanentemente a controles por parte destes, o que evitaria a sua conversão em despotismos.

A partir desses pressupostos, considera que a liberdade de expressão revestida de “caráter absoluto” seria aquela que pudesse ser instrumentalizada para fins de autogoverno.

⁵⁷ Timothy Garton Ash, por exemplo, afirma que esse é o caso do alemão, do polonês, do holandês, do dinamarquês e do russo. GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 76.

⁵⁸ MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper Brothers publishers, 1948, p. 1-2.

⁵⁹ MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*, op. cit., p. 15.

Desta forma, o autor traça uma analogia do sistema político com uma assembleia comunitária, na qual todos os cidadãos seriam livres para ingressar nos debates, refletirem, ouvirem propostas e expressarem os seus pontos de vista. Apesar disso, os debates de ordem política não poderiam ser uma espécie de “vale-tudo”, que admitiria o exercício abusivo da palavra, de modo que deveria haver alguma espécie de mediação ou regulação. Diante disso, afirma que na seara política não seria todo o indivíduo que tem um direito inalienável de se expressar quando, onde e como quiser. Ao revés, o que seria essencial não é que todos falassem, mas que “tudo o que valesse a pena falar pudesse ser dito”⁶⁰.

Diante disso, a liberdade de expressão para fins de autogoverno importaria na capacidade de controle dos cidadãos sobre os Governos. Apesar de o referido autor destacar a forma de controle exercido por meio da deliberação e do voto, é certo que existem outras formas de controle sobre os Governos exercidas pela liberdade de expressão. Uma delas se daria através do exercício da liberdade de Imprensa, que, através do exercício do direito de crítica e do jornalismo investigativo, possibilita que se instale uma permanente fiscalização sobre as atividades públicas e sobre os agentes estatais, promovendo, assim, maior transparência e *accountability*, essenciais para a boa gestão da coisa pública. Dessa forma, há uma relação direta entre a amplitude do escrutínio social e a qualidade do Estado e dos Governos. Diante do exposto, é interessante notar que haveria um evidente entrelaçamento entre a liberdade de expressão, a democracia deliberativa e o bom governo⁶¹.

É de se ressaltar, antes de concluir o presente tópico, que a relação entre democracia e liberdade de expressão não necessariamente seria assim “tão estanque” ou de “mão única”. Embora fuja aos objetivos deste trabalho traçar qualquer fundamentação a cerca da própria democracia, é preciso acentuar, como concluído por Robert Dahl, ao tentar explicar o porquê das vantagens em se adotar regimes democráticos, que estes conseguem reunir uma série de benefícios, dentre os quais de assegurar um maior grau de liberdade individual, de direitos fundamentais e de autodeterminação⁶², o que sem dúvidas, tem implicações diretas sobre a liberdade de expressão.

Apesar de evidentes vantagens no que concerne ao esclarecimento sobre o objetivo ou valor que se busca tutelar por meio da liberdade de expressão, considera-se que o fundamento da realização democrática não é isento de críticas. Afirma-se assim, que ao se adotar

⁶⁰ MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*, op. cit., p. 25.

⁶¹ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 77.

⁶² DAHL, Robert A.. *Sobre a Democracia*, op. cit., p. 57-74.

exclusivamente o presente fundamento não se encontraria uma razão sólida, por exemplo, para se proibir a censura caso o próprio povo deliberasse de forma democrática em favor dela, ou mesmo o porquê de figuras públicas ainda conservarem em alguma medida a sua honra tutelada contra injúrias, calúnias ou difamações⁶³. Considerando-se a impossibilidade de maiorias eventuais suplantarem direitos fundamentais, o fundamento democrático, certamente, não basta se tomado de isoladamente.

1.2.1.3. Condição essencial para a sobrevivência de sociedades tolerantes e plurais.

O terceiro fundamento de cunho instrumental que merece ser destacado se relaciona com o pluralismo. Pode-se dizer que a presente justificativa, de alguma forma, também se conecta com a democracia e com o desenvolvimento da personalidade humana, mas que com eles não se confunde. Aqui parte-se da premissa de que no mundo contemporâneo a marca característica é a fragmentariedade e a diversidade. O argumento é de que a liberdade de expressão contribui para o convívio com a diversidade⁶⁴.

Apesar de o fundamento ser apontado de forma mais recente que os demais, esta concepção se alicerça em um pilar clássico: a necessidade de tolerância para a convivência humana. Nesse sentido, a liberdade de expressão de grupos diversos e antagônicos testaria diariamente a capacidade de cada indivíduo exercer a sua tolerância⁶⁵. Mas a recíproca também é verdadeira: sociedades com elevado grau de tolerância são aquelas em que existem os compromissos mais robustos para com a liberdade de expressão. É assim que com a tolerância e com a liberdade de expressão o que se verifica é a possibilidade quase que desembaraçada do surgimento, desenvolvimento e coexistência das mais diversas e até mesmo controversas cosmovisões de mundo. Isto é, haverá a liberdade de as pessoas serem (e exporem) de fato quem elas são, uma vez que não há mais “consenso” sobre as formas de se viver a vida⁶⁶.

Não se discorda que esse seja um fundamento que cada vez mais mereça atenção. No entanto, duas observações – que não tem o escopo de retirar a sua importância – devem ser feitas, para que não seja vislumbrado de maneira absoluta ou ingênua. Primeiramente, há aqui

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution.*, op. cit., p. 203; NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional.*, op. cit., p. 44.

⁶⁴ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 78-79.

⁶⁵ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 78.

⁶⁶ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 79.

o chamado “paradoxo da tolerância”⁶⁷. Explique-se. O referido paradoxo ocorreria uma vez que os ambientes de tolerância, a princípio, não poderiam realizar discriminações entre as diversas visões de mundo, de forma a estabelecer um filtro sobre as opiniões que merecem ser ou não toleradas. É dizer: se há tolerância, todos devem assim se portar, com igual respeito e consideração, com os demais indivíduos e opiniões. Todavia, a tolerância absoluta pode significar a sua própria degradação ou ruína, uma vez que admitiria a participação no mercado de ideias de cosmovisões extremistas, autoritárias e intolerantes, que conseqüentemente tenderiam a se mostrar pouco receptivas ao pluralismo e à própria liberdade de expressão.

Em segundo lugar, embora de grande relevância, talvez o pluralismo e a diversidade não estejam umbilicalmente conectados à tolerância. Um exemplo disso é a profusão das mídias digitais. Com a ampliação de acesso à internet, às redes sociais e aos meios de comunicação digitais há a possibilidade real que as pessoas não somente interajam, mas efetivamente tenham alguma voz, ao menos em seus círculos sociais. Apesar de ser apelidado de *cosmopolis* por alguns⁶⁸ justamente por ser caracterizado pelo seu pluralismo, por vezes esse ambiente se revela extremamente tóxico e intolerante, com ataques de todas as ordens a grupos, indivíduos e visões de mundo, inclusive por meio das *Fake News*⁶⁹. Nesse cenário, é certo que a cada novo dia surgem nesses ambientes plurais questões desafiadoras à plena liberdade de expressão que podem por em xeque a assertiva de que a “liberdade de expressão ajuda a se viver com a diversidade”.

1.2.1.4. Outros fundamentos instrumentais.

Além dos três fundamentos citados anteriormente, a doutrina aponta a existência de outros três, mesmo que de uma maneira menos difundida⁷⁰. O primeiro seria o de garantir o exercício dos demais direitos fundamentais. Esse fundamento se liga à ideia de que nos contextos em que a liberdade de manifestação é mais robusta e tutelada, os demais direitos

⁶⁷ BOLLINGER, Lee C.. *The Tolerant Society*. New York: Oxford University Press, 1988, p. 12-15.

⁶⁸ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 18.

⁶⁹ Pode-se citar, como exemplo, o que Francisco Bosco denomina de “lichamento digital”, por meio do qual ocorre verdadeiro ataque coletivo a indivíduos ou grupos que se expressam de forma tida como indesejada ou sejam identificados de acordo com alguma prática perversa. O objetivo de tais ataques, facilmente propagáveis pela grande rede, é justamente a humilhação pública – o que pode trazer conseqüências ainda mais graves para os indivíduos – e onde esclarecimentos ou retratações não são capazes de proporcionalmente sanar os danos causados. BOSCO, Francisco. *A vítima tem sempre razão?: lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro*. – 1ª ed. – São Paulo: Todavia, 2017, p. 144-147.

⁷⁰ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*, op., cit., p. 65-67.

fundamentais, independente de sua geração, também o são. E isso porque o fluxo de ideias e informações permite que se instale verdadeiro ambiente de fiscalização, contestação e reivindicação perante poderes públicos e privados. No Brasil, o Min. Ayres Britto se valeu, dentre outros, deste argumento para fundamentar o seu voto na ADPF 130. Além do mais, alguns direitos fundamentais, como a liberdade religiosa, possuem um conteúdo intimamente relacionado à manifestação individual ou coletiva.

O segundo fundamento é o de que a liberdade de expressão seria relevante para a preservação cultural e histórica e para o avanço científico e tecnológico. O primeiro viés se associa às questões de memória nacional. É sintomático que regimes autocráticos se esforcem não apenas em censurar opiniões, mas também em tentar apagar ou reescrever fatos históricos que lhes sejam desabonadores ou contrários a seus princípios fundamentais. Uma ilustração bem precisa pode ser lida na ficção literária 1984, de George Orwell, no qual, em uma distopia totalitarista um dos protagonistas, que trabalhava no “Ministério da Verdade”, tinha como uma de suas atribuições reescrever e corrigir fatos históricos de livros, jornais e revistas, segundo as conveniências políticas momentâneas. Por outro lado, o avanço científico e tecnológico, como já afirmado, se associa em grande parte com o fundamento da busca pela verdade. Somente pode haver progressos e evoluções nas ciências quando as diversas teorias e estudos puderem ser livremente difundidos, contestados e criticados pelos meios acadêmicos, profissionais, científicos e pela opinião pública.

Por fim, um terceiro fundamento diz respeito à desconfiança histórica que é depositada sobre os Governos⁷¹. Segundo essa justificativa, a história revelaria algo próximo de uma tendência, em maior ou menor medida, de o poder estatal querer regular o conteúdo da liberdade de expressão. Para além de simplesmente um projeto de poder de perpetuação do *status quo*, a desconfiança aqui recai não apenas em termos democráticos, mas também sobre a tomada de posturas paternalistas ou perfeccionistas, em violação à autonomia individual, o que se sobrepõe, em alguma medida com o próximo fundamento.

⁷¹ BARENDT, Eric, *Freedom of Speech. Second Edition*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 21-23. O autor afirma que essa seria uma corrente de pensamento que se desenvolveu basicamente a partir de considerações históricas das tendências de os Governos reprimirem certas ideias tidas como radicais ou subversivas. Apesar disso, Barendt destaca criticamente que o presente fundamento apesar de importante e trazer argumentos que reforçam os demais fundamentos, por si só, não conseguiria explicar porque a liberdade de expressão é especial.

1.2.2. Fundamento de cunho constitutivo.

Conforme mencionado anteriormente, o fundamento de cunho constitutivo se orienta a partir da concepção de que a liberdade de expressão não seria propriamente um instrumento para se alcançar determinada finalidade. Ao revés, seria próprio do conteúdo da dignidade ou da personalidade humana a existência de um conjunto de direitos que seria inerente à condição humana, no qual se inserem as liberdades comunicativas. É nesse sentido que se fala que a liberdade de expressão estaria vinculada à auto realização individual⁷². Ulrich Karpen chega a afirmar que este direito fundamental seria uma parte essencial do ser humano, porque é “da sua natureza a comunicação com o seu semelhante, sendo por isso mesmo considerado um ser social”⁷³. Além do mais, na medida em que os indivíduos são dignos de igual valor e respeito, suas opiniões deveriam possuir igual peso.

A partir dessa premissa, contudo, é preciso esclarecer o que se entende por dignidade da pessoa humana, uma vez que o conceito é dos menos unívocos, já tendo sido manejado para os mais diversos fins. Isso porque a própria doutrina não tem um posicionamento unânime a respeito de sua delimitação conceitual⁷⁴. Apesar das dificuldades e da profundidade das discussões envolvidas, o presente trabalho se orienta no sentido de que a melhor delimitação conceitual proposta é a de Daniel Sarmento. Para o autor a dignidade da pessoa humana se compõe de quatro elementos ou princípios: valor intrínseco, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento.

O valor intrínseco é o elemento da dignidade da pessoa humana segundo o qual os indivíduos não podem ser instrumentalizados para o alcance de metas coletivas ou que supostamente gerem um maior bem estar social, ainda que pelas melhores intenções⁷⁵. É clássica a formulação kantiana do imperativo categórico que aduz que os indivíduos devem ser considerados fins em si mesmos e não meros meios para a concretização de finalidades

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 296-297. Os autores se valem da expressão para fundamentar de forma ampla toda a sistemática da liberdade de expressão. Em determinada passagem os autores citam três dos argumentos clássicos de tutela da liberdade de expressão: verdade, dignidade da pessoa humana e democracia. Todavia, parecem mesmo adotar a postura humanista como a mais decisiva. Cf.: “O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano”.

⁷³ KARPEN, Ulrich. *Freedom of Expression as basic right: a german view.*, op. cit., p. 395.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016; BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, Ano 101 – vol. 919 – maio de 2012, p. 127-196; MCCRUDDEN, Christopher. *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. In: The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4 EJIL*, 2008.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 102.

alheias⁷⁶. Como imperativo categórico, seria uma máxima universal uma vez que a todos os indivíduos seria intrinsecamente reconhecida tal garantia, em razão da própria condição de ser humano. Dessa forma, não seriam admitidas quaisquer discriminações sobre este atributo por eventuais características individuais ou contingências da vida em sociedade.

Aqui há uma relação quase que intuitiva entre a liberdade de expressão e o valor intrínseco. Quando é assegurado um amplo espaço de proteção para as pessoas expressarem livremente as suas visões de mundo, isso implica tratá-las como fins em si mesmos e não como meios ou instrumentos de determinada ideologia ou concepção filosófica eventualmente dominante. É um imperativo do igual respeito e consideração que cada indivíduo é digno. Assim, a liberdade de auto expressão individual, sem medo ou coação, seria característica essencial de sociedades que prezam pelo respeito da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, parece ser esse um dos sentidos que Dworkin aponta como integrantes da responsabilidade moral que todo indivíduo possui em sua comunidade política. Assim, segundo o jusfilósofo norte-americano, seria ilegítimo que os Governos realizassem distinções sobre convicções que merecem menos ou mais valor do que outras. É dizer, os indivíduos possuem a capacidade não apenas de formarem livremente as suas convicções, mas também de as expressarem para os demais, na medida em que entendam que ela contribui para que a verdade seja conhecida, que a justiça servida e o bem assegurado⁷⁷. A justificativa para tanto é o igual valor que cada indivíduo evidentemente possui.

Já a autonomia, o segundo elemento da dignidade da pessoa humana, compreende a capacidade de os indivíduos perseguirem metas e valores próprios, a partir de seu livre arbítrio, sem a interferência indevida alheia, inclusive a estatal. Por outro lado, como bem aponta Sarmiento, há aqui certa controvérsia entre a dignidade da pessoa humana e a

⁷⁶ Nesse sentido, vale a pena a transcrição da seguinte passagem: “Somente o homem considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (*homo noumenon*) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade”. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 208.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, op. cit., p. 200.

autonomia propriamente dita, na medida em que muitos defendem a legitimidade da limitação desta, contra a vontade individual, para fins de se evitar situações de indignidade⁷⁸.

Apesar de ser uma discussão bastante rica, a relação da liberdade de expressão com a autonomia pode ser vislumbrada a cerca de questões sobre o paternalismo ou perfeccionismo estatal. Ambos se referem a limitações sobre a liberdade individual sob a justificativa de tutelar em alguma medida os interesses do indivíduo que tem a sua esfera jurídica limitada. No conceito de paternalismo estão inseridas aquelas restrições com o escopo de proteção individual em face de danos externos. Já no perfeccionismo estão compreendidas restrições orientadas para fins de alguma concepção de virtude ou vida boa⁷⁹. É evidente que qualquer sociedade delimitada pelo Direito não pode assegurar aos indivíduos a liberdade ou autonomia plena ou absoluta. Inclusive alguns dos embaraços legítimos que existem nas sociedades em prol da restrição da autonomia serão revestidos de nítido caráter paternalista, na medida em que buscam evitar quadros de violação da dignidade humana.

Com efeito, uma das dimensões dos fundamentos de cunho constitutivo da liberdade de expressão, segundo Dworkin, justamente se embasaria na vedação de tendências paternalistas⁸⁰. A responsabilidade moral que é atribuída a cada indivíduo também implica em considerar que a eles deve ser assegurado o direito de desenvolverem e formarem livremente as suas respectivas consciências sobre o que é bom ou mau na política, ou que seria verdade ou mentira em termos de fé ou justiça, por exemplo. Nesse sentido, não seria legítimo que o Estado tratasse os indivíduos como crianças ou incapazes, ao restringir certas opiniões ou expressões sob o argumento de que elas não seriam adequadas ou porque supostamente sabe melhor do que eles o que lhes traria mais vantagens ou benefícios.

No direito norte-americano outros autores classicamente embasam a liberdade de expressão em termos de autonomia, como é o caso de C. Edwin Baker⁸¹. Primeiramente, o autor fala que a liberdade de expressão não seria como as demais liberdades, uma vez que revela a pessoa como um “lócus de ideias”. Ou seja, seria através da liberdade de expressão

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 136. Segundo o autor, isso implicaria na existência de duas leituras da dignidade da pessoa humana, uma como autonomia e outra como heteronomia.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 67-68.

⁸⁰ Nesse sentido, merece transcrição de um dos trechos mais citados de Ronald Dworkin: “*Government insults its citizens, and denies their moral responsibility, when it decrees that they cannot be trusted to hear opinions that might persuade them to dangerous or offensive convictions*”. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*, op. cit., p. 200.

⁸¹ BAKER, C. Edwin. *Autonomy and free speech*, In: *Constitutional Commentary*, vol. 27:251, 2011, p. 251.

que os indivíduos poderiam auto revelar as suas respectivas concepções e pontos de vistas para o mundo⁸². Isso se conectaria com a autonomia individual de uma forma interativa – ao menos em uma acepção formal⁸³ – uma vez que permite não apenas ao indivíduo mostrar ao mundo de maneira desembaraçada quem ele é, mas também interagir com os demais indivíduos que se “auto revelam”, o que destaque-se, é aspecto fundamental para o desenvolvimento da personalidade humana⁸⁴.

Nesse sentido, traça como imperativo da autonomia que as maiorias eventuais não tenham direito de dispor sobre o discurso individual, seja de natureza política ou não. Assim, pautando-se primeiramente na assertiva de que a legitimidade estatal seria fundada no respeito tanto pela igualdade quanto pela autonomia individual, aduz que esta somente seria assegurada na medida em que o Estado garanta o direito dos indivíduos expressarem os seus valores, independente de seu conteúdo, do eventual dano que possa ser causado sobre outros indivíduos⁸⁵ ou de qualquer argumento de que possam tornar a concretização de objetivos governamentais mais difícil⁸⁶.

Em terceiro lugar, a dignidade da pessoa humana também possui como uma de suas dimensões a garantia ao mínimo existencial⁸⁷. Em síntese, esta abrangeria as condições materiais mínimas que devem ser asseguradas aos indivíduos para que estes possam viver de forma digna. Em grande medida, é certo que as condições mínimas de vida digna são asseguradas através da garantia e da efetivação de direitos sociais, como educação, moradia, saúde, alimentação, etc.

⁸² WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p. 161-162.

⁸³ BAKER, C. Edwin. *Autonomy and free speech*, op. cit., p. 254. Cf. o seguinte trecho: “*In the formal conception, autonomy consists of a person’s authority (or right) to make decisions about herself—her own meaningful actions and usually her use of her resources—as long as her actions do not block others’ similar authority or rights. This formal autonomy in relation to one’s self does not include any right to exercise power over others. It does, however, encompass self-expressive rights that include, for example, a right to seek to persuade or unite or associate with others—or to offend, expose, condemn, or disassociate with them. This formal conception might seem relatively easy to apply in relation to speech though clarification is useful even there*”.

⁸⁴ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*., op. cit., p. 162.

⁸⁵ É de se destacar que segundo o autor, o respeito à autonomia individual traz potencialmente o risco de interferência sobre a autonomia de outros indivíduos. Assim, entende que o dano em algumas situações tenderia a ser inevitável, ocasião na qual afirma que o discurso que deveria ser proibido é aquele que interfira na igual autonomia formal dos demais indivíduos. Sobre esse ponto de vista v.: BAKER, C. Edwin. *Autonomy and free speech*, op. cit., p. 254.

⁸⁶ BAKER, C. Edwin. *Hate Speech*. In: *Faculty Scholarship*. 198, 2008, p. 4. Nesse sentido, Baker aduz que: “*The state cannot coherently ask a person to obey its laws unless it treats the person of capable of making choices for herself, for example, the choice to obey the law. [...] A person is not treated as formally autonomous if the law denies her the right to use her own expression to embody her views. As used here, formal autonomy has an activity or choice, not a result or resource-oriented focus*”.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 190-194.

À primeira vista pode parecer que o presente atributo pouco se vincula para fins de fundamentação da tutela da liberdade de expressão, mas apenas à proteção aos mencionados direitos fundamentais de Segunda Geração. No entanto, há quem entenda que haveria uma relação direta e de mão dupla entre a liberdade em sentido amplo e as condições materiais mínimas⁸⁸. Em primeiro lugar, estas poderiam ser entendidas como pressupostos lógicos daquelas. Por outro lado, alguns estudos apontam que quanto mais são tuteladas as liberdades clássicas, maior proteção a direitos tipicamente sociais são assegurados.

Nesse sentido, cite-se como exemplo os estudos de Amartya Sen, que ao afirmar que o desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades substantivas – não apenas as econômicas – realça as conexões de mútuo reforço entre as liberdades de diversas espécies. Apesar de tomar as liberdades como instrumentais para o desenvolvimento defende que a sua concepção é focada na agência e nas capacidades individuais. Assim, toma como relevantes as conexões e interdependências da liberdade de expressão e de dissenso com alguns direitos sociais e econômicos⁸⁹ que, destaque-se, podem ser inseridos dentro das condições sociais mínimas que devem ser asseguradas aos indivíduos.

Por fim, a quarta dimensão da dignidade da pessoa humana – o reconhecimento – se fundamenta no fato de que o indivíduo se situa não em um contexto abstrato ou desenraizado, mas, concretamente, em uma ordem comunitária – em relação com outros indivíduos – cultural ou relacional⁹⁰. Isso implica considerar que os seres humanos não são átomos isolados e desvinculados da realidade sociocultural em que se situam. Diante disso, é de se destacar que somente a partir desse viés relacional que o indivíduo pode ser de fato ele mesmo e desenvolver os seus atributos existenciais⁹¹.

A agenda do reconhecimento vai estar vinculada em grande medida às desigualdades entre as compreensões e manifestações identitárias e culturais. Ao mesmo tempo em que coloca a questão da sensibilidade e empatia ao ponto de vista do outro, também visa a descortinar relações de poder opressoras sobre grupos e indivíduos. Aqui a importância da liberdade de expressão com igual respeito e consideração sobre todas as cosmovisões é quase que intuitiva. Somente se pode falar em um ambiente tolerante e receptivo à diversidade – e,

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 195-202.

⁸⁹ SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000, p. 3-13.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 241.

⁹¹ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world*, op. cit., p. 74.

portanto, onde cada grupo e indivíduo possam ser dignamente reconhecidos – na medida em que garanta-se a liberdade de expressão da forma mais plural possível⁹².

É importante destacar que muito embora os dois últimos princípios – mínimo existencial e reconhecimento – também se vinculem a aspectos constitutivos da dignidade da pessoa humana, há certa zona de penumbra se a garantia da liberdade de expressão nessas situações estaria mais próxima de um viés de caráter instrumental para garantir, respectivamente, os demais direitos fundamentais ou o pluralismo. Tendo em vista a dificuldade prática pode-se dizer de forma genérica que a liberdade de expressão nessas hipóteses seria tanto uma garantia instrumental quanto constitutiva.

Portanto, a partir das considerações sobre os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana deveria ser atribuído o mesmo peso e valor sobre todas as opiniões, manifestações e cosmovisões de mundo. Por uma questão de igualdade formal todos têm o direito de se expressar, sem medo, coação ou influências paternalistas. Mais do que isso, uma grande vantagem do fundamento de cunho substantivo é conceber como relevantes e essenciais não apenas as ideias que possam ser instrumentalizadas para acrescentar ao debate democrático ou aos avanços científicos e debates culturais. Na verdade, a ideia é que qualquer manifestação humana, a princípio, mereceria guarida do ordenamento constitucional, sejam elas de natureza artística, empresarial, científica, política, filosófica, religiosa ou puramente pessoais.

Apesar das vantagens, o fundamento de cunho substantivo também não é isento de críticas. Uma delas é que conceber todo discurso como juridicamente inserido na liberdade de expressão pode implicar na incapacidade de se determinar a real abrangência que deve ser dada à liberdade de expressão⁹³. Ou seja, haveria a dificuldade de se determinar até que ponto realmente determinados conteúdos são essenciais para a dignidade da pessoa humana. Além do mais, através de argumentos em prol da dignidade da pessoa humana poder-se-ia fundamentar a proteção de qualquer conteúdo. Como será abordado nos tópicos subsequentes, o presente trabalho não considera essa assertiva correta. Em algumas hipóteses será legítimo

⁹² Além do mais, deve-se destacar que além de a valorização da identidade cultural propiciar um espaço de enriquecimento do “livre mercado de ideias”, a liberdade de expressão também deve permitir que as culturas particulares possam estar submetidas permanentemente a críticas, especialmente por parte de seus membros. Ou seja, dessa forma a liberdade de expressão permite a própria modificação das culturas e concepções, uma vez que estas não podem ser percebidas de maneira estática. SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia, op. cit., p. 247.

⁹³ NETO, João Costa. Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional., op. cit., p. 51.

que o Estado delineie conteúdos vedados, ainda que o emissor defenda se tratar de repercussão inerente à sua personalidade.

1.3. Há algum papel para o Estado? As Teorias Libertária e Democrática da liberdade de expressão.

O rico debate sobre o sentido e fundamento da liberdade de expressão para os ordenamentos jurídicos pode inicialmente ser relevante para saber o papel que o Estado pode desempenhar perante este direito fundamental. Assim, o presente tópico busca analisar objetivamente duas teorias antagônicas no direito norte-americano: a teoria libertária e a teoria democrática. O objetivo é apresentar os argumentos de ambas as correntes para embasar posicionamentos que serão assumidos ao longo deste trabalho.

Nos contexto norte-americano é comum partir-se da premissa que a 1ª Emenda e a proteção à liberdade de expressão seria quase como que um mantra ou um símbolo distintivo daquela sociedade em contraposição, por exemplo, aos países da Europa continental, onde a ponderação com outros direitos constitucionalmente relevantes seria uma realidade mais visível e recorrente. No entanto, alguns afirmam que a evidência empírica da jurisprudência norte-americana e da jurisprudência europeia não denotaria uma proteção absoluta no primeiro e uma tutela limitada no segundo sobre as liberdades comunicativas⁹⁴. Na verdade, muitas das limitações plenamente admitidas sobre a liberdade de expressão aproximariam os dois sistemas em termos de balanceamento de direitos.

Apesar disso, pelos debates da doutrina e da jurisprudência norte-americana, pode-se destacar, inicialmente, uma posição tradicional da liberdade de expressão, que seria estampada na teoria libertária. Segundo esta teoria, a liberdade de expressão não deve sofrer interferências estatais em seu conteúdo, visto tratar-se de tradição essencialmente contrária ao silenciamento e ideologicamente vinculada à concepção de Governo limitado⁹⁵. Nesse sentido, aos indivíduos deve ser assegurado o livre direito de manifestação, sem qualquer interferência estatal, de modo que as diversas opiniões possam fluir e se chocar livremente no “livre mercado de ideias”. Parte-se da premissa, mencionada anteriormente, de que o “mercado de ideias” deve funcionar de forma espontânea, uma vez que qualquer intervenção

⁹⁴ BAKER, C. Edwin. *Hate Speech*, op. cit., p. 3.

⁹⁵ FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social. – 1ª reimpressão; Ciudad de Mexico: Distribuciones Fontamara, 2004*, p. 21.

pode levar a resultados indesejados e não previstos. A prevalência na prática jurisprudencial e doutrinária se vincularia em grande medida aos traços gerais da cultura norte-americana⁹⁶, como as influências do liberalismo econômico, o individualismo do *self made man* e a desconfiança exacerbada para com o Estado.

Conforme expõe Robert Post, a teoria libertária focaliza na autonomia, não necessariamente desvinculada de preocupações democráticas ou com o autogoverno⁹⁷, mesmo porque seria um pré-requisito do autogoverno a preservação da liberdade e da autonomia individual. Além disso, parte-se de uma dicotomia quase rígida entre as esferas públicas e privadas. Por fim, pode-se dizer que uma grande preocupação da teoria libertária é que regular a liberdade de expressão não seria como regular os demais setores econômicos, haja vista que seria capaz de distorcer o próprio processo de autodeterminação coletiva que legitimaria tais regulações. Ademais, não são menos irrelevantes as desconfianças desta teoria a respeito da neutralidade estatal na regulação dos debates, em razão da forte tendência de o Estado restringir opiniões que seriam a ele desfavoráveis. Sendo assim, é certo que a doutrina libertária centraliza a sua prioridade na posição do emissor da mensagem⁹⁸.

Por outro lado, a teoria democrática⁹⁹ parte do pressuposto de que o Estado não seria essencialmente um inimigo da liberdade de expressão. Essa corrente considera a liberdade a partir da perspectiva do autogoverno – isto é, o enfoque suscitado se abstrai da mera perspectiva do emissor, abarcando também preocupações com os receptores das mensagens. Por exigências de igualdade e pluralismo a regulação e a intervenção estatal seriam imperativas para que houvesse a efetiva garantia de que todos os pontos de vista tenham a devida guarida no espaço público¹⁰⁰.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007, p. 11.

⁹⁷ POST, Robert C. *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*. Faculty Scholarship Series. Paper 203, 1993, p. 1123.

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008., p. 247.

⁹⁹ Interessante destacar que Daniel Sarmiento utiliza a expressão “ativista” ao invés de “democrática”, uma vez que os defensores da teoria libertária não são propriamente contrários à função democrática da liberdade de expressão. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado., op. cit., p. 5.

¹⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil., op. cit., p. 248.

Um grande defensor dessa teoria é Owen Fiss¹⁰¹. De acordo com o professor da faculdade de Yale o “livre mercado de ideias” não seria desvinculado das relações assimétricas de poder, que são verificadas nas estruturas sociais reais. Ao contrário, é certo que os poderes sociais são distribuídos de forma desigual pela sociedade e a proteção da autonomia individual somente se prestaria a tutelar a posição dos mais poderosos¹⁰². Em segundo lugar, considera que a liberdade de expressão também é exercida em um cenário de escassez, seja por limitações de tempo ou espaço ou ainda por questões cognitivas. Com isso, nem sempre será possível que todas as visões ou opiniões sejam expostas no debate público. Por esta razão, é certo aduzir que as oportunidades de fala são naturalmente limitadas¹⁰³. Em terceiro lugar, o autor aduz que a dicotomia “público e privado” não deveria ser tão fechada quanto a proposta pela teoria libertária, tomando como exemplo a função exercida por empresas de comunicação social¹⁰⁴. A partir desses pressupostos, o autor defende que o Estado possa exercer uma função promocional sobre a liberdade de expressão – tornando o debate mais rico e robusto – atuando assim como um garantidor e não como seu algoz¹⁰⁵.

Já na jurisprudência norte-americana pode-se afirmar que a teoria libertária da liberdade de expressão é dominante, com a exceção de um período em que a Suprema Corte foi deferente à denominada *fairness doctrine* desenvolvida pela *Federal Communications Commission* (FCC). Sob pena de ser sintético em demasia, tal doutrina foi o marco regulatório desenvolvido e aplicado pela agência estatal norte-americana reguladora das comunicações. O seu objetivo central era tornar o debate público veiculado por meio de emissoras de rádio e televisão mais equitativo, permitindo uma ampla cobertura de temas de interesse público, com a oportunidade de exposição de diferentes versões e com a garantia de um amplo e considerável direito de resposta.

Segundo Gustavo Binbenojm ambas as teorias trazem perplexidades e não são isentas de críticas¹⁰⁶. Além disso, mesmo a busca por um ponto arquimediano entre elas poderia soar como utópico. Por um lado, pender para o lado da teoria libertária pode significar a

¹⁰¹ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública; tradução e prefácio de Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.; FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social.*, op. cit.

¹⁰² FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social.*, op. cit., p. 27.

¹⁰³ FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social.*, op. cit., p. 26.

¹⁰⁴ FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social.*, op. cit., p. 29.

¹⁰⁵ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública, op. cit., p. 102.

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil., op. cit., p. 248.

manutenção de um *status quo* desigualitário, injusto e opressor, sob a justificativa de tutela da autonomia individual. Por outro lado, pode ser uma grande ingenuidade crer que os agentes estatais reguladores da liberdade de expressão também não estejam na estrutura social e, por isso mesmo, atuem apenas de forma neutra. Talvez a escolha por um ou outro modelo dependa mesmo da estrutura legal, social e filosófica que se alicerce determinada sociedade, não havendo, portanto, resposta definitivamente certa ou errada.

Destarte, essa exposição não tem como fito justificar determinada posição com base nos caminhos trilhados por outros ordenamentos jurídicos. Na verdade, se presta apenas a ilustrar argumentos que podem ser suscitados em prol de uma ou de outra agenda. No entanto, deve-se considerar que o papel do Estado deve necessariamente passar pela boa compreensão do significado da liberdade de expressão, tendo como parâmetro o ordenamento constitucional em que esta liberdade fundamental está inserida¹⁰⁷. Obviamente que a discussão sobre o tema no Brasil não podem incorrer da mesma forma que nos EUA ou na Alemanha.

Como bem aponta Daniel Sarmiento, de acordo com o quadro normativo da Constituição Federal de 1988 é possível argumentar em prol da atuação promocional do Estado sobre a liberdade de expressão. Para tanto, o autor relaciona os dispositivos de tutela da liberdade de expressão na sistemática geral de tutela dos direitos fundamentais, que muitas vezes vai demandar atuações positivas do Estado e não apenas posturas libertárias de abstenção¹⁰⁸. Além do mais, se vale dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição da República, especialmente aqueles que se orientam no sentido de construção de uma realidade socialmente mais justa e igualitária, que devem guiar a interpretação dos demais preceitos constitucionais, inclusive aqueles atinentes à liberdade de expressão¹⁰⁹. O autor aponta ainda diversos outros argumentos que poderiam ser instrumentalizados em favor da atuação promocional do Estado sobre a liberdade de expressão, especialmente dos meios de comunicação social. Apesar de o presente trabalho concordar com os argumentos expostos, para os fins do presente capítulo os dois fundamentos apontados – atuação estatal positiva em prol dos direitos fundamentais e objetivo de construção de uma sociedade mais justa e igualitária – são mais do que suficientes para demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro não concebe a liberdade de expressão de forma meramente libertária e, portanto,

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil., op. cit., p. 246.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado., op. cit., p. 30.

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado., op. cit., p. 30.

restrições na autonomia individual são a princípio toleradas, conforme restará claro no próximo tópico.

1.4. Os contornos da liberdade de expressão.

Para que se possa avançar em direção ao objeto central deste estudo, é fundamental que antes sejam delineados os contornos da liberdade de expressão em sentido amplo¹¹⁰. A princípio, qualquer um que esteja preocupado com esta liberdade básica não deveria se voltar em termos de regulação de conteúdos, apenas aquelas que se constituíssem de base neutra¹¹¹. Isso porque definir a diferença entre discursos valiosos e não valiosos ou considerar que apenas certas expressões gozam de especial tutela, além de muito perigoso, seria contrariar os valores de um Estado pluralista e democrático¹¹². No entanto, talvez em nenhum lugar do mundo não haja qualquer conteúdo de expressão ou manifestação que não passe por um crivo social mais rigoroso e, conseqüentemente, acabe sendo vedado ou restringido. Dessa forma, serão enumerados com apoio da doutrina norte-americana, inicialmente, alguns exemplos de discursos não protegidos ou menos protegidos em razão de seu conteúdo. Subseqüentemente será analisada de uma forma ampla e sem pretensão de exaustão da matéria, as espécies de liberdade de expressão que podem ser lidas no arcabouço da Constituição Federal de 1988.

1.4.1. O discurso não protegido ou com menor âmbito de proteção.

Conforme adiantado, a regra geral que deve pautar a liberdade de expressão em sentido amplo é a necessidade de um elevado ônus argumentativo necessário à limitação de algum discurso com base em seu conteúdo, antes os perigos envolvidos em uma interferência estatal dessa estirpe. Ao contrário, as restrições de bases neutras e genéricas, em geral, não são vistas com tanta resistência em termos de aceitação. Fala-se, nesse sentido, em restrições com base no tempo, no local ou na intensidade da liberdade de expressão. Por exemplo, são entendidas como perfeitamente legítimas e sem maiores controvérsias leis de cunho

¹¹⁰ Fala-se, assim, em uma liberdade de expressão em sentido amplo ou em liberdade de expressão *lato sensu* para designar o gênero que comportaria diversas espécies de modalidades e formas de expressão, como por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação artística ou a liberdade de expressão política.

¹¹¹ Para uma exposição sobre a questão das restrições de caráter neutro na jurisprudência norte-americana cf.: STONE, Geoffrey R. *Content-neutral restrictions*. In: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, No. 1, pp. 46-118, 1987.

¹¹² KARPEN, Ulrich. *Freedom of Expression as basic right: a german view.*, op. cit., p. 396.

urbanístico que restrinjam a emissão sonora acima de um limite predefinido de decibéis após as 22 horas em nome da tranquilidade e do sossego público, bem como leis de trânsito que proibam a emissão sonora de buzinas próximas a hospitais.

Apesar disso, é amplamente reconhecida a possibilidade de que o conteúdo e o contexto das manifestações sejam aferidos em situações excepcionais¹¹³. No presente tópico à luz da realidade brasileira – mas também com base em restrições de outros ordenamentos jurídicos – pode-se falar que os conteúdos relativos às *fighting words*, ao *hate speech*, a certos tipos de obscenidade e de condutas vedadas pela legislação criminal, como os crimes contra a honra, não estariam no âmbito de proteção da liberdade de expressão. Além disso, fala-se também que outros discursos mereceriam uma menor proteção, como por exemplo, a liberdade de expressão empresarial e por isso mesmo sujeita a maiores limitações jurídicas.

Antes, porém, é preciso deixar claro que muitas limitações à liberdade de expressão encontrariam fundamento direto no princípio do dano, oriundo da teoria de John Stuart Mill. Conforme destacado em tópico antecedente, o referido princípio implicaria na admissibilidade de restrições aos discursos que possam provocar danos a terceiros. É nesse sentido que tipos penais como os atinentes aos delitos de ameaça, injúria, calúnia, difamação, dentre outros podem ser enquadrados. Nesses casos, ocorre autêntica ponderação legislativa das hipóteses em que se verifica um exercício abusivo da liberdade de expressão, ensejando interferência ilegítima ou danos sobre a esfera jurídica de terceiros. No entanto, é preciso deixar claro aqui que também não é necessariamente qualquer dano que será criminalizado, situação na qual a definição da sua ocorrência ou intensidade pode ser objeto de disputas judiciais, tornando necessárias as ponderações judiciais.

Em se tratando das limitações à liberdade de expressão aduzidas acima C. Edwin Baker, por exemplo, entende que tal direito não abarcaria discursos violentos, coercitivos ou manipulativos¹¹⁴. Isso porque essas modalidades de manifestação não tem como fito a comunicação de ideias ou visões de mundo dos seus emissores, mas apenas a tentativa de redução da integridade ou da autoridade de decisão de certos indivíduos¹¹⁵. É ainda relevante

¹¹³ Segundo João Costa Neto, a Suprema Corte Americana já teria reconhecido diversos conteúdos como não protegidos ou dignos de uma menor proteção, como a obscenidade, as *fighting words* ou condutas de cunho criminoso. Ainda de acordo com o autor a primeira referência a discursos não protegidos teria ocorrido no precedente *Chaplinsky vs. New Hampshire*. 315 U.S. 568 (1942). NETO, João Costa. Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional., op. cit., p. 78.

¹¹⁴ BAKER, C. Edwin. *Autonomy and free speech*, op. cit., p. 256.

¹¹⁵ BAKER, C. Edwin. *Autonomy and free speech*, op. cit., p. 256.

destacar que o autor traz uma importante distinção tradicionalmente realizada no contexto norte-americano entre discurso e ação. Ainda que esta não seja uma distinção rígida, a proteção constitucional somente recairia sobre expressões ou manifestações que sejam enquadrados efetivamente como discursos e não como ações¹¹⁶.

Diante disso, cabe discorrer brevemente sobre a doutrina das *fighting words*, objeto de grande disputa doutrinária e judicial nos EUA¹¹⁷. As “*fighting words*” se constituiriam como expressões que em seu conteúdo ou em seus objetivos abrangem a violência, o discurso de cunho belicista ou ainda graves agitações ou perturbações sociais. A restrição a esse tipo de discurso se funda em uma notória ponderação entre a liberdade de expressão e a ordem pública, uma vez que se constituem como potenciais estopins para ação e imediata quebra da paz.

A doutrina foi originariamente concebida na década de 1940, em um contexto de elevado patriotismo e apoios às ações governamentais¹¹⁸. O exacerbado patriotismo foi responsável por criar antipatias ferozes sobre aqueles que pudessem ser enxergados como ameaças à unidade nacional e à ordem social. Nesse cenário, fortes ataques foram dirigidos especificamente aos fiéis da religião Testemunhas de Jeová, em razão de sua recusa de saudação à bandeira dos EUA ou de realizarem juramentos de lealdade. Dois casos de cidadãos que professavam tal religião chegaram à Suprema Corte Norte-Americana por uma suposta quebra da paz. O primeiro, Jesse Cantwell, teve por unanimidade a sua condenação por insultos, em meio a um ato de proselitismo, à religião Católica revertida. Apesar de no caso não ter havido a condenação do particular, a Suprema Corte reconheceu a existência de exceções à liberdade de expressão em razão de discursos que poderiam causar imediata ameaça à segurança pública, à paz e à ordem.

Já o segundo, Walter Chaplinsky, foi preso em meio a um protesto que dera causa ao proferir palavras sugerindo que outras religiões eram “farsas ou trapaças”. Além disso, acusou o governo de sua cidade e os agentes policiais que os prenderam de estarem a serviço do fascismo. Por unanimidade a Suprema Corte Americana – que contava com *justices*

¹¹⁶ Nesse sentido, cite-se o clássico voto do *justice* Oliver Wendell Holmes Jr. em *Schenk v. United States*. 249 U.S. 47 (1919), no qual assevera que a liberdade de expressão não abrangeria o direito de se gritar dolosamente e sem motivos “fogo!” em um teatro lotado.

¹¹⁷ HANSON, Jim.; RICHENDRFER, Ross.; SCHISSLER, Matt. *The Fighting Words Doctrine: A History of Balancing Order And Liberty*. In: *Free Speech Yearbook*, 44:1, 119-138, 2009, p. 120

¹¹⁸ HANSON, Jim.; RICHENDRFER, Ross.; SCHISSLER, Matt. *The Fighting Words Doctrine: A History of Balancing Order And Liberty*., op. cit., p. 120.

historicamente comprometidos com a liberdade de expressão, como Hugo Black – confirmou a condenação de Chaplinsky, asseverando que a liberdade de expressão não seria absoluta. Na verdade, haveria palavras, que por suas próprias dicções, causariam dano ou tenderiam a incitar uma imediata quebra da paz¹¹⁹.

Ocorre que a doutrina das *fighting words* sofreu diversas reviravoltas ao longo do século XX¹²⁰ e início do século XXI. Ao que parece o tema é sensivelmente afetado pelos contextos sócio-políticos e pelas composições da Suprema Corte ao longo da história, pendendo ora pró liberdade, ora pró segurança nacional e ordem pública. É dizer, o entendimento da Corte deve ser devidamente contextualizado na história, e, portanto, acaba, reconhecidamente, sendo motivo de insegurança e pouca clareza¹²¹.

No direito brasileiro a Constituição Federal de 1988, ainda que não tenha tido a oportunidade prática de vivenciar a experiência, previu duas análogas ponderações entre a liberdade e a manutenção da ordem pública em favor desta última. Tratam-se dos artigos 136, §1º, I, a e 139, III que preveem, no contexto dos estados de excepcionalidade institucional, respectivamente, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Por meio do Estado de Defesa é apenas lícita a restrição sobre o direito de reunião. Ocorre que o direito de reunião é quase sempre um direito instrumental para o exercício de maneira coletiva da liberdade de expressão. Inclusive no direito norte-americano os casos de ponderação entre ordem e liberdade de expressão envolviam discussões a cerca da liberdade de expressão no exercício do direito de reunião. Por outro lado, a dicção constitucional atinente ao Estado de Sítio é ainda mais clara e direta ao permitir restrições sobre a Liberdade de Imprensa além, é claro, do próprio direito de reunião.

Outras previsões normativas que também parecem buscar de alguma forma a tutela da ordem pública são os tipos penais de incitação ou apologia ao crime, previstos, respectivamente, nos artigos 286 e 287 do Código Penal¹²². Pelo primeiro o agente age

¹¹⁹ HANSON, Jim.; RICHENDRFER, Ross.; SCHISSLER, Matt. *The Fighting Words Doctrine: A History of Balancing Order And Liberty.*, op. cit., p. 121-122.

¹²⁰ Um dos casos mais emblemáticos julgados nesse período pela Suprema Corte Americana foi *Brandenburg vs. Ohio* 395 U.S. 444 (1969), no qual a Corte julgou inconstitucional estatuto criminal do Estado de Ohio que punia em termos amplos a simples defesa da violência. O entendimento se orientou no sentido de que o estado não poderia punir “discursos inflamados”, a não ser que sejam direcionados para o incitamento ou para a produção iminente de ações ilegais e que provavelmente tais ações serão produzidas.

¹²¹ HANSON, Jim.; RICHENDRFER, Ross.; SCHISSLER, Matt. *The Fighting Words Doctrine: A History of Balancing Order And Liberty.*, op. cit., p. 133-135.

¹²² Outra lei que parece se orientar em ponderações a respeito da ordem pública e da liberdade de expressão é a lei 7.170/83, que em seu art. 22 prevê tipos penais atentatórios à segurança nacional, como por exemplo a

buscando estimular que outros indivíduos pratiquem condutas definidas como crime, enquanto que pelo segundo há algo próximo de uma exaltação a fatos criminosos ou a sujeitos que os praticaram. Diante dessa opção legislativa é bem evidente a restrição que recai sobre a liberdade de expressão. A única observação que deve ser feita é que apesar de serem ponderações legislativas legítimas, não podem ter a sua aplicação banalizada ou descuidada sob o risco de silenciarem ou resfriarem discussões públicas e de interesse social, inclusive no que concerne ao grau de justiça sobre determinado tipo penal ou determinado sujeito¹²³.

Portanto, embora não haja necessariamente uma preocupação direta apenas com o tema das *fighting words*, os dispositivos supracitados denotam uma ponderação constitucional ou legal ampla entre a liberdade e a ordem pública ou a paz pública – assim como a referida doutrina – e que se tornam, diante disso, restrições constitucionalmente justificáveis sobre a liberdade de expressão.

Em segundo lugar, merecem destaques as proibições e restrições que podem recair sobre o discurso de ódio (*hate speech*). Tais discursos tendem a ser bastante amplos em seu conteúdo abrangendo desde manifestações de ódio propriamente dito a preconceitos e intolerâncias das mais diversas ordens contra grupos estigmatizados, sejam eles minorias ou majorias em determinado contexto social. Ao contrário das *fighting words* as vedações ao *hate speech* não se preocupam primariamente com a ordem pública, mas com a dignidade individual e com o pluralismo.

O tema já rendeu debates acalorados em diversos ordenamentos jurídicos e talvez mereça um trabalho que lhe dê exclusivo enfoque ante a riqueza de detalhes das diversas posições. Todavia, para os fins do presente tópico uma análise sintética e não exaustiva é suficiente. As objeções à proibição do discurso de ódio igualmente tendem a ser bastante amplas, embora muitos autores tributários dessa posição cheguem a falar dos danos e da repugnância de alguns desses discursos.

propaganda de guerra, que segundo alguns estaria em consonância com compromissos internacionais que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13.1, a e b e 13.5) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 20).

¹²³ Nessa sentido se alinha a jurisprudência do STF, que na ADPF 187 conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 287 do Código Penal para afastar a incidência da norma sobre as chamadas “Marchas da Maconha”, que consistem no exercício do direito de reunião e de manifestação do pensamento com o fito de defender a ideia da legalização das drogas tidas como ilícitas. É dizer, a manifestação no sentido de descriminalização de algum tipo penal não se confunde com a apologia ou incitação à prática desse mesmo tipo penal.

A título de exemplo, pode ser citado o posicionamento de C. Edwin Baker, que como exposto, fundamenta a tutela da liberdade de expressão na autonomia individual. Todavia, a ilegitimidade de proibição do discurso de ódio não seria oriunda de um argumento falacioso de igual autonomia individual, como poderia se esperar. O autor, inclusive, reconhece a repugnância e o dano que o discurso de ódio pode causar para os “indivíduos alvo”. Os seus argumentos se orientam em torno da eficiência da proibição. Em seu ponto de vista, a questão a ser discutida parece ser a do melhor desenho institucional que pode ser imaginado para combater o discurso de ódio¹²⁴.

Nesse sentido, Baker assevera que a proibição ao *hate speech* pode ser mais perigosa do que a sua admissibilidade, especialmente pelas seguintes razões. Inicialmente considera que a forma mais eficiente de combate ao racismo ou à intolerância seria a possibilidade de que essas ideias sejam combatidas e rebatidas publicamente. Ademais, apenas com sua admissibilidade é que se poderia manter viva a exata dimensão de seus malefícios. Ao contrário, uma eventual proibição tenderia a mascarar ou obscurecer o problema. Em segundo lugar, a proibição pode ser entendida como uma espécie de perseguição ou opressão aos intolerantes, o que pode significar um processo de produção de mártires ou de estímulo a reações mais violentas. Em terceiro lugar, a simples proibição aos discursos acaba desviando o foco de ações políticas sobre condições materiais que seriam os meios mais eficazes no combate às causas do discurso de ódio. Por fim, haveria o risco sempre vivo de abuso no uso de leis de *hate speech*, que poderiam ensejar uma ladeira escorregadia na proibição da liberdade de expressão, especialmente dos grupos que supostamente deveriam ser tutelados por essas leis¹²⁵. É certo, porém, que as correntes contrárias à proibição do discurso de ódio não se encerram nessa posição¹²⁶.

Por outro lado, Jeremy Waldron converge com a doutrina minoritária no direito norte-americano no sentido de que o *hate speech* não seria uma forma legítima de liberdade de expressão. Embora a sua obra contenha argumentos bem sofisticados em que procura confrontar os diversos fundamentos doutrinários apontados pela corrente contrária, o presente

¹²⁴ BAKER, C. Edwin. *Hate Speech.*, op. cit., p. 13.

¹²⁵ BAKER, C. Edwin. *Hate Speech.*, op. cit., p. 19-20.

¹²⁶ Nesse sentido, existem autores que fundamentam a sua contrariedade à proibição ao *hate speech* com base na autonomia individual, na legitimidade do ordenamento jurídico ou mesmo em termos democráticos. Para uma exposição dessa última posição v.: POST, Robert C. Racist speech, democracy and the First Amendment. In: GATES JR., Henry Louis. et al. *Speaking of race, speaking of sex: hate speech, civil rights and civil liberties*. New York: New York University Press, 1994. Para uma síntese de outros posicionamentos existentes v.: WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech.*, op. cit.

tópico não possui a mesma pretensão de exaustão do tema, de modo que será exposto apenas um dos argumentos apontados pelo autor. Dessa forma, basta apenas realçar que para Waldron uma das razões pelas quais o *hate speech* não deveria ser tolerado, é porque ele não se coaduna com uma sociedade que pretende ser tida por “bem ordenada”¹²⁷. Isso porque expressões de ódio, preconceito e intolerância, se admitidas no cotidiano social, demonstram que os cidadãos alvos dessas expressões, além de viverem em constante insegurança individual, não são tratados com igual respeito e consideração pelo Estado.

À luz do ordenamento jurídico pátrio parece ser incontroversa a legitimidade de leis ou decisões judiciais que se preocupam em considerar não tuteladas pela liberdade de expressão manifestações carregadas de intolerâncias ou preconceitos variados e que se constituam de fato como *hate speech*. Em primeiro lugar, podem ser citados diversos fundamentos constitucionais que denotam a legitimidade dessa ponderação. Assim, há já nos objetivos fundamentais da República a previsão da redução das desigualdades e marginalidades sociais (art. 3º, III) e repúdio às diversas formas de preconceito e discriminação (art. 3, IV) e, nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil deve se pautar pelo combate ao racismo (art. 4º, VIII). No catálogo dos direitos fundamentais, além das previsões em prol da igualdade, que não se basta apenas em seu aspecto formal, há a previsão de repúdio às discriminações de gênero (art. 5º, I) e a de que a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII). Por fim, diversos outros dispositivos constitucionais denotam um compromisso da sociedade brasileira com o pluralismo e, portanto, pugnam por uma convivência harmônica entre diversas cosmovisões de mundo, podendo fundamentar ações contra o discurso de ódio contra grupos específicos, tais como: os direitos culturais (art. 215, caput, e 216-A, §1º, I), os direitos dos povos indígenas (art. 231), a proteção do idoso (art. 230, caput), a liberdade religiosa (art. 5º, VI), a proteção da pessoa com deficiência (Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com Deficiência, promulgada de acordo com o rito do art. 5º, §3º da CF), dentre outros¹²⁸.

Para além da Constituição Federal a vedação às diversas formas de *hate speech* pode ser embasada em alguns compromissos internacionais assinados pelo Brasil, especialmente o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), internalizado pelo direito brasileiro em 1969. Na legislação infraconstitucional devem ser

¹²⁷ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech.*, *op. cit.*, p.65-69.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 4, 2006., p. 45-48.

realçadas a Lei 7.716/89, que prevê crimes “*resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*” e a Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial)¹²⁹. Por fim, é notória a atuação também das Cortes brasileiras nesse tema. O grande precedente em matéria de discurso de ódio é o caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2003¹³⁰. Portanto, é mais do que evidente a posição do ordenamento jurídico pátrio em não ser leniente com o discurso de ódio.

Apesar disso, não se pode simplesmente desqualificar alguns dos argumentos de quem questiona a proibição ou mesmo a eficiência do discurso de ódio. A banalização do *hate speech* tende a possuir efeitos negativos, especialmente o silenciamento ou resfriamento das discussões públicas, em razão da perda de espontaneidade das manifestações pelo medo de punições¹³¹. É nesse sentido que Daniel Sarmiento fala em um “caminho do meio” para a proibição do *hate speech*¹³². Tal caminho seria pautado pela técnica da ponderação, pelo princípio da proporcionalidade e por *standards* ponderativos para a solução dos conflitos concretos. Ou seja, um exame *in concreto* do contexto e do conteúdo das expressões.

Em terceiro lugar, existem fortes controvérsias em outros ordenamentos jurídicos a respeito da proteção de discursos caracterizados pela obscenidade ou pela pornografia. Preliminarmente, pode-se enxergar com desconfiança a vedação a tais discursos, uma vez que poderiam ser entendidas como tentativas de imposição de um perfeccionismo estatal ou de moralismos, especialmente a partir de dogmas de alguma religião ou ideologia dominante. Obviamente que vedações dessa categoria não poderiam ser legitimamente aceitas pela Constituição Federal de 1988.

Sob outra perspectiva, a pornografia tende a ser bastante questionada e repudiada por segmentos de teorias feministas. De acordo com algumas autoras feministas a pornografia não teria qualquer valor como discurso sendo apenas material para atingir o fim da excitação sexual masculina. Mais do que isso, seria a representação clara das relações de dominação e

¹²⁹ Nesse sentido, o artigo 1º da referida lei dispõe que o Estatuto é “destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”.

¹³⁰ HC 82.424, Rel. p o Acórdão Min. Maurício Corrêa, Dje 13.03.2004. Em síntese, trata-se do precedente em que editor de livros de caráter antissemita, que negavam a ocorrência do holocausto, fora condenado nas instâncias inferiores, pela prática de racismo. O paciente ingressou com Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal para que, principalmente, não fosse a conduta enquadrada como racismo, crime imprescritível. O entendimento majoritário da Corte se orientou por denegar a ordem, entendendo que ilações antissemitas estariam abrangidas pelo conceito constitucional de racismo, que se pautaria segundo uma lógica cultural, e obviamente, este seria um limite claro à liberdade de expressão.

¹³¹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech., op. cit., p. 53.

¹³² SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech., op. cit., p. 53.

assimetria entre os gêneros, sobretudo do masculino sobre o feminino. Consequentemente, serviria como meio eficaz para a reprodução da cultura machista que enxerga a mulher meramente como um objeto sexual. Ademais, para esse segmento doutrinário a ampla difusão de materiais de cunho pornográfico estaria diretamente relacionada com muitos casos de estupro¹³³. Portanto, a partir dessas considerações não se poderia ignorar que em alguma medida a pornografia potencialmente silencia ou intimida as mulheres.

Já em torno da obscenidade as discussões talvez acabem de fato sendo carregadas para moralismos ou posições de grupos religiosos. Nos EUA a definição de obscenidade foi estabelecida primeiramente no precedente *Miller vs. California*¹³⁴, a qual, segundo Owen Fiss “*exige que a acusação prove que o trabalho proibido, no seu todo apele para um lascivo interesse em sexo, descreva condutas sexuais de uma forma patentemente ofensiva e seja desprovido de sério valor artístico, científico ou literário*”¹³⁵. Apesar de se afirmar que sair vitorioso em uma ação de obscenidade nos EUA seja bem difícil, uma vez que os critérios seriam estabelecidos justamente em favor da liberdade de expressão¹³⁶, percebe-se que a adoção de tais *standards* acaba sendo muito perigosa, colocando diversas manifestações artísticas em risco.

No final da década de 1980, nos EUA, uma decisão do Fundo Nacional de Artes (NEA) de financiar uma exposição de obras do fotógrafo declaradamente homossexual Robert Mapplethorpe gerou imensa discussão¹³⁷. Setores conservadores da sociedade, representados pelo senador Jesse Helms, atacaram algumas obras que continham nudez e/ou representações de práticas homossexuais. Em face dos diversos protestos, a mostra com a exposição foi cancelada. Ocorre que os ataques do senador não cessaram ali, tendo logrado êxito em aprovar a chamada “emenda Helms ao orçamento da NEA” para impedir o financiamento de

¹³³ Os argumentos das teorias feministas tendem a ser bastante ricos em detalhes e dados empíricos, que não podem aqui ser reproduzidos em sua integralidade em razão dos objetivos do presente trabalho. No entanto, cite-se que outro argumento comumente utilizado seria o da opressão e da violência que recaem sobre as atrizes da indústria pornográfica. MACKINNON, Catharine A. *Sexuality, pornography and method: pleasure under the Patriarchy*. In: SUNSTEIN, Cass R. *Feminism & political theory*. Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 219-222.

¹³⁴ 413 U.S. 15 (1973).

¹³⁵ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública, op. cit., p. 71-72.

¹³⁶ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. In: *Publishing Research Quarterly / Winter 1995/96*, p. 59.

¹³⁷ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública; op. cit., p. 67-98.

artes consideradas obscenas em termos amplos¹³⁸. Com a expiração dessa emenda foi aprovada uma lei de conteúdo semelhante em 1990, que vige até a presente data. Tal lei, além de atribuir maiores responsabilidades ao presidente da NEA na eleição de obras a serem financiadas, estabelece a não obscenidade como uma condição de elegibilidade das obras artísticas.

No mesmo sentido, existem exemplos concretos em outros ordenamentos jurídicos que geraram polêmicas e talvez se encaixem em uma zona fronteira tais quais a exibição “*Shunga: sexo e prazer na arte Japonesa*”, organizada pelo museu britânico em 2013, que expunha diversas obras de relações sexuais¹³⁹ ou a mostra “*Queer Museu*” organizada pelo Banco Santander e, posteriormente cancelada em razão de contundentes manifestações de grupos conservadores¹⁴⁰. Outros casos concretos, no entanto, despertam menos controvérsias pela própria natureza do conteúdo veiculado. Cite-se, como exemplo, a exibição finlandesa “*Virgin-Whore Church*”, que expunha centenas de fotografias de pornografia infantil com o objetivo de provocar a discussão do quão fácil era ter acesso a tais conteúdos¹⁴¹. Nesse último caso a Corte Europeia de Direitos Humanos declarou que se tratava de fato de uma forma de liberdade de expressão, mas que, a partir do momento em que fora utilizado material pornográfico com crianças, a ação da polícia finlandesa de fechar a exibição teria sido legítima e proporcional¹⁴².

Assim, apesar de a definição do que é obsceno ou a proibição de conteúdos pornográficos envolver uma grande dificuldade concreta, pode-se afirmar que alguns desses conteúdos, ainda assim, não podem ser tutelados como espécies legítimas de liberdade de expressão, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente a divulgação ou publicação de materiais contendo pornografia infantil é expressamente e legitimamente vedada pelos artigos 214-A, 241-C, Parágrafo Único e 241-E do Estatuto da Criança e do

¹³⁸ Como mencionado, a definição de obscenidade foi estabelecida primeiramente no precedente *Miller vs. California*, que “exige que a acusação prove que o trabalho proibido, no seu todo apele para um lascivo interesse em sexo, descreva conduta sexuais de uma forma patentemente ofensiva e seja desprovido de sério valor artístico, científico ou literário”. FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública., op. cit., p. 71-72. A emenda *Helms* procurou estabelecer um alcance mais amplo para a obscenidade do que tal parâmetro.

¹³⁹ Veja o debate sobre a exposição em: <http://freespeechdebate.com/en/discuss/does-a-british-museum-exhibition-turn-porn-into-art/>. Acesso em 14.12.2017.

¹⁴⁰ Sobre o tema cf. LEBA, Thalles Furtado; PEREIRA, Felipe Barboza. A liberdade de expressão e o complexo mercado de ideias: notas sobre o caso *queer* museu. In: JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza et al (org.). *Perspectivas de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

¹⁴¹ GARTON ASH, Timothy. *Free Speech: ten principles for a connected world.*, op. cit., p. 247.

¹⁴² Veja o debate sobre a exposição em: <http://freespeechdebate.com/en/discuss/child-pornography-and-freedom-of-expression/>. Acesso em 14.12.2017.

Adolescente e também do artigo 34, “c” da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, internalizada por meio do decreto 99.710/1990. Aqui a ponderação de interesses vai pender para o maior valor que merece a tutela de crianças e adolescentes, nos termos do artigo 227, *caput* e §4º da CF¹⁴³.

Em segundo lugar, a divulgação de materiais da categoria conhecida como *revenge porn*¹⁴⁴ também deve ser rechaçada. A pornografia por vingança normalmente se constitui com a divulgação de imagens íntimas ou de cunho sexual sem o consentimento das vítimas, normalmente mulheres, por motivações banais como o rompimento de um relacionamento. Para além de uma mera violação do direito à imagem, ocorre clara ofensa à dignidade pessoal das vítimas, haja vista que o intuito do compartilhamento das imagens é meramente de constranger e humilhar. Em alguns casos, os transtornos chegam a causar estados profundos de depressão, desmantelamentos de vidas pessoais e profissionais e até mesmo o suicídio. Diante disso, é mais do que evidente que o ordenamento jurídico não pode ser complacente com essa modalidade de pornografia.

Por fim, podem ainda ser citadas outras espécies de conteúdos que não contariam com proteção ou seriam passíveis de amplas restrições pelo ordenamento jurídico¹⁴⁵. Nesse sentido, discursos que violam o núcleo essencial de outros direitos fundamentais, sobretudo aqueles comumente qualificados como direitos da personalidade – honra, imagem e privacidade – também não merecem proteção da liberdade de expressão. Tendo em vista que a colisão entre os referidos direitos e as liberdades comunicativas, sobretudo a liberdade de Imprensa, é um dos objetos centrais do presente trabalho, o tema será melhor desenvolvido a partir do capítulo 3.

Por fim, como mencionado, pode-se ainda falar em discursos com menor âmbito de proteção. Trata-se da liberdade de expressão empresarial ou comercial. Muito embora sejam legítimas as pretensões de tutela sobre interesses patrimoniais, é certo que estes não devem ser alçados ao mesmo patamar axiológico que pretensões de tutela sobre interesses existenciais

¹⁴³ Destaque-se que com base na proteção a crianças e adolescentes estampada no artigo 227 da CF e em outros fundamentos Jane Pereira defende a proporcionalidade da regulação estatal sobre a classificação indicativa e vinculação de horários de programas de TV aberta. Nesse sentido, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. Op. cit., p. 190-192.

¹⁴⁴ CUNHA, Lia Calegari da. Revenge Porn e seus aspectos jurídicos. Artigo disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/revenge-porn-e-seus-aspectos-juridicos-18032017>, acesso em 15.07.2018.

¹⁴⁵ Cite-se, assim, como exemplo: A previsão do artigo 3º, c da Convenção sobre a prevenção e repressão do crime de genocídio, que determina que o incitamento direto e público ao genocídio será punível.

ou que tenham alguma influência sobre o regime democrático. É dizer, a liberdade de expressão comercial, sem dúvidas é tutelada pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, mas deve ser situada em um ponto intermediário entre as expressões não tuteladas e as expressões que gozam de uma posição diferenciada. Prova disso é que a legislação encara com naturalidade as eventuais restrições ou regulações que são impostas a esse tipo de discurso¹⁴⁶.

Diante do exposto, muito embora tais vedações ou restrições sejam legítimas e admissíveis, inclusive pela sistemática da Constituição Federal de 1988, ainda assim devem ser tidas como excepcionais e sujeitas a um sistema de controle judicial mais rigoroso. Isso porque a incerteza do enquadramento de determinada manifestação em concreto leva a um risco real de que vedações ou regulações sobre o conteúdo da liberdade de expressão acabem propiciando um amplo efeito inibidor ou silenciador sobre este direito fundamental.

1.4.2. As espécies da liberdade de expressão em sentido amplo.

Vistos alguns dos discursos que merecem menor ou nenhuma proteção seria muito simplório apenas definir a liberdade de expressão por exclusão. Desta forma, tudo o que não fosse vedado ou restringido pelo ordenamento jurídico, a princípio, estaria em seu núcleo essencial. Mas não se procederá desse modo aqui. Como destacado, neste trabalho o termo liberdade de expressão se refere a sua acepção em um sentido amplo. Ou seja, a liberdade de expressão é gênero que abarca diversas espécies de discursos, cada qual com a suas características e particularidades próprias.

A partir dessa primeira observação decorre a necessidade de caracterização e definição das espécies da liberdade de expressão para que se possa aferir na prática qual conteúdo concreto que estará em jogo em cada caso. Isso porque a liberdade de expressão em grande frequência colide com outros direitos fundamentais ou com a liberdade de expressão de terceiros, do que decorre a necessidade prática de ponderações. A categorização e a particularização de discursos legítimos tem a grande utilidade de facilitar esse processo ponderativo. Nesse particular, os fundamentos de tutela da liberdade de expressão apontados

¹⁴⁶ A Constituição Federal prevê a possibilidade de restrições sobre a propaganda comercial de certos tipos de insumos (art. 220, §4º), o Código de Defesa do Consumidor possui uma sistemática rígida de responsabilização contra a publicidade de caráter enganoso (art. 30 e seguintes), a sistemática de proteção do ECA à criança e ao adolescente autoriza um controle rígido sobre a publicidade infantil, por fim, é de se destacar igualmente a atuação na matéria do CONAR, autêntica entidade autorreguladora de publicidade.

neste capítulo podem ser de grande valia, na medida em que incidirão com maior ou menor intensidade a depender do conteúdo das expressões. Todavia, deve-se reconhecer que a atribuição desses pesos concretos pode ser um processo difícil, imerso em uma zona nebulosa. Desta forma, o presente tópico tem como objetivo elucidar as espécies da liberdade de expressão, sem qualquer pretensão de exaustão de cada uma delas, o que obviamente encontraria limites de tempo e espaço. Além do mais, vale a pena mencionar que as diversas espécies de liberdade de expressão tutelam, com maior ou menor grau, elementos subjetivos e elementos objetivos¹⁴⁷.

Em primeiro lugar, pode ser mencionada a Liberdade de Imprensa, que será objeto de estudo próprio no próximo capítulo. No entanto, é preciso desde logo deixar asseverada a sua vinculação com o livre acesso à informação. É função precípua da Imprensa trazer transparência e *accountability* sobre diversas atividades revestidas de interesse público, sobretudo aquelas realizadas por agentes estatais ou pessoas jurídicas de direito público. Mas essa atividade não se limita à função de transmissão objetiva de informações. A Imprensa também tem papel fundamental de formação da opinião pública, especialmente através de juízos subjetivos, exercidos através do direito de crítica.

Em segundo lugar, pode ser vislumbrada a existência de uma Liberdade de Expressão política ou filosófica. O seu conteúdo e titulares não se limitam aos políticos em campanha ou no exercício do mandato. Em verdade, pode estar associada desde simples manifestações de ideologias até aquelas que reclamam um realinhamento do Estado aos desígnios dos cidadãos. Embora nem todo discurso político seja de caráter democrático, a possibilidade de discussão

¹⁴⁷ Edilson Pereira Farias parece discordar dessa visão, a partir da dicotomia proposta entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação. Para o autor somente a liberdade de expressão envolveria elementos subjetivos, como juízos de valor, opiniões, críticas, etc. Já as liberdades comunicativas estariam relacionadas à divulgação de elementos objetivos, isto é a divulgação de fatos e notícias. A principal consequência é que somente elementos objetivos estariam submetidos ao requisito interno da prova da verdade. Embora a dicotomia pareça interessante sob o ponto de vista de delimitação da responsabilização, na prática a sua adoção parece ser inviável. Isso porque muitas vezes uma mesma expressão – independente da espécie – irá combinar elementos objetivos e subjetivos. O tema será melhor desenvolvido no próximo capítulo. FARIAS, Edilson Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001, p. 70-75. Todavia, é preciso destacar desde já que as questões envolvendo a liberdade de expressão e de Imprensa – e consequentemente o subjetivismo que irá influir em sua aceção – não pode ignorar que a própria linguagem – objeto dessa liberdade fundamental – está inserida, antes de tudo, em debates de caráter filosófico. Isto é, o viés subjetivo advém, sobretudo, do fato de que a linguagem leva em conta aspectos subjetivos de quem se manifesta (intenção), de quem é objeto da manifestação e para quem as expressões se dirigem (compreensão), uma vez que exerce funções tanto existenciais e descritivas de quem se manifesta, mas também funções comunicativas ou intersubjetivas para que se dirige. Cf. MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. – São Paulo: Edições Paulinas, 1980, p. 39-44. No mesmo sentido, reconhecendo essa relação “triangular” no contexto das expressões difamatórias e as complexidades daí decorrentes, v. EPSTEIN, Richard A. *Was New York Times v. Sullivan Wrong?* In: 53 *University of Chicago Law Review*, 782, 1986, p. 785.

entre diversas ideologias tem como vinculação mais evidente o fundamento democracia. É certo que o tema é bastante rico, mas há aqui uma seara essencialmente voltada para as atividades político-partidárias. Basta apenas realçar as previsões constitucionais que preveem imunidades parlamentares para congressistas por seus votos e opiniões e as discussões em torno das propagandas político-partidárias, bem como aquelas sobre os limites do financiamento de campanha eleitoral¹⁴⁸.

Em terceiro lugar, pode-se falar em uma verdadeira liberdade de expressão de consciência ou liberdade de expressão religiosa, nos termos do artigo 5º, VI, que se associa em grande parte com os fundamentos do pluralismo e da dignidade da pessoa humana. Muito embora a liberdade religiosa seja muito mais ampla do que a manifestação de crenças e dogmas – abrangendo, por exemplo, os locais de liturgia – é inegável que a expressão religiosa é uma parcela bem significativa e visível desse direito fundamental. Aqui merecem destaque as já muito enunciadas frases de que Estado Laico não significa Estado Ateu, isto é, o Estado não tem necessariamente que se manter passivo e inerte quando verificada alguma violação sobre determinada crença. É igualmente relevante acentuar que a liberdade de crença também tutela o direito de não ter crença alguma. Uma das principais consequências da liberdade de crença e religiosa é o direito de escusa de consciência, prevista no art. 5º, VIII da CF¹⁴⁹.

Em quarto lugar, pode ser situada a liberdade de manifestação artística, prevista no artigo 5º, IX, e, em grande medida vinculada aos direitos culturais previstos nos artigos 215 a 216-A da Constituição Federal. É preciso aqui enxergar que tal forma de expressão está associada a múltiplos fundamentos de uma só vez, como a dignidade da pessoa humana, o pluralismo e a democracia. Talvez aqui a maior dificuldade seja a de definir o que seja a arte para fins jurídicos¹⁵⁰. Embora o tema seja bastante rico e este não seja o melhor espaço para o seu desenvolvimento, entende-se como pertinentes as reflexões de Dimoulis e Christopoulos

¹⁴⁸ ADIn 4.650, Min. Rel. Luiz Fux. Dje 24.02.2016.

¹⁴⁹ FARIAS, Edilson Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional., op. cit., p. 141. Basicamente, consiste na invocação de crenças filosóficas ou religiosas para se eximir do cumprimento de obrigações legais a princípio dirigidas a todos, como por exemplo, o serviço militar.

¹⁵⁰ DIMOULIS. Dimitri; CHRISTOPOULOS. Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da expressão artística. In: Revista brasileira de estudos constitucionais, v. 10, 2009, p. 52. É interessante notar que os autores apontam cinco critérios comumente realçado pelas doutrinas e jurisprudências para a definição da arte: o critério material, segundo o qual consistiria nos trabalhos criativos que permitem a expressão dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão; o critério formal, que se refere à possibilidade de enquadramento em categorias reconhecidamente existentes, como a pintura ou teatro; o critério do significado, que é aquele que permite várias interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias ou estímulos; o critério do reconhecimento, no qual a arte seria aquela produzida por quem tem conhecimentos na área; e critério subjetivo, que leva em conta a intenção do criador da obra.

que entendem que a liberdade de expressão artística deveria se preocupar em tutelar não obras banais, mas sobretudo aquelas que podem ser tidas como chocantes, perturbadoras, blasfemas ou que potencialmente ofendam terceiros¹⁵¹.

Também prevista no artigo 5º, IX está liberdade de expressão intelectual e científica, que pode inclusive ser remetida aos artigos 205 ao 214 e 218 ao 219-B da Constituição Federal, que preveem, respectivamente, a tutela da educação e da ciência, da tecnologia e da inovação. Como visto, se relaciona à forma de expressão vinculada ao progresso, à busca pela verdade, mas também não está descurada de preocupações para o desenvolvimento da personalidade humana e do bem estar social¹⁵². Aqui a marca característica dessa espécie de expressão deve ser a possibilidade permanente de questionamento a dogmas religiosos e filosóficos ou a “verdades absolutas”.

Por fim, pode-se ainda se falar em uma liberdade de expressão *stricto sensu* ou liberdade de expressão genérica¹⁵³, prevista no artigo 5º, IV, da Constituição Federal como simplesmente manifestação do pensamento. Trata-se de uma espécie residual na qual podem ser tuteladas as diversas formas de expressão que a princípio não se enquadram nas demais categorias e espécies. Assim, por exemplo, uma despretensiosa troca de mensagens ou conversa entre amigos poderia estar no âmbito de proteção dessa espécie de liberdade de expressão.

Com isso, conclui-se o tema dos contornos da liberdade de expressão. Todavia, antes de encerrar este capítulo de cunho introdutório e genérico é preciso ainda apresentar o que significa e quais as justificativas e consequências da chamada posição preferencial da liberdade de expressão, amplamente enunciada na doutrina e em alguma medida também reconhecida pela jurisprudência pátria.

1.5. A posição preferencial da liberdade de expressão.

Muito já foi escrito sobre a existência de uma posição preferencial das liberdades comunicativas aqui e alhures. É certo que, apesar de alguma polêmica quanto ao momento

¹⁵¹ DIMOULIS. Dimitri; CHRISTOPOULOS. Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da expressão artística. In: Revista brasileira de estudos constitucionais, v. 10, 2009, p. 53-54.

¹⁵² FARIAS, Edilson Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional., op. cit., p. 144.

¹⁵³ FARIAS, Edilson Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional., op. cit., p. 137.

exato, a sua origem remonta ao direito e à jurisprudência norte-americana¹⁵⁴. Apesar de alguma controvérsia sobre a sua existência¹⁵⁵, rapidamente essa concepção foi globalizada sendo adotada por diversos Estados nacionais¹⁵⁶, dentre os quais o Brasil.

Comumente a justificativa que paira sobre a teoria se assenta no enfoque multifacetário e, portanto, diferenciado que a liberdade de expressão pretende desempenhar em Estados Democráticos de Direito¹⁵⁷. Todavia, como será demonstrado mais adiante, para ordenamento jurídico brasileiro outras justificativas podem ser apontadas, em reforço, para a adoção da posição preferencial da liberdade de expressão. Ademais, é preciso avançar um

¹⁵⁴ Há quem enxergue a origem remota da posição preferencial da liberdade de expressão em James Madison, um dos “*founding fathers*”. Nesse sentido, v.: CAHN, Edmond, *The Firstness of the First Amendment*. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 65, No. 4, pp. 464-481, 1956. Por outro lado, costuma-se também apontar a nota de rodapé nº 4 do voto do justice Harlan Stone no caso *United States versus Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), onde indicou que o controle de constitucionalidade deveria ser mais rigoroso em se tratando de medida legislativa que tangenciasse as dez primeiras emendas à Constituição Americana, em razão de sua posição preferencial. Apesar disso, alguns ainda entendem que a origem da doutrina da posição preferencial, na Suprema Corte Americana seria oriunda dos votos do Justice Oliver Wendell Holmes Jr nos precedentes *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) e *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), onde entendeu que as limitações às liberdades econômicas estariam sujeita a um escrutínio menos rigoroso que as liberdades de expressão, uma vez que estas demandaria a constatação de um perigo claro e iminente. Nesse sentido, v. PRITCHETT, C. Herman. *Preferred freedoms doctrine*. In: HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B (Edt.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p 769; O primeiro julgado em que a Suprema Corte Americana se valeu efetivamente da posição preferencial foi no caso *Jones versus Opelika*, 316 U.S. 584 (1942). Para um histórico sintético, mas bem explicado do desenvolvimento e do amadurecimento da *preferred position* no direito norte-americano v.: PACELLE JR., Richard F. *Preferred Position Doctrine*. Disponível em: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1008/preferred-position-doctrine>. Acesso em 28.02.2018; SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007; TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e pluralismo na esfera comunicativa: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão*. Tese de doutorado apresentada à faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2010, p. 48-58.

¹⁵⁵ THORNTON, John Edward. *Second-class constitutional rights: deferred rights versus preferred rights*. In: *American Bar Association Journal*, vol. 36, pp. 640-644, 1950. No direito brasileiro um dos autores que parece discordar é Ingo Wolfgang Sarlet. Nesse sentido, v.: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>. Acesso em 28.02.2018. Letícia Martel aponta que os argumentos gerais daqueles que são contrários a uma hierarquização entre direitos fundamentais passam pela indivisibilidade dos direitos fundamentais, uma vez que todos seriam dignos de igual fundamentalidade e importância, além, é claro, de ressalvas a respeito da unidade da Constituição. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana*. In: *Revista Sequência*, n. 48, jul. 2004, p. 92.

¹⁵⁶ Por exemplo, a posição preferencial já teria sido adotada na Colômbia, na Espanha, no México e na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesse sentido, v. OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*, op., cit., p. 88-89; SCHREIBER, Simone. *Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 252-257.

¹⁵⁷ É o caso, por exemplo, de Cláudio Chequer para quem o argumento democrático “materializa uma lembrança de que o ponto de partida, em uma sociedade democrática, é a liberdade de expressão, sendo as restrições a esse direito fundamental apresentadas como meras exceções que demandam uma sólida investigação”. CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de expressão como direito fundamental prima facie*. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 245.

pouco mais e tentar enumerar algumas das possíveis consequências jurídicas advindas do reconhecimento dessa posição preferencial.

1.5.1. Tríplice fundamento da posição preferencial.

Embora já se tenha discorrido sobre os fundamentos que justificam a tutela da liberdade de expressão, é preciso, mesmo que de forma sintética, apontar três razões que, a despeito da importância abstrata deste direito fundamental, desempenham papel relevante para a sua compreensão como um direito preferencial. Apesar de o Min. Roberto Barroso, no julgamento da ADIn 4.815, igualmente ter exposto três fundamentos para a posição preferencial da liberdade de expressão, ousa-se aqui divergir em parte de seus apontamentos¹⁵⁸. A seguir serão propostos e explicados os seguintes fundamentos: razões histórico-sociológicas, razões filosófico-constitucionais e razões normativo-interpretativas.

Em primeiro lugar, é mais do que evidente que as diversas mazelas sociais e culturais pelas quais o Brasil se depara na atualidade tem as suas origens em contextos longevos que se concatenaram ao longo do tempo com diversos outros fatores sociológicos, econômicos e políticos. Nesse aspecto, muito já foi escrito, por exemplo, sobre pactos oligárquicos, coronelismo, patrimonialismo, bacharelismo e oficialismo, dentre outros aspectos que marcaram a formação do Estado brasileiro¹⁵⁹. Mas talvez ao lado de todos esses fenômenos sempre estivesse, em algum grau, o autoritarismo. Por mais que nos períodos mais autoritários todos os direitos e garantias individuais estivessem potencialmente em risco, é sintomático que os atentados mais emblemáticos contra direitos fundamentais tenham tido alguma ligação com a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento¹⁶⁰.

¹⁵⁸ O Ministro aduz que o primeiro fundamento seria por uma questão histórica dos percalços sofridos pela liberdade de expressão no direito brasileiro. A segunda seria de que a liberdade de expressão seria ao mesmo tempo um pressuposto democrático e um pressuposto de garantia dos demais direitos fundamentais e, por isso, ninguém poderia ter o poder de selecionar quais as informações chegam ao debate público. A terceira seria de que a liberdade de expressão – e especialmente na discussão em torno das biografias – teria um peso especial para o conhecimento da história.

¹⁵⁹ Sobre o tema v. FAORO, Raymundo. Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro.; prefácio Gabriel Cohn. – 5. ed. – São Paulo: Globo, 2012.; HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. – 26. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.; LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil, 7ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹⁶⁰ Nesse sentido, Willian Hachten demonstra que a história acidentada da liberdade de expressão não é exclusividade do Brasil ao afirmar que na realidade norte-americana – que não foi marcada pela mesma intensidade de autoritarismo brasileiro – a liberdade de imprensa teria sofrido “uma série de lapsos e derrotas” ao longo do tempo, especialmente a nível local e estadual. HACHTEN, Willian A. *The Troubles of Journalism: a*

Nesse sentido, a cultura autoritária contra a liberdade de expressão e manifestação do pensamento por vezes foi esculpida e consagrada em forma de direito positivo ou constitucional. A título de exemplo a lei poderia censurar espetáculos e diversões, segundo o artigo 113, 9 da Constituição de 1934 , 141, §5º da Constituição de 1946 e 150, §8º da Constituição de 1967, enquanto que a Carta de 1937 autorizava expressamente ,no art. 122, 15, “a”, a instituição de censura prévia por meio de lei. Além do mais, foi durante a Ditadura Militar que vigoraram as Constituições de 1967 e a de 1969, nas quais vivenciou-se de forma plena e desinibida a chaga da censura institucional, a partir da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) e do Decreto Lei 1.077/70.

Desta forma, pode-se afirmar que a liberdade de expressão é gênero de primeira necessidade para um povo que ainda busca o amadurecimento em diversas searas, como a democracia e as condições dignas e igualitárias de vida. Com isso, entende-se que no contexto brasileiro, além de especial valia para a afirmação e consolidação do regime democrático, não pode ser desprezada a sua importância para a concretização da dignidade da pessoa humana, ou para a auto realização individual. Além do que, a posição preferencial da liberdade de expressão, igualmente, contribui para o conhecimento da história, de modo que tentações políticas momentâneas não impliquem na repetição de erros do passado.

Em segundo lugar, a posição preferencial da liberdade de expressão encontra fundamento em razões filosófico-constitucionais. É certo que mais do que uma teoria constitucional a doutrina contemporânea realça igualmente a necessidade de estudos sobre a filosofia constitucional. Enquanto que pela primeira há uma preocupação teórica de cunho descritivo, pela segunda as preocupações são de cunho normativo. Ou seja, é através da filosofia constitucional que são estudados diversas correntes filosóficas que buscam responder à pergunta “como as Constituições devem ser?”¹⁶¹. É dizer, tem-se como relevante a questão da legitimação do direito para além de si mesmo¹⁶².

Nesse contexto, diversas são as teorias que buscam influir na compreensão constitucional. Para fins meramente ilustrativos, vale a pena citar dois desses modelos, muitas

Critical Look at What's Right and Wrong With the Press. Third Edition. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, Inc., Publishers, 2005, p. 32.

¹⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 183.

¹⁶² CYRINO, André Rodrigues. Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. – 2ª edição. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 26.

vezes tidos como antagônicos, o substantivismo e o procedimentalismo, para os quais a liberdade de expressão assume posição de destaque. O substantivismo, associado em grande medida à obra de John Rawls¹⁶³, parte de pressupostos contratualistas e visa a estabelecer princípios de justiça pelo processo deliberativo em uma posição tida como original. Embora a sua teoria de justiça seja muito mais complexa e rica em detalhes, é preciso destacar que ao definir os elementos constitucionais essenciais, a partir de seu primeiro princípio da justiça, as liberdades fundamentais seriam tidas como prioritárias ou dignas de um status especial, onde a liberdade de expressão, obviamente está inserida. A garantia de tais liberdades fundamentais e de um processo político justo permitiria o estabelecimento de princípios de justiça para a formação do Estado, deixando as demais disposições para a deliberação política posterior¹⁶⁴.

Por outro lado, como já destacado neste capítulo, o procedimentalismo se embasa na premissa da inviabilidade de se alcançar, sobretudo em sociedades complexas, um consenso sobre o real significado da justiça. Diante disso, o que deve ser resguardado é o processo deliberativo democrático, garantidos os princípios que assegurem um permanente debate público livre e igualitário, de forma que possam prevalecer os melhores argumentos na esfera pública¹⁶⁵. Nesse sentido, Jurgen Habermas, um dos maiores expoentes desta corrente filosófica, enumera os direitos fundamentais que seriam necessários para a garantia desse processo deliberativo justo e igualitário, dentre os quais, em uma posição de destaque, se encontram aqueles relacionados aos processos comunicativos¹⁶⁶.

¹⁶³ RAWLS, John. Uma teoria da justiça.; nova tradução baseada na edição revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁶⁴ Destaque-se aqui o primeiro princípio da justiça da teoria Rawlsiana, a igual liberdade, possui o seguinte conteúdo: “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”. O autor assevera que os seus princípios da justiça devem ser assegurados em uma ordem léxica. Ou seja, isso significa que o conteúdo da igual liberdade deve ser assegurado de forma anterior ao conteúdo do segundo princípio da justiça. Nesse sentido, RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. Cit., p. 73-79 e 239-272. Ademais, falar em ordem lexical implica em defender a prioridade da liberdade, no seguintes termos: “Ao falar da prioridade da liberdade refiro-me à primazia do princípio da liberdade igual em relação ao segundo princípio da justiça. Os dois princípios estão em ordem lexical, e portanto as exigências de liberdade devem ser atendidas primeiro. Até que isso seja alcançado, nenhum outro princípio entra em jogo”. Idem, p. 302. Para uma análise sintética, porém bem resumida da teoria da justiça Rawlsiana cf. CYRINO, André Rodrigues. Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira, op. cit., p. 29-31.

¹⁶⁵ Para análise de alguns autores procedimentalistas v. HABERMAS, Jurgen, Direito e democracia – entre facticidade e validade. Tradução Flávio Bento Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. Para uma boa introdução aos principais aspectos das correntes procedimentalista v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 219-224.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jurgen, Direito e democracia. Op. cit., p. 159.

Por fim, pode-se ainda falar em razões normativo-interpretativas. Aqui a posição preferencial poderia ser justificada simplesmente através da dogmática constitucional ou de sua correta interpretação¹⁶⁷. De fato, como já destacado a Constituição Federal de 1988 pode parecer redundante na tutela da liberdade de expressão. Essa “redundância” apenas realça, através de uma leitura gramatical ou textual da Constituição, preocupações especiais para com a liberdade de expressão. Além disso, frases como “*independente de censura ou licença*”, “*não sofrerão qualquer restrição*”, “*É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”, previstos respectivamente no art. 5º, IX, 220 caput e §2º da CF, reforçam uma interpretação literal.

Mas não é só. Na interpretação constitucional não se pode simplesmente ignorar a importância dos demais métodos interpretativos, a despeito do maior peso que um deles mereça ter *in concreto*. Nesse sentido, qualquer interpretação histórica, sistemática, teleológica, pragmática ou que considere a Constituição como “uma entidade viva” não poderia chegar a qualquer resultado distinto a cerca da posição preferencial da liberdade de expressão. Em primeiro lugar, porque, por óbvio, uma das intenções originais dos constituintes foi o de romper com o quadro histórico de desvalor da liberdade de expressão. Em segundo lugar, sistematicamente a tutela reforçada à liberdade de expressão implica também na garantia dos demais direitos fundamentais e, portanto, na maior efetividade da Constituição Federal. Em terceiro lugar, deve-se considerar que as nações que tutelam de forma mais reforçada a liberdade de expressão são aquelas que conseguiram lograr os melhores quadros sociais, que também são objetivos de nossa ordem constitucional. Ou seja, a liberdade de expressão, pragmaticamente, não pode ser apartada desses fins. Por fim, não se verifica nenhuma mutação constitucional ao longo da vigência da Carta de 1988 que evidencie mudança de postura do Estado brasileiro para com a liberdade de expressão. Ao revés, nesse período devem ser destacados os precedentes notáveis do Supremo Tribunal Federal na matéria, que conferiram uma interpretação constitucional reforçada e preferencial a este direito fundamental.

¹⁶⁷ No direito norte-americano Frederick Schauer teve a oportunidade de apresentar em conferência o questionamento se a (liberdade de) expressão deveria ser tida como especial. Uma das respostas em sua desconstrução e reconstrução de argumentos clássicos sobre o tema seria de que o que tornaria a liberdade de expressão especial é simplesmente o fato de que a Constituição assim o fala. Ou seja, este seria um argumento de cunho normativo para a posição preferencial. Mas é preciso aduzir que essa forma de justificar a posição preferencial se tida isoladamente seria insuficiente e facilmente questionável. O autor apresenta nesse sentido os principais argumentos que questionam essa tese: o primeiro é de que essa seria uma das interpretações possíveis de um texto vago e impreciso; a segunda seria de que na verdade a Constituição não quer dizer o que ela diz ou parece dizer. SCHAUER, Frederick. “*Must Speech Be Special?*”. *Faculty Publications. Paper 878*, 1983, p. 1298-1299.

1.5.2. O conteúdo da posição preferencial.

Conforme mencionado, foi através da importância reconhecida do direito norte-americano à Primeira Emenda que se passou a defender a posição preferencial da liberdade de expressão (*preferred position*) naquele ordenamento jurídico. A consideração a respeito dessa posição preferencial passa, inexoravelmente, pelo reconhecimento do papel diferenciado que tal liberdade possui para a concretização do regime democrático e dos demais direitos fundamentais, conforme mencionado no tópico dos fundamentos da tutela da liberdade de expressão¹⁶⁸.

Diante disso, atribuir a posição preferencial em determinado contexto implicaria em estabelecer uma hierarquização entre direitos, na qual uns contarão com uma posição cimeira sobre outros¹⁶⁹. Nesse aspecto, falar em uma hierarquização entre disposições constitucionais – especialmente entre direitos fundamentais – poderia trazer, a princípio, algumas perplexidades. A mais forte delas se refere a eventual degradação do princípio da Unidade da Constituição¹⁷⁰. De acordo com tal princípio a Constituição Federal deve ser interpretada como um documento unitário, sistemático e que suas disposições não podem ser interpretadas de forma isolada ou desconexa. Dessa forma, como consequência direta, todas as suas disposições são dignas da mesma hierarquia jurídica. Prova maior disso seria a tese de que o ordenamento jurídico pátrio não teria abraçado a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias¹⁷¹.

¹⁶⁸ É interessante notar que autores como Eric Barendt afirmam que a posição preferencial, segundo a maior parte dos ordenamentos jurídicos, se restringiria à liberdade de expressão política, especialmente no contexto das democracias liberais, uma vez que “argumentos oriundos da democracia claramente elevam o discurso político a um status especial”. Apesar disso, o autor reconhece que o significado de discurso político é bastante vago, ao mesmo tempo em que aparenta ser um tanto quanto equivocado buscar maiores precisões no tema, uma vez que poderia implicar em indevidas discriminações nas expressões com base em seu conteúdo. O presente trabalho concorda com essa última assertiva, no sentido de que, no ordenamento jurídico brasileiro toda expressão que não seja vedada ou qualificada como digna de menor proteção, em regra, deve contar com o status de liberdade preferencial. , BARENDET, Eric, *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 155-162.

¹⁶⁹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana., op. cit., p. 100.

¹⁷⁰ Sobre o princípio da Unidade da Constituição v.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho., op. cit., p. 439-440.

¹⁷¹ Ao contrário, Bachof defendia essa possibilidade à luz do direito alemão. BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?; Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

Todavia, merece ser feita aqui uma distinção sutil entre o que se entende por hierarquia normativa e o que se entende por hierarquia axiológica¹⁷². Por meio daquela considera-se que o ordenamento jurídico seria composto por uma norma superior e de normas que encontram nela o seu fundamento jurídico de validade direta ou indireta¹⁷³. Dessa forma, verificar-se-ia uma relação escalonada entre as diversas espécies normativas. É nessa concepção que reside os fundamentos da Supremacia da Constituição e de toda sistemática do controle de constitucionalidade¹⁷⁴, pois uma vez que a norma hierarquicamente inferior esteja em descompasso com a Constituição Federal – que é seu fundamento jurídico de validade – a solução lógica é a sua nulidade de pleno direito, através do reconhecimento de inconstitucionalidade.

Por sua vez, por meio do reconhecimento da hierarquia axiológica não se estabelece uma relação escalonada de fundamentos de validade entre as diversas normas em jogo e, portanto, não há se falar na inconstitucionalidade de norma constitucional que colida com um direito preferencial. Ao contrário, as normas em jogo se encontram no mesmo patamar da hierarquia normativa, que, destaque-se, permanecerá incólume¹⁷⁵. Ao contrário, o que ocorre é o enquadramento de eventual colisão na lógica ponderativa. Isso porque, por vezes, disposições legais e constitucionais se caracterizam por uma linguagem fluida e aberta, haja vista a existência de normas de caráter principiológico ou de conceitos jurídicos indeterminados. Diante da complexidade da vida contemporânea a colisão de interesses prescritos nessas normas e conceitos é inevitável. E mais, pelo funcionamento da ponderação jurídica torna-se imprescindível o desenvolvimento de parâmetros seguros para fins de controlabilidade argumentativa. Assim, é perfeitamente admissível, por meio de uma

¹⁷² De acordo com as lições de Jane Pereira, a hierarquização costuma ser um dos critérios empregados para a solução de conflitos normativos entre direitos fundamentais. Nesse sentido, a hierarquização axiológica seria apenas uma das possíveis formas de se estabelecer “pautas preestabelecidas” a respeito do peso abstrato e importância de cada direito em jogo. Nas palavras da autora: “Outra modalidade de hierarquização é aquela empregada como critério adjacente à ponderação. Nesse caso, não se trata de determinar prevalências absolutas de alguns direitos, mas de presumir um escalonamento abstrato entre certos bens e interesses constitucionalmente protegidos, o qual poderá ser afastado, na apreciação de casos concretos, mediante justificação”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 286-291.

¹⁷³ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. – 4ª ed. 9ªreimp. – Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 111.

¹⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*., op. cit., p. 23-26.

¹⁷⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana*., op. cit., p. 114-115.

hierarquização axiológica, considerar que determinadas disposições constitucionais encapam valores de maior peso e relevância que outros¹⁷⁶.

Portanto, diante dessa inevitabilidade ponderativa é que a solução passará pela fixação, de forma justificada e embasada, de pesos¹⁷⁷. A posição preferencial da liberdade de expressão nada mais significa do que reconhecimento de um peso pré ponderativo maior para este direito fundamental, dada a sua importância singular para o Estado Democrático de Direito. Contudo, é imperioso esclarecer que esse maior peso pré ponderativo da liberdade de expressão não implica em convertê-la em uma liberdade absoluta¹⁷⁸. Muito pelo contrário, conforme será demonstrado, casos concretos poderão evidenciar a necessidade de sua restrição em prol de outros direitos e valores de alta carga axiológica, desde que o intérprete se desincumba de ônus argumentativos para tanto¹⁷⁹.

Por fim, reafirme-se, no direito brasileiro tal entendimento já foi enunciado algumas vezes, tanto pela doutrina¹⁸⁰ quanto pela jurisprudência¹⁸¹. Talvez o maior destaque que a posição preferencial tenha recebido foi por ocasião do julgamento da ADIn 4.815. No caso se conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, no sentido de que seria desnecessária a prévia anuência dos biografados ou de seus parentes para a publicação de biografias. Constatou-se que a prática de se exigir a autorização prévia – além de uma forma de “censura privada” – causava sérios prejuízos para a liberdade de expressão, para o livre debate e circulação de ideias e para o relato da história. E um dos fundamentos para tanto foi justamente o reconhecimento da posição preferencial da liberdade de expressão.

¹⁷⁶ A título de observação isso seria inevitável em se tratando da Constituição Federal de 1988, que é classificada como uma Constituição extremamente analítica. Assim, por exemplo, a garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) está no mesmo patamar hierárquico que a previsão de que o Colégio Pedro II não deixará a órbita Federal (art. 242, §2º), mas é evidente que tais disposições não se encontram no mesmo patamar axiológico.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 154-159.

¹⁷⁸ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e pluralismo na esfera comunicativa: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão., op. cit., p. 58.

¹⁷⁹ Apesar disso, a adoção de hierarquias axiológicas pelo Poder Judiciário também demanda cautelas, para que não implique no estabelecimento de uma inflexível ou absoluta hierarquização entre os direitos em jogo, o que traria dificuldades práticas em face dos princípios democrático e da Supremacia da Constituição. Nesse sentido, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Op. cit., p. 294.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004, p. 20; CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de expressão como direito fundamental *prima facie*. Op. cit., p. 233 e ss.; OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op., cit., TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e pluralismo na esfera comunicativa: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão., op. cit.; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana., op. cit.

¹⁸¹ É de se destacar que alguns votos na ADPF 130 já falavam em posição preferencial. Posteriormente, essa posição preferencial foi expressamente enunciada na ADIn 4.815 e na ADIn 4.451.

1.5.3. As consequências da posição preferencial.

É preciso, por fim, esmiuçar as consequências concretas da posição preferencial da liberdade de expressão para o ordenamento jurídico pátrio. Salvo raras exceções¹⁸², ainda não se preocupou em sistematizar tais consequências para além de uma enunciação de “peso pré ponderativo superior da liberdade de expressão”, o que, segundo alguns, na prática, não teria sido de grande valia para que este direito fundamental recebesse uma tutela que condissesse com tal posição. Nesse ponto, as consequências da liberdade de expressão serão desenvolvidas a partir da sistematização originariamente proposta por Aline Osório¹⁸³.

¹⁸² No mesmo sentido v., OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op., cit., p. 91. A autora chega a afirmar que “quando muito” tais trabalhos destacam no máximo uma vantagem no processo de ponderação. Aqui é preciso uma breve observação. O presente trabalho entende que o fato de alguns doutrinadores apenas reconhecerem um maior peso ponderativo à liberdade de expressão não significa que as suas considerações a respeito da preferência *prima facie* deste direito fundamental sejam irrelevantes ou insatisfatórias. Na verdade, sugere-se aqui que haja um enfoque qualitativo e não meramente quantitativo das consequências da posição preferencial das liberdades comunicativas. Isso porque a enunciação de sua preferência *prima facie* desempenha também por vezes a função de fundamentar a adoção ou a importação de parâmetros do direito estrangeiro substancialmente protetivos à liberdade de expressão. Nesse sentido, parece ser o caso da doutrina de Cláudio Chequer que defende que diversas soluções doutrinárias e jurisprudenciais são plenamente aplicáveis ao direito brasileiro, como consequência da assunção de que trata-se de um direito fundamental preferencial *prima facie*. CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de expressão como direito fundamental *prima facie*. Op. cit.

¹⁸³ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op., cit., p. 94. É importante ressaltar que os parâmetros apresentados pela autora se inspiram, em grande medida, naqueles construídos pela Corte Constitucional Colombiana na *Sentencia* T-391/07. Esse precedente foi oriundo de ação coletiva proposta por Organização Não Governamental em razão da transmissão de um programa de rádio na emissora Rádio Cadena Nacional, destinado essencialmente ao público jovem, que veiculava uma linguagem de cunho sexual. Nas instâncias ordinárias o demandante obteve sentença favorável no sentido de que o Ministério das Comunicações fosse instado a investigar o caso e punir os responsáveis pela veiculação do programa. Diante disso, a rádio recorreu, por meio de Ação de Tutela, à Corte Constitucional, ante violações à liberdade de expressão. Inicialmente, a Corte afirmou que em regimes democráticos seria preferível enfrentar as consequências da liberdade de manifestação e opinião do que o estabelecimento de uma restrição abstrata e geral, diante do que estabeleceu uma série de requisitos a serem cumpridos pela autoridade que desejasse limitar a liberdade de expressão e algumas consequências de seu papel destacado, dentre as quais: (i) determinação do fim da medida restritiva. Para tanto, a autoridade deve provar a intenção por trás da medida, indicar os fundamentos legais que embasam tal medida e indicar os efeitos que a liberdade de expressão pode causar sobre o objetivo tutelado; (ii) Apesar de a Corte se preocupar em demonstrar que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, esta, entendida como princípio fundante da ordem democrática, resultaria em presunções favoráveis à manifestação e presunções desfavoráveis às medidas restritivas. Desse modo, toda expressão seria *prima facie* constitucional e toda medida restritiva estaria submetida a um escrutínio mais rigoroso. Nesse sentido, o sistema da liberdade de expressão abrangeria três espécies de presunções: a da legitimidade do conteúdo de expressões, a da ilegitimidade de medidas restritivas e, por fim, aquela referente à prevalência da liberdade de expressão sobre outros direitos, interesses e valores; (iii) Toda medida controlando o conteúdo das expressões seria inconstitucional por se equiparar a uma forma de censura, ao menos que houvesse prova em contrário. Ao mesmo tempo, a Corte estabeleceu que o juiz constitucional deveria determinar no caso concreto se a limitação observou quatro requisitos: (i) estar consagrada em termos estritos e precisos nos termos da lei; (ii) se persegue um objetivo legítimo específico; (iii) se é necessária para atingir os objetivos perseguidos; (iv) se não se constitui como uma forma de censura. Embora Aline Osório cite que haveria uma quarta presunção, que seria relativa à vedação à censura – o que este trabalho considera correto – pelos parâmetros adotados pela Corte, há uma

A primeira consequência se vincularia a uma presunção de primazia da liberdade de expressão na colisão com outros direitos, o que nada mais seria do que a fixação de um peso maior na ponderação relativo à liberdade de expressão, de acordo com a sua maior hierarquia axiológica, conforme já exposto. Consequentemente, seria necessário um maior ônus argumentativo para que a liberdade de expressão cedesse em uma colisão concreta. No entanto, destaque-se, isso não significa que a liberdade de expressão sempre prevalecerá em toda colisão com outros direitos fundamentais de igual hierarquia jurídica.

A segunda consequência apontada seria a presunção de proibição de censura. Todavia, entende-se aqui que o parâmetro em si apresenta algumas dificuldades. Primeiro porque a Constituição Federal já estabelece como regra a vedação a qualquer forma de censura estatal. Assim, não haveria presunção, mas autêntica regra constitucional. Ocorre que, como visto neste capítulo nem todas as formas de expressão seriam admitidas como legítimas. A saída, portanto, seria entender que certos discursos vedados, como a pornografia infantil, sequer integrariam o âmbito de proteção da liberdade de expressão, logo, a sua proibição não representaria censura. Outros conteúdos, como visto, não seriam completamente vedados, mas contariam com menor grau de tutela.

Dessa forma, a segunda consequência proposta reformulada seria a vedação a qualquer tentativa de censura sobre o conteúdo tutelado e sobre o conteúdo com menor grau de tutela da liberdade de expressão¹⁸⁴. Além do que, pode-se avançar no sentido de que a posição preferencial justifique a aplicação moderada de eventuais restrições sobre a liberdade de expressão. Nesse aspecto, não apenas o Estado Legislador se vincularia a essa regra interpretativa, mas também o Estado Juiz, especialmente em sede de decisões cautelares. Consequentemente, esse parâmetro indica que deve haver uma preferência léxica pelos sistemas de responsabilização a posteriori – do menos para o mais invasivo sobre a liberdade de expressão. Para fins de efeito resfriador sobre a liberdade de expressão esse parâmetro interpretativo se mostra especialmente relevante para que as responsabilidades ulteriores não impliquem em uma intimidação indevida sobre as liberdades comunicativas.

Por fim, a terceira consequência seria enxergar com suspeição qualquer medida tendente a restringir a liberdade de expressão. Essa acaba sendo uma consequência quase que

presunção de vedação de censura sobre toda a regulação de conteúdos, o que, à luz dos apontamentos na introdução deste trabalho, deve ser vistos com certa cautela no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁸⁴ Aqui reconhece-se que há um risco muito grande de arbitrariedades sobre o que se trata um discurso protegido, menos protegido e não protegido. Por isso, um dos objetivos do tópico de número três foi justamente tentar sistematizar esse ponto.

natural da adoção do primeiro parâmetro interpretativo, que será com maior intensidade voltado ao controle de constitucionalidade e legitimidade de atos normativos. Serão exigidas, com isso, justificativas bem robustas para que a liberdade de expressão possa ser restringida nesses termos, ao mesmo tempo, que o Judiciário em sede de controle, poderá ser menos deferente às decisões políticas dos demais poderes na matéria¹⁸⁵.

É interessante notar que esse último parâmetro interpretativo em muito se assemelha ao controle mais robusto de constitucionalidade do direito norte-americano. Alhures, tal controle é conhecido como escrutínio estrito (*strict scrutiny*), segundo o qual atos normativos e leis que se coloquem em rota de colisão com a liberdade de expressão devem ser analisados a partir de um exame de constitucionalidade mais rigoroso. Há quase uma presunção de inconstitucionalidade sobre tais medidas, a não ser que o Estado consiga demonstrar a existência de um interesse convincente (*compelling interest*), para as limitações. Segundo Owen Fiss: “*Este teste requer que os fins almejados pela lei sejam persuasivos e que os meios utilizados pela lei sejam quase perfeitamente adaptados para perseguir aquele fim*”¹⁸⁶. Portanto, na prática, passa a se estabelecer um crivo mais rigoroso sobre leis, atos administrativos, decisões judiciais ou mesmo atos privados que potencialmente possam limitar ou tolher a liberdade de expressão.

¹⁸⁵ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão, op., cit., p. 97.

¹⁸⁶ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública; op. cit., p. 128. É preciso destacar que o escrutínio estrito voltará a ser analisado no capítulo 4 deste trabalho.

2. A Imprensa e o acesso à informação.

“A luz do sol é o melhor dos desinfetantes”¹⁸⁷.

(Louis Brandeis)

“*Were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers, or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter*”.

(Thomas Jefferson)

2.1. Considerações iniciais.

A informação tem poder. Em qualquer setor da vida o acesso à informação é fator decisivo para o empoderamento de indivíduos e grupos e para o avanço civilizatório das sociedades. Embora a sua valorização não seja propriamente uma ideia nova, é certo que a partir das revoluções digitais a relação que se passou a ter com a informação foi modificada substancialmente. Atentos a esse fenômeno diversos ordenamentos jurídicos passaram a se ocupar da elaboração de leis de acesso à informação, para preservar o “direito de o cidadão saber” (*right to know*)¹⁸⁸¹⁸⁹. Mas é preciso advertir desde já que a informação por si só não

¹⁸⁷ A redação completa e no original: “*Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*”. Disponível em: LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Cham: Palgrave Pivot, 2018, p. 22.

¹⁸⁸ Sobre o “direito de saber” (*right to know*) vale a pena a menção à posição de Frederick Schauer para quem ainda que não fosse positivado ou juridicamente reconhecido pelas Cortes, tal direito, se exercido em face dos governantes, seria extraído da própria estrutura política subjacente às democracias majoritárias, onde todos os atos praticados por funcionários públicos deveriam estar submetidos ao escrutínio público. A grande questão colocada pelo autor era justamente saber se os jornalistas possuíam algum papel especial concernente a esse direito. Nesse sentido, a discussão que levantou dizia respeito à existência ou não de direitos e responsabilidades especiais relativos à Imprensa para desempenhar esse direito em favor do interesse público. A posição final exposta é de que, no contexto norte-americano, não deveria ser atribuído nenhum direito especial aos jornalistas além daqueles comumente concedidos aos cidadãos a título de liberdade de expressão. Evidentemente que tal discussão pode afigurar como de primeira ordem no ordenamento jurídico norte-americano, onde as garantias e teorias atinentes à liberdade de expressão e de imprensa são desenvolvidas de forma mais robusta pelas Cortes e pela doutrina. Na realidade brasileira, conforme será destacado mais a frente, essa discussão não faz muito sentido uma vez que certas garantias, direitos e responsabilidades especiais foram atribuídos à Imprensa e aos meios de comunicação social pela própria Constituição Federal. Nesse sentido, cf. SCHAUER, Frederick. *Rights and the Right to Know*. In: *Philosophic Exchange*, 14 (1983), 65-74, p. 70-74. Ademais, sobre o mesmo tema, Eric Barendt afirma ser inegável a ligação entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação, especialmente quando se considera que somente com acesso à informação é que os indivíduos podem exercer de forma isonômica os seus direitos de expressão e manifestação do pensamento. Nesse sentido, cf. BARENDT, Eric, *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 108-110.

¹⁸⁹ Podem ser citados os *freedom of information acts* dos EUA (1966), da Grã Bretanha (2000), da Austrália (1982) e a Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011) do próprio Brasil como exemplos de países que nas últimas décadas adotaram leis de acesso à informação, com o escopo de fornecer *accountability* do Governo e dos Poderes Públicos perante os seus cidadãos. Deve-se destacar que as referidas leis possuem especial relevância para a Liberdade de Imprensa, visto que, despeito de serem mecanismos legais ao dispor de toda a sociedade, nem todos os cidadãos possuem a disponibilidade de tempo e conhecimento adequado para se

basta. Para que o seu acesso seja bem sucedido e cumpra os devidos objetivos individuais e sociais é imprescindível que ela seja bem compreendida pelos seus destinatários, a partir de um processo de tradução e racionalização.

É nesse sentido que se fala na informação como um bem jurídico: a sua essencialidade para ditar os rumos da vida humana, propiciando um processo constante de reflexão e crítica, culminando assim em melhores decisões tanto nos assuntos de interesse público, quanto naqueles de interesse privado¹⁹⁰. Nesse aspecto, é importante destacar que a informação possui algumas espécies. Segundo Luiz Gustavo Grandinetti seriam quatro as espécies relevantes veiculadas por esse direito: a informação oficial ou governamental, a informação publicitária, a informação de dados pessoais e a informação jornalística¹⁹¹. Portanto, a garantia da liberdade de informação jornalística é apenas uma das espécies do fenômeno mais amplo do direito à informação¹⁹².

É justamente dessa última espécie que o presente capítulo visa a tratar, uma vez que o fenômeno do *chilling effect* será estudado substancialmente sob a ótica da Liberdade de Imprensa e não sob a perspectiva de todas as espécies de liberdade de expressão. Muito embora a liberdade de expressão e a Liberdade de Imprensa possuam uma base em comum – que foi objeto de estudo de boa parte do primeiro capítulo –, não devem ser tratadas como

engajarem de forma ampla e irrestrita na fiscalização de seus governos. Assim, as leis de acesso à informação são instrumentos de alta relevância e de primeira necessidade para que a própria imprensa condense e simplifique informações fornecidas pelos entes estatais e as exponha para toda sociedade.

¹⁹⁰ GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Liberdade de Informação e o direito difuso a informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

¹⁹¹ Tatiana Stroppa, ao estudar o tema, demonstra como uma de suas preocupações primárias definir o que deve ser entendido por informação. Inicialmente verifica que o termo possui certa ambiguidade, de modo a significar tanto o conteúdo veiculado, quanto à própria transmissão em si. Por sua vez, a etimologia da palavra indicaria que a informação é oriunda de um processo de “fabricação”, por meio do qual se dá forma a dados e fatos brutos com vistas a torna-los inteligíveis e dissemináveis via um discurso articulado. STROPPA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 76-77.

¹⁹² É relevante destacar que o acesso à informação possui assento constitucional como autêntico direito fundamental no artigo 5º, XIV. Por sua vez, a espécie informação jornalística foi expressamente prevista na Constituição no artigo 220, § 1º. É interessante destacar que o recente relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2017 sobre as demandas envolvendo a liberdade de Imprensa destaca essa relação íntima entre tal liberdade fundamental e o acesso à informação. Nesse sentido cf. “A imprensa foi, durante anos, a única forma com que era possível difundir as opiniões, e, até hoje é, certamente, o meio de maior difusão, chegando a todos e não somente a nichos ideológicos, como, por exemplo, as redes sociais. (...) tornando as ideias maiores que os indivíduos. Desta forma, garantir a liberdade de imprensa é garantir que ideias possam ser manifestadas de forma ampla e irrestrita. Além disso, uma imprensa livre garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, direito fundamental previsto no inciso IX do supracitado artigo constitucional, e o direito ao acesso à informação, outro direito constitucional, previsto no inciso XIV do art. 5º da Carta Magna”. O relatório pode ser acessado em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/fe4133ad3d044846ba3b8ff5594bb7a7.pdf>.

sinônimos, ou que a simples garantia da primeira bastaria para a segunda¹⁹³. Como será esclarecido a seguir, a Liberdade de Imprensa ou de informação jornalística possui uma série de funções relevantes desempenhadas por seus titulares no ordenamento constitucional brasileiro – mesmo em um contexto de massificação dos processos comunicativos por meio da internet – que justifica a existência de garantias, deveres profissionais e responsabilidades que acompanham o exercício da atividade jornalística.

Conforme já adiantado, dada sua missão institucional, a liberdade de imprensa se vincula em uma forte intensidade ao “fundamento democracia” da liberdade de expressão em sentido lato. E isso porque, por um lado, é mais do que evidente a distinta contribuição da Imprensa para a concretização do acesso à informação dos assuntos de interesse público. Na maior parte das vezes as informações obtidas somente serão racionalizadas e traduzidas para a coletividade após um minucioso trabalho de investigação, pesquisa, condensação e divulgação de dados, fatos e acontecimentos, o que será transmitido em grande proporção via meios de comunicação social e atividade jornalística. Assim, ainda que para alguns o acesso à informação tenha sido alçado à categoria de direito fundamental de titularidade difusa pela Constituição Federal de 1988¹⁹⁴, a efetivação concreta deste direito somente será possível após uma publicização que seja capaz de alcançar “as massas” de forma eficaz¹⁹⁵. Por outro

¹⁹³ Conforme exposto no Capítulo 1, a Liberdade de Imprensa deve ser tratada como uma das espécies da liberdade de expressão em sentido lato. Vale a pena observar que segundo o relatório da UNESCO – braço das Nações Unidas no que concerne os direitos culturais, educacionais e a própria liberdade de expressão – a garantia da Liberdade de Imprensa acaba se constituindo como um barômetro para a garantia da liberdade de expressão (em geral) de uma forma mais ampla. Por sua vez, no direito norte-americano, como já assinalado, dificilmente há essa distinção. Naquele ordenamento jurídico ainda que a Primeira Emenda preveja tanto a “*freedom of speech*”, quanto a “*Press Clause*”, a doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte não apontam a existência de regimes diferenciados entre as duas garantias. Por outro lado, de uma forma ampla os ordenamentos jurídicos e autores europeus procuram traçar uma linha distintiva entre a liberdade de expressão e a liberdade de Imprensa, destacando-se que esta última, se constitui como uma instituição forte o suficiente, que a torna capaz de resistir a pressões externas. Nesse sentido, KOLTAY, András. *The concept of media freedom today: new media, new editors and the traditional approach of the law*. In: *Journal of Media Law*, 7:1, 36-64, 2015, p. 39. O direito internacional também pouco esforço desfez na sua distinção uma vez que os documentos e tratados internacionais pouquíssimo destaque dão à liberdade de Imprensa. Nesse sentido, cf. LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 18. Apesar disso, sobretudo no contexto da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos – ainda que o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos também não aponte distinções – costuma ser realçada a especialidade da Imprensa na medida em que esta possui um dever de transmitir tanto informações quanto ideias relacionadas a questões de interesse público. Ademais, é pertinente ressaltar que em que pese o pouco destaque que os documentos internacionais dão à liberdade de imprensa há controvérsia se este se qualificaria ou não como um direito humano. Nesse sentido, Wiebke Lamer é favorável, enquanto que Edwin Baker é contra. LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit.; BAKER, C. Edwin. *Press Performance, Human Rights, and Private Power as a Threat*. In: *Law & Ethics of Human Rights Volume 5, Issue 2, Article 1*, 2011.

¹⁹⁴ GRANDINETTI, Luiz Gustavo. *Liberdade de Informação e o direito difuso a informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁹⁵ No mesmo sentido se orienta Ana Paula de Barcellos que, apesar de focar as suas análises sobre a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), isto é, o contexto dos deveres de publicidade que a referida lei impõe

lado, a Imprensa também exerce de forma recorrente a função de fiscalização dos Poderes Constituídos, o que leva alguns autores a denominá-la de “Quarto Poder”¹⁹⁶.

Todavia, deve ser ressaltado que qualquer defesa pela plena Liberdade de Imprensa não pode se iludir com a sua importância e simplesmente fechar os olhos para eventuais problemas e distorções que a realidade evidencia. Nesse sentido, Rui Barbosa, um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos, já destacava na década de 1920 a relevância da atividade de Imprensa e a sua íntima relação com o acesso à informação. Mais do que isso, os seus estudos já apontavam a correlação entre a existência de uma “boa imprensa” e os regimes de responsabilidade dos homens públicos¹⁹⁷. No entanto, denunciava os expedientes de subvenções aos veículos de Imprensa por parte dos governantes da incipiente República brasileira e como tal fato distorcia a verdade e prejudicava a sua função de anteparo contra as degenerações políticas da coisa pública.

Além disso, dificuldades também existem quando grandes veículos de comunicação social são apreendidos como meros direitos de propriedade, que se engajam essencialmente em expedientes comerciais e corporativos¹⁹⁸. Nesse aspecto, a função informativa, diante de relações oligopolistas ou interesses inconfessáveis, se converte em um exercício manipulativo da opinião pública. Repita-se: muito embora esse não seja o melhor espaço para desenvolver tais problemas e propor eventuais soluções, não se pode se engajar em qualquer defesa apaixonada pela Imprensa e simplesmente ignorar a existência de algumas “disfuncionalidades”, no contexto brasileiro. Apesar disso, este trabalho converge com o

aos Poderes Públicos, constata que para os escopos almejados de efetivação de uma cultura de transparência e do próprio controle social é preciso que “as formas de que o Estado se vale para dar publicidade a seus diferentes atos devem, tanto quanto possível, ser capazes de proporcionar ciência e conhecimento de tais atos aos indivíduos”. Nesse aspecto, a autora denota preocupações de que, para o cumprimento de seus objetivos, informações fornecidas sejam inteligíveis e relevantes. BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. In: *Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015, p. 1749-1750.

¹⁹⁶ A ideia de que a Imprensa se constitui como um “Quarto Estado” remontaria ao pensamento de Edmund Burke, para quem esta exerceria as funções de um *check and balance* não oficial, uma vez que seria responsável por fiscalizar os demais Poderes. LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 10.

¹⁹⁷ BARBOSA, Rui. A imprensa e o dever da verdade. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990, p. 22-24. “Só onde os povos se costumaram a tomar contas aos seus administradores, e estes a dar-lhes, é que os homens públicos apreciam as vantagens dos regimens de responsabilidade”. Ademais, o autor considerava que em sistemas presidencialistas, a Imprensa teria a capacidade de substituir os sistemas ministeriais de responsabilidade de sistemas parlamentaristas. Por outro lado, a boa Imprensa, ou a sua melhor faceta, se constitui, em seu ponto de vista, quando esta seja livre, isenta e moralizada, pois: “Moralizada, não transige com abusos. Isenta, não cede às seduções. Livre, não teme os potentados”.

¹⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Regulação dos meios de comunicação. In: *REVISTA USP*, São Paulo, n.48, p. 6-17, dezembro/fevereiro 2000-2001, p. 10. O autor aduz que “Assim, enquanto nos regimes autocráticos a comunicação social constitui monopólio dos governantes, nos países geralmente considerados democráticos o espaço de comunicação social deixa de ser público, para tornar-se, em sua maior parte, objeto de oligopólio da classe empresarial, a serviço de seu exclusivo interesse de classe”.

pensamento de Alexis de Tocqueville quando o autor afirma que o “mal que eles produzem é assim muito menor do que aquele que eles curam”¹⁹⁹.

Diante dessas considerações preliminares, o presente capítulo se ocupará em demonstrar as funções e a relevância concreta da Imprensa, além de seus deveres e garantias constitucionais, não ignorando, contudo, suas eventuais falhas. Em um segundo momento, será feita uma análise minuciosa sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato e repercussões gerais, para demonstrar como a mais alta Corte do País vem entendendo e assegurando tal liberdade fundamental. A importância deste capítulo, conforme restará claro, é demonstrar que, tendo a Constituição Federal de 1988 como paradigma, a liberdade de expressão e a Liberdade de Imprensa, a despeito de intimamente relacionadas, não são sinônimos. Ademais, o objetivo é demonstrar que um regime jurídico diferenciado existente para a liberdade de informação jornalística embasará um tratamento diferenciado no que se refere à tentativa de se evitar o efeito resfriador sobre a Imprensa, sobretudo no contexto das responsabilidades ulteriores.

2.2. Conteúdos, funções e deveres inerentes ao exercício da liberdade de informação jornalística.

Não há propriamente um marco inicial para a invenção da Imprensa propriamente dita. Historicamente, costuma-se atribuir o seu surgimento à Johann Gutenberg de Mainz, que, por volta do ano de 1450, inventou a prensa gráfica permitindo a impressão simultânea de diversos materiais e conseqüentemente a propagação do conhecimento em uma escala e velocidade até então nunca antes experimentadas²⁰⁰. Por outro lado, há quem afirme que a

¹⁹⁹ A passagem completa possui o seguinte conteúdo: “*To suppose that they only serve to protect freedom would be to diminish their importance: they maintain civilization. I shall not deny that in democratic countries newspapers frequently led their citizens to launch together into very ill-digested schemes; but if there were no newspapers there would be no common activity. The evil which they produce is therefore much less than which they cure*”. Citação disponível em: LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 28. Em síntese, é preciso destacar que, muito embora tenha sido uma figura bastante crítica à atuação da Imprensa, Tocqueville considerava não haver, nessa matéria, “meio termo entre a servidão e a licença”, uma vez que para colher os frutos inestimáveis de sua atuação seria imperioso aceitar seus eventuais defeitos. Nesse sentido, cf. TOCQUEVILLE, Alexis de, *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*; tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. - 2a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 211.

²⁰⁰ Os relatos históricos apontam que algo similar à prensa gráfica já existia no mundo oriental por volta do século VII, no método conhecido como “impressão em bloco”. Por outro lado, não se ignora que muito antes da prensa gráfica outras formas de comunicação e difusão de informação, ainda que não com a mesma amplitude, eram praticadas com o escopo de difusão de informações. Para uma análise dessa evolução histórica cf. BRIGGS,

invenção da Imprensa poderia ser atribuída a um costume muito mais rústico na Inglaterra do século XVII, por meio do qual viajantes “trocavam informações”, algumas vezes por meio de escritos afixados em murais de pousadas e cafés a respeito das condições de estradas, tempo e segurança, que teria evoluído para uma verdadeira atividade de Imprensa²⁰¹.

Para os fins do presente trabalho é despidendo qualquer estudo histórico mais aprofundado no tema. O que se deve ressaltar é que os processos comunicativos humanos estão constantemente sujeitos a “revoluções”, onde o desenvolvimento de uma atividade institucional de Imprensa foi de extrema relevância para a concretização do acesso à informação e da difusão do conhecimento. Além disso, é certo que a própria Imprensa está constantemente sujeita a mudanças²⁰².

No entanto, a chamada revolução digital trouxe sérios questionamentos sobre a persistência da utilidade da atividade de Imprensa em um mundo cada vez mais informatizado. Isso porque vivencia-se verdadeiro fenômeno de democratização do processos de produção e emissão das informações, o que levou alguns autores a falarem que hoje “todos nós somos jornalistas”²⁰³. Essa constatação evidenciaria as dificuldades práticas em se apartar

Asa; BURKE, Peter. Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 27.

²⁰¹ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. New York: Crown Publishers, 2001, p. 12-13.

²⁰² Se pelo exame da etimologia da palavra há uma associação nítida ao desenvolvimento de jornais, obviamente que não apenas os escritos (ou os “impressos”) estão abrangidos pelo conceito. Após a erupção de jornais houve o notório desenvolvimento da atividade de “Imprensa” por meio do rádio, da televisão e da internet.

²⁰³ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 36. Apesar de muitos destacarem que a internet teria alçado qualquer pessoa que transmita informações em suas redes sociais ou blogs pessoais à posição de jornalista, é curioso notar que paralelamente ao fenômeno da democratização da divulgação de informações, os próprios veículos tradicionais, cada vez em maior intensidade, buscam a participação do cidadão na formação de suas notícias. Mas é certo que a proliferação dos meios digitais traz um grau de incerteza na matéria. Por essa razão, é preciso destacar uma definição que seja capaz de diferenciar a atividade de jornalista da mera divulgação ou compartilhamento de informações em blogs ou redes sociais. Na matéria não há uma definição de jornalista adotada de forma unânime. Todavia, pela sua pertinência, adotar-se-á a seguinte, que realça não apenas o conteúdo veiculado ou o meio pelo qual se transmite, mas essencialmente a atividade ou função exercida: “devem ser considerados jornalistas aqueles indivíduos engajados na atividade de coleta e disseminação para uma audiência de massa de informações e ideias relacionadas a temas de interesse público, com certa periodicidade e de acordo com certos *standards* de conduta na obtenção de notícias e no seu processo editorial”. KOLTAY, Andrés. *The concept of media freedom today: new media, new editors and the traditional approach of the law*. Op. cit., p. 47. Em resumo, as melhores definições de jornalista procuram delinear que estes operam no mercado de ideias de maneira regular, responsável, profissional e de acordo com padrões éticos de conduta, destacando assim que a mera vontade de se expressar de maneira pública, sobre assuntos de interesse público e de forma eventual não é suficiente. Por fim, mesmo com esse fenômeno de digitalização das coisas, inclusive da própria Imprensa, esta não pode simplesmente ser substituída por bancos de dados digitais ou por redes sociais, na medida em que, segundo dados do Fórum Econômico Mundial 55% da população mundial ainda não possui acesso à internet. Sobre o tema ver ainda: TRAGONE, Adam. *Defining the Press Clause: The End of Hot News and the Attempt to Save Traditional Media*, 15 Chi. -Kent J. Intell. Prop.237, 2016, p. 258; HIGHAM, Camille Anjes. *Mediagathering vs. Newsgathering: Giving the Freedom of the Press Clause Due Recognition*. In: Florida Coastal Law Review, Vol. 13:417, 2012, p. 444; GUICHETEAU,

ou diferenciar a função exercida pela Imprensa da liberdade de expressão individual, especialmente via Internet. O que se quer aqui demonstrar é que essa distinção ainda possui a sua relevância. Em que pese uma parte notável do jornalismo ser atualmente exercido em meios digitais, nem todo o indivíduo que se manifeste pela Internet pode receber o tratamento de jornalista.

Portanto, o ponto que se quer aqui destacar – e que será demonstrado a seguir – é a necessidade e a utilidade de se tratar a liberdade de informação jornalística de forma autônoma²⁰⁴. E isso porque tal direito possui uma dimensão social muito clara e especial, que abrange não apenas a liberdade do emissor em uma perspectiva individual, mas também dos destinatários das mensagens, haja vista o objetivo de formação de uma opinião pública²⁰⁵.

2.2.1. Liberdade de informar versus liberdade de opinar?

Antes de ingressar propriamente em aspectos que dizem respeito às funções e aos deveres que acompanham o exercício da liberdade de informação jornalística é preciso que seja feito um esclarecimento inicial no tocante ao seu conteúdo. Em outras palavras, é responder o que está contido e tutelado pelo referido direito, o que será feito nos dois próximos subitens. Cabe primeiramente indagar se a tutela oriunda da liberdade de imprensa abrange apenas a liberdade de informar ou também a liberdade de opinar.

Tradicionalmente, a atividade de Imprensa é associada à divulgação de fatos e informações sob uma perspectiva de objetividade. Alguns autores inclusive chegam a diferenciar a liberdade de Imprensa da liberdade de expressão, no ponto em que a primeira abrangeria a emissão de fatos ou informações, enquanto que a segunda, abrangeria, sobretudo, manifestações de opiniões. Em outras palavras: é costume quando se trata do direito de

Lauren. *What is the Media in the Age of the Internet? Defamation Law and the Blogosphere*. In: Washington Journal of Law, Technology & Arts, Volume 8, issue 5, 2013, p. 575-577. Esta última, apesar de falar que as linhas distintivas entre blogs e mídias tradicionais estão cada vez mais opacas, traz algumas diferenças, como por exemplo, o fato de que para os primeiros não necessariamente se encontra a objetividade e a checagem de fatos.

²⁰⁴ Como afirmado acima, realçar a autonomia da liberdade de Imprensa implica em reconhecer que esta está submetida a um regime especial do qual advém direitos e obrigações especiais. Essa ambivalência, como visto, é muito mais destacada no contexto europeu, na medida em que se reconhece o merecimento de uma tutela especial concomitantemente a sujeição a regulações especiais. Assim, naquela realidade não é incomum que essa justificativa de regulações especiais embase, por exemplo, exigências de quotas de certos temas em programas, a necessidade de cobertura balanceada e o respeito ao direito de resposta. KOLTAY, Andrés. *The concept of media freedom today: new media, new editors and the traditional approach of the law*. Op. cit., p. 40.

²⁰⁵ STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 71.

informação ressaltar que este seria distinguível da liberdade de expressão e manifestação do pensamento por se tratar de uma atividade com uma pretensão de objetividade, ao contrário desta que seria tributária de um viés marcadamente subjetivo. A distinção não é de toda irrelevante. Por exemplo, é evidente que a prova da verdade ou falsidade de uma dada manifestação (*exceptio veritatis*) somente pode ser exigida quando se trata da veiculação de fatos ou de informações objetivas. Ao revés, em se tratando de opiniões, vale a pena menção à frase clássica da Suprema Corte Americana de que, por mais desagradáveis e repudiáveis que possam ser, não existem “falsas opiniões ou ideias”²⁰⁶.

Por conseguinte, tal classificação adviria consequentemente da distinção entre fatos e valores²⁰⁷. O grande problema é que a definição de fatos, como “algo que realmente ocorreu” é um tanto quanto problemática, uma vez que as próprias crenças pessoais e particulares podem causar certa confusão nesse particular. Por sua vez, valores podem ser tidos como o conjunto de preferências de mundo ideal que as pessoas tem consciente ou inconscientemente²⁰⁸. Por outro lado, com alguma frequência há uma tendência igualmente de que valores e concepções de bem individuais sejam tidos como fatos, como por exemplo, quando se diz que “é um fato que sorvete de chocolate é melhor do que sorvete de morango”²⁰⁹. Ou seja, não raramente, especialmente em assuntos polêmicos e espinhosos, as valorações pessoais irão inevitavelmente influir na compreensão dos fatos e também nos próprios termos utilizados para a sua descrição.

Apesar disso, ainda que se assuma uma postura cética em relação à existência de relatos absolutamente objetivos dos fatos, é pertinente que haja um esforço em se apartar o

²⁰⁶ Trata-se do precedente *Gertz vs. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974), onde se enunciou a proteção constitucional às opiniões. Segundo David Anderson a Suprema Corte Americana estabeleceu nesse precedente um método de distinção entre opiniões e informações ou fatos que leva em conta: I- o significado comumente atribuído às expressões utilizadas; II- a verificabilidade do alegado; III- o contexto jornalístico em que foi emitida; IV- a configuração do cenário que se deu aquela manifestação. ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* In: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140:487, 1991, p. 506. Essa jurisprudência durou até o caso *Milkovich vs. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990), onde constatou-se que opiniões também podem causar danos à reputação assim como os fatos. Ademais, a Corte também avaliou “limites à litigabilidade das expressões” no precedente *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), onde constatou que a linguagem pode ser uma preocupação constitucional. HACHTEN, Willian A. *The Troubles of Journalism: a Critical Look at What's Right and Wrong With the Press*. Op. cit., p. 38.

²⁰⁷ SCHAUER, Frederick. *Facts and the First Amendment*. In: *UCLA Law Review (the Melville Nimmer Memorial Lecture)*, 57, 2010, p. 900. Nesse particular, fatos deveriam ser tidos como assertivas sobre o mundo, independentemente de validação, isto é, estariam além das influências valorativas individuais. Cf. COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*. Hampshire: Palgrave, 2001, p. 71.

²⁰⁸ COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*, Op. cit., p. 71.

²⁰⁹ SCHAUER, Frederick. *Facts and the First Amendment*. Op. cit., p. 900.

“fato” da “compreensão pessoal sobre fatos”²¹⁰. Isso é especialmente relevante porque grande parte da atividade informativa realizada pela Imprensa tem a pretensão primária de relatar os fatos como acontecem ou como aconteceram. Logo, é inerente a esse viés da atividade jornalística o “compromisso com a verdade”, a partir da existência de uma expectativa social de correição e confiabilidade dos fatos, dados e eventos relatados.

No entanto, deve-se reconhecer que essa é uma concepção quase ideal, visto haver dificuldades práticas em se atribuir à Imprensa um dever de objetividade absoluto. Isso porque mesmo a atividade de veiculação de informações – ou mesmo a decisão editorial por alguma pauta de reportagem – é em alguma medida vinculada às opiniões, pré compreensões, interesses particulares e vieses. Não se pode ignorar que os próprios jornalistas são cidadãos com as suas respectivas cargas valorativas. Além do mais, é próprio de certas linhas editoriais o exercício do direito de crítica, de elevada importância para a formação da opinião pública.

É curioso notar que a veracidade – repita-se, aplicável apenas à veiculação de fatos e informações e não de opiniões – em alguns ordenamentos jurídicos acabou sendo uma forma de defesa dos profissionais de Imprensa conquistada com o tempo. Tanto na Inglaterra quanto em suas colônias na América os processos conhecidos como “*seditious libel*” tinham o objetivo precípua de proteger o Governo de qualquer forma de crítica e ofensa, de modo que salvo hipóteses excepcionais a alegação da verdade não era uma defesa admitida. Naquele contexto, as lutas pela liberdade de expressão e de Imprensa estiveram associadas mais ao direito de crítica do que propriamente com a demonstrabilidade factual das informações²¹¹.

Nesse aspecto, a cultura jurídica nacional desde longa data prezou pelo aspecto da veracidade das informações veiculadas, tanto na sistemática de responsabilização penal quanto de responsabilização civil. E de fato, em nossa jurisprudência a veracidade ainda continua tendo (e deve continuar a ter) a sua relevância para a liberdade de Imprensa, por mais que considerações que serão desenvolvidas no próximo capítulo apontem para uma postura de tolerância para com certas informações não verazes²¹².

²¹⁰ SCHAUER, Frederick. *Facts and the First Amendment*. Op. cit., p. 901.

²¹¹ SCHAUER, Frederick. *Facts and the First Amendment*. Op. cit., p. 904.

²¹² Além disso, uma observação curiosa se faz necessária. Como visto no capítulo anterior um dos fundamentos clássicos mais enunciados para a tutela da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa é a da busca pela verdade, a partir da noção de que as ideias verdadeiras em algum momento irão prevalecer no mercado de ideias. Pode-se dizer que a *contrario sensu* haveria certa tolerância com ideias falsas, visto que, se naturalmente as ideias verdadeiras prevalecerão, não haveria qualquer utilidade da intervenção estatal, ainda que por meio da responsabilidade civil ou criminal em reprimir ideias falsas. Além do mais, a posição de desconfiança histórica

Portanto, ainda que a essência da Liberdade de Imprensa seja de fornecer informações aos cidadãos para que estes sejam livres e se autogovernem²¹³, não se pode ignorar que a Imprensa também exerce a função de moldar a opinião pública através, sobretudo, do exercício do direito de crítica, que será analisado a seguir. Como visto, o exercício do direito de informar ou do direito de opinar vão estar sujeitos a consequências jurídicas distintas, de modo que a doutrina costuma ter uma pretensão de apartar rigidamente ambas as dimensões da liberdade de Imprensa. No entanto, é certo que essa tarefa é um tanto quanto inviável para uma gama considerável de conteúdos jornalísticos, na medida em que a formação de uma opinião pública vai depender, concomitantemente, da exposição informativa e objetiva de fatos e acontecimentos, ao mesmo tempo em que realiza-se, por menor que seja, algum juízo crítico sobre tais fatos e acontecimentos. Diante disso, é que alguns propõem que, diante dessas dificuldades práticas, seja adotado, para fins de designação das consequências jurídicas pertinentes a uma dada manifestação, o critério da preponderância²¹⁴. Tal critério não se baseia simplesmente em uma análise quantitativa do que prevalece em uma dada matéria, mas sim a partir de um critério finalístico ou sobre a intenção pretendida com a veiculação da informação jornalística.

2.2.2. Uma classificação tradicional: direito de informar, direito de ser informado e direito de buscar informação.

Nos estudos que se prestam a examinar o tema da liberdade de Imprensa e da informação jornalística costuma haver a referência de que a liberdade constitucional de informação jornalística abrange o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de buscar informação. Em outras palavras, envolveria os direitos de transmitir, de buscar e de receber informações.

Trata-se em verdade de classificação que merece sejam realçadas algumas observações. A primeira é que, de um ponto de vista, aponta por meio de uma distinção tanto os direitos do emissor – de transmitir –, quanto do receptor das informações – de receberem.

em relação aos governos, segundo Schauer, imporia uma posição de não se tolerar que este busque definir o que é precisamente verdadeiro, não só em termos de ideias, mas também de fatos. Cf.. SCHAUER, Frederick. *Facts and the First Amendment*. Op. cit., p. 913-916.

²¹³ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 9.

²¹⁴ STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 183.

Mas, por outra perspectiva, os próprios órgãos de Imprensa e jornalistas são destinatários do direito de buscarem e receberem informações adequadas para bem exercerem suas funções. Como já mencionado, uma das tarefas inerentes daqueles que trabalham com a informação jornalística é o de dissecar e apresentar as informações em linguagem acessível. Nesse aspecto, é de inegável valia para o ofício a busca e o recebimento de informações. Assim, em resumo, tais faculdades, do ponto de vista da liberdade de Imprensa revelam tanto um direito de não sofrerem restrições indevidas na transmissão de informação, bem como o direito de buscarem pelos meios legítimos as informações necessárias para o desempenho de sua atividade, e também o compromisso de exercerem o jornalismo com “boa fé” e de acordo com os deveres éticos a ele inerentes, que serão vistos a seguir.

Assim, em primeiro lugar deve-se ressaltar o direito de informar. Esta faculdade pode ser compreendida inicialmente segundo a concepção clássica dos direitos fundamentais em sua dimensão defensiva, de acordo com a qual é atribuída a faculdade de divulgação ou publicização de informações das quais se teve acesso e se considere como relevantes, sem qualquer espécie de interferência – ou censura – pública ou privada. Nesse aspecto, o direito de informar se confundiria com a liberdade editorial (autonomia da Imprensa) conferida aos meios de comunicação social.

Nas palavras de Jónatas E. M Machado a liberdade editorial implicaria:

“(…) na garantia da autonomia na elaboração de um estatuto editorial, ou estatuto de redacção, entendido como conjunto de princípios e regras, de natureza jurídico-privada, que presidem ao funcionamento interno da empresa de imprensa que podem ser acordados entre os jornalistas e a entidade proprietária ou administradora do meio de comunicação, ou elaborados por esta última, tendo por objeto a regulação dos aspectos deontológicos e profissionais, que não laborais, do exercício da atividade”²¹⁵.

Em síntese, a liberdade editorial se constitui como a autonomia interna inerente à Imprensa para avaliar a pertinência ou não de exercer o direito de informar. Obviamente, que essa liberdade não se restringe apenas aos grandes veículos de comunicação social, mas também para todos aqueles que se engajam no exercício habitual de produção e divulgação da informação jornalística.

²¹⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 532.

A grande discussão que circunda essa primeira faculdade diz respeito se correlata a ela também existiria um dever de a Imprensa noticiar assuntos de interesse público. As discussões pertinentes a essa matéria obviamente dizem respeito a eventual intervenção estatal – seja o estado regulador, seja o estado juiz – sobre a liberdade editorial com a função de promover um debate mais rico e robusto. Alguns autores que tratam sobre o tema, legitimamente preocupados com o viés manipulativo exercido pelos meios de comunicação de massa, defendem, com o apoio na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, tal possibilidade²¹⁶. Essa questão guarda uma grande complexidade que sem dúvidas merece tratamento em trabalho específico. Todavia, apesar de o presente trabalho não discordar da necessidade de atuações promocionais ou de fomento estatal em searas específicas da liberdade de expressão e de Imprensa, tais intervenções não podem ser justificadas de forma simplória ou na forma de uma “receita de bolo”. Ao contrário, qualquer intervenção estatal sobre a autonomia editorial deve ser vista com desconfiança e cautela, ante os riscos de o aparato estatal ser mobilizado com o escopo de dominação política ou ideológica, devendo, necessariamente, desincumbir-se, para esse fim, portanto, de uma alta carga argumentativa. Em suma, a posição que aqui se defende é a da inexistência, em regra²¹⁷, de um direito subjetivo por parte de particulares e do Estado de exigir a publicação de determinada informação na Imprensa, ante a garantia da liberdade editorial.

A segunda faculdade se refere ao direito de se informar, que consiste igualmente em uma dimensão negativa de poder buscar e coletar informações sem a existência de barreiras e empecilhos legais não razoáveis²¹⁸. A percepção da utilidade da presente faculdade é bastante intuitiva, uma vez que, a ausência de censuras ou de interferências estatais (ou apenas a garantia de um direito de informar), ainda que seja considerado um dos pressupostos da liberdade de Imprensa, por si só não garante o acesso dos jornalistas à proteção necessária ao

²¹⁶ Tatiana Stroppa fundamenta esse ponto de vista, por exemplo, no fato de que se trataria de um direito de via dupla, que também consagraria os interesses do receptor das informações ou opiniões. Por sua vez, Grandinetti preocupado com a questão chega a sugerir o uso da responsabilidade civil objetiva do CDC. STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 118; GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Liberdade de Informação e o direito difuso a informação verdadeira. Op. cit.

²¹⁷ Isso porque a própria Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de ser exercido o direito de resposta contra o veículo de comunicação social, que será trabalhado com maior detalhamento no capítulo 5. Nesse mesmo sentido, cf. STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 92.

²¹⁸ Fala-se aqui em “não razoáveis” na medida em que se reconhece que o próprio ordenamento jurídico aduz a necessidade de certas informações serem sigilosas, sobretudo aquelas imperiosas para a segurança nacional.

acesso à informação e que, conseqüentemente, o público seja bem informado²¹⁹. Em grande parte, essa segunda faculdade estará relacionada com o exercício do jornalismo investigativo, através do qual o profissional de Imprensa realizará um autêntico trabalho de investigação com o aparato que lhe é disponível em busca de informações com alguma relevância pública ou social, seja em face figuras públicas ou privadas.

Evidentemente que o direito de informação em sentido lato confere a todo e qualquer cidadão a referida faculdade para buscar dados e informações que lhes são pertinentes para o desempenho pessoal da fiscalização do Governo. No entanto, o ordenamento jurídico de alguma forma reconhece um papel destacado para profissionais que atuam em busca de informações jornalísticas uma vez que, por exemplo, a eles é conferida a garantia constitucional do sigilo das fontes, que será estudada a seguir.

Por fim, é preciso reconhecer que essa segunda faculdade é complementada com a terceira, que abrange o direito de ser informado. Ou seja, trata-se, em parte, justamente da dimensão positiva da busca pela informação, a partir da qual o Poder Público deverá assumir os deveres de garantir o acesso à informação aos cidadãos em geral e não apenas aos jornalistas, em reverência ao princípio constitucional da publicidade. Embora de extrema relevância para a concretização da informação jornalística, para essa dimensão do direito de ser informado nada além do que já se expôs nos tópicos e capítulos anteriores se mostra mais pertinente.

Ocorre que o direito de ser informado, segundo alguns²²⁰, apresentaria outra dimensão no que concerne à liberdade de informação jornalística. Abrangeria também o direito da sociedade em geral – ou dos receptores da mensagem – de ser adequadamente informada pelos meios de comunicação social. Ou seja, leva essencialmente em conta os interesses da audiência para que as mídias exerçam de fato a suas funções democráticas²²¹. Essa dimensão

²¹⁹ LEBOVIC, Sam. *Free speech and unfree news: the paradox of press freedom in America*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 5.

²²⁰ STROPPA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 101.

²²¹ KOLTAY, András. *The concept of media freedom today: new media, new editors and the traditional approach of the law*. Op. cit., p. 42. Esse aspecto seria de particular relevância, na medida em que o acesso às mídias costuma ser um tanto quanto restrito, de forma que um número reduzido de vozes costuma conseguir se fazer ouvir através delas. Em outras palavras, com essa dificuldade de acesso compromete-se substancialmente o pluralismo, que é essencial para o seu saudável funcionamento. Por isso, a existência de deveres e responsabilidades especiais é capaz de alçar a liberdade de Imprensa para além de uma concepção de que o seu exercício seria meramente a manifestação de um direito de propriedade do dono da empresa de comunicação social, um exercício de um “poder privado” ou unicamente se refere às visões de mundo de seus editores. Sobre o tema v. BAKER, C. Edwin. *Press Performance, Human Rights, and Private Power as a Threat*. Op. cit.

em alguma medida costuma ser sobreposta às discussões acima apresentadas se o direito de informar também se constituiria como um dever, o que acaba gerando mais confusões do que esclarecimento na matéria. Todavia, a dimensão do direito de ser informado dirigida aos meios de comunicação social deve abranger um conjunto de deveres e elementos que devem acompanhar a formulação das informações jornalísticas para que estas mereçam a proteção constitucional que a categoria faz jus. Em resumo, é reconhecer que a sociedade possui sim o direito de ser bem informada²²² – sobretudo por aqueles meios de comunicação que se constituem como concessões estatais – e que a informação jornalística que pretende desempenhar esse papel deve lograr êxito em cumprir uma série de requisitos e legais, que serão estudados a seguir. Ao contrário, não se trata de um direito subjetivo de se exigir a formulação ou a publicação de determinada matéria jornalística que atenda a interesses meramente individuais.

Além do mais, pode-se dizer que o direito de ser (adequadamente) informado acaba sendo o fundamento último dos esforços constitucionais em instituir uma mídia efetivamente marcada pelo pluralismo e pela diversidade. Nesse sentido, a Constituição de 1988, ainda que não tenha alcançado uma efetivação plena na matéria, especialmente no sistema de radiofusão, traz diversos princípios e regras que visam a concretizar esse ideal²²³.

2.2.3. As funções da Imprensa.

Ao longo do presente capítulo vem se repetindo a frase de que a Imprensa exerce funções ou assume papéis diferenciados em nossa sociedade que justificam que a ela seja

(ressaltando aspectos econômicos e relativos às empresas de comunicação social e também relações de propriedade, onde por um lado há os riscos de monopolização da atividade e *gaps* informacionais, mas, por outro lado, isso abriria a possibilidade de a legislação relativa aos direitos de propriedade e a regulação estatal poder anestesiar eventuais problemas); COMPARATO, Fábio Konder. Regulação dos meios de comunicação. Op. cit., p. 12 (falando haver uma “lamentável confusão entre liberdade de expressão e liberdade de empresa” na realidade brasileira); KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 10 (reconhecendo que uma das maiores ameaças contemporâneas ao jornalismo é que a Imprensa se converta essencialmente em uma corporação de caráter monopolístico ou comercial e não propriamente a ameaça maior seria uma intervenção estatal).

²²² STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 102-103. A autora destaca que essa dimensão do direito de ser informado foi uma das preocupações do Poder Constituinte Originário ao tratar da vedação constitucional à formação de oligopólios e monopólios nos meios de comunicação social, de forma a garantir um maior pluralismo e, portanto, a maior probabilidade de que os cidadãos sejam melhor informados.

²²³ Tratam-se dos princípios orientadores da programação de emissoras de rádio e televisão, do art. 221 da CF e da vedação de que os meios de comunicação social se constituam monopólios ou oligopólios do art. 220, §5º da CF.

dispensado tratamento especializado tanto no que concerne à proteção, quanto em relação a deveres e responsabilidades. O presente item visa a justamente destacar tais funções, as quais podem ser enumeradas: a de instituição política, a de fornecedora de informações e contexto e de algo parecido com uma “função social” (*social glue*).

A função de instituição política costuma ser a mais destacada pela doutrina²²⁴, consistindo na capacidade de a Imprensa fiscalizar e expor os atos e decisões dos poderes políticos e funcionários estatais para grandes audiências, tornando o Poder Público transparente aos olhos dos cidadãos e permitindo que estes exerçam de maneira consciente a cidadania. Em resumo, a Imprensa e seus profissionais funcionam como um verdadeiro cão de guarda (*watchdog*) do regime democrático e republicano, zelando pelos interesses dos cidadãos que não encontram condições de estarem permanentemente exercendo atividades de fiscalização dos Poderes estatais em assuntos de interesse público²²⁵.

Muito embora a liberdade de expressão genericamente considerada também possua uma relação direta com o fundamento democracia, sob uma perspectiva meramente individual, dificilmente há a capacidade de cumprir satisfatoriamente esse papel de fiscalização dos Governos. Ao revés, é da essência da Imprensa como uma instituição política tanto a capacidade de exercer pressões sobre o Poder Público, quanto proporcionar um diálogo democrático com a sociedade, ao mesmo tempo informando e moldando opiniões²²⁶. Além do mais, é certo que através desse diálogo a Imprensa também contribui para que os próprios governantes possam melhor exercer suas funções na medida em que lhes possibilita conhecerem as necessidades e expectativas da opinião pública e da sociedade em geral²²⁷. E isso porque os meios de comunicação social possuem uma forma de organização própria, que lhes permite melhor desempenhar essa função²²⁸.

²²⁴ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit.

²²⁵ Essa função seria ressaltada nos EUA desde os *founding fathers*, ao vincularem a atuação da Imprensa com a democracia na medida em que esta deveria servir aos governados e não aos governantes, constituindo-se assim como o meio mais efetivo para se evitar a fraude. HACHTEN, Willian A. *The Troubles of Journalism: a Critical Look at What's Right and Wrong With the Press*. Op. cit., p. 36. Ver também HIGHAM, Camille Anjes. *Mediagathering vs. Newsgathering: Giving the Freedom of the Press Clause Due Recognition*. Op. cit., p. 428.

²²⁶ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 24.

²²⁷ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 24.

²²⁸ BLASI, Vincent. *The Checking Value in First Amendment Theory*. In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 2, No. 3, pp. 521-649, 1977, p. 541 (Destacando que quando bem organizada, financiada, são criadas para funcionar como uma “contra força” aos governo e também capazes de transmitir essas informações às grandes massas). O autor ainda destaca que a conduta equivocada dos governos é um mal maior do que o desvio de conduta de atores privados, justamente porque somente aqueles possuem o monopólio legítimo da força.

Na realidade brasileira salta aos olhos o exercício dessa função pela grande mídia, ainda que a mesma seja passível de inúmeras críticas. Por exemplo, nas últimas décadas houve o espaço para o crescimento de um jornalismo livre de amarras que quase que diariamente passou a cobrir e noticiar grandes escândalos públicos, desde os Anões do Orçamento até a Lava Jato, contribuindo para moldar a percepção do cidadão não somente em relação aos seus governantes, mas também sobre o contexto social em que se insere. Além do mais, é notório que em alguns casos foi apenas através do jornalismo investigativo, e das pressões que ele proporciona, que diversas ações de agentes públicos e políticos foram transparentes, apuradas e efetivamente levadas ao conhecimento dos cidadãos.

Em segundo lugar, a Imprensa realiza a atividade de prover informações e contexto para a sociedade²²⁹. É dizer, além de supervisionar os Poder Públicos (*watchdog*) é por meio dela que são divulgadas as informações socialmente relevantes. No entanto, evidentemente que não basta apenas fornecer dados e informações, visto que se a função da Imprensa se resumisse a isso, esta poderia facilmente ser substituída por bancos de dados digitais, sobretudo em assuntos governamentais. Na verdade, para o adequado exercício desta função a Imprensa deve se engajar em um processo de racionalização das informações obtidas, de modo que as torne compreensíveis para os cidadãos. Isso somente é viável através de um constante processo de checagem e atualização, o que em um contexto de desinformação generalizada proporcionada pelas mídias digitais, acaba, por fim, sendo a sua marca distintiva. Em resumo, a Imprensa assume o papel de legitimar e conferir credibilidade às informações divulgadas²³⁰.

Nesse particular, pode-se dizer que dada a relevância social e institucional que certos veículos de comunicação social alcançaram, os mesmos acabam conseqüentemente assumindo igualmente a tarefa de “*agenda setting*”²³¹. A mera discricionariedade de noticiar ou não determinados assuntos, tendo em vista a liberdade editorial, associada ao aspecto da

²²⁹ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 26.

²³⁰ Em um contexto de *Fake News* essa função seria de vital importância para a sobrevivência de regimes democráticos. Sobre o tema v. D’ANCONA, Matthew. Pós verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Barueri: Faro Editorial, 2018; LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 27.

²³¹ Sintetizando esse papel, Ana Paula de Barcellos afirma: “(...) a imprensa é também uma das grandes responsáveis por definir a pauta dos debates públicos. Aquilo que a imprensa decide divulgar torna-se naturalmente um tema comentado e discutido pela sociedade, ao passo que outros assuntos, por não serem objeto de atenção da imprensa, permanecem à sombra”. BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. In: DPU nº 55, Parte Geral – Doutrina, jan./fev. 2014, p. 64.

ressonância massificada na sociedade de suas matérias, implicam que a formação da agenda discutida e debatida pela opinião pública, conseqüentemente, é oriunda de decisões de alguns veículos de comunicação social²³². Nesse particular, mais do que definir as agendas os meios de comunicações sociais teriam o poder de constituírem verdadeiros “porteiros” (*gatekeepers*), decidindo efetivamente o que as pessoas devem ou não devem saber²³³.

Por fim, a Imprensa realiza igualmente algo próximo de uma função social²³⁴, ou, segundo alguns autores, funcionaria também como uma espécie de “quadro de avisos”²³⁵. Esse papel seria exercido através do fornecimento de informações de caráter cotidiano como, por exemplo, previsões do tempo, condições de trânsito, alerta para desastres naturais, obituários, eventos culturais e desportivos, dentre outros.

É interessante notar, que apesar de através dessa função a Imprensa não ingressar propriamente em discussões mais amplas de relevância democrática, essa não seria propriamente desimportante. Na verdade, através dela é possível se vislumbrar a criação de um senso de comunidade, na qual os veículos de comunicação social auxiliariam as pessoas a desenvolverem as suas atividades cotidianas e interesses de caráter pessoal²³⁶.

2.2.4. Os deveres dos profissionais de Imprensa.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que os deveres aqui ressaltados possuem propriamente um cunho mais deontológico²³⁷ do que jurídico. Uma vez que se constituem como “deveres éticos” do profissional de Imprensa, em regra, não geram uma pretensão de que o Poder Judiciário, por meio de seu poder de coerção, obrigue os jornalistas a seguirem

²³² STROPPA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 90.

²³³ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 15, (afirmando que com as revoluções tecnológicas essa função de “*gatekeeper*” não mais subsistiria, uma vez que a nova forma de se fazer jornalismo mais se assemelharia a uma conversação do que uma relação de fornecimento unilateral de informações).

²³⁴ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 28.

²³⁵ FARIAS, Edilson Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. Op. cit., p. 108.

²³⁶ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 28. Isso pode ser claramente visualizado em cidades ou povoados pequenos que contam com poucos provedores de informação.

²³⁷ As condutas éticas vão orientar certos aspectos inerentes à atividade jornalística. Outras vezes vão exigir que os jornalistas se portem de forma auto controlada, auto restritiva ou mesmo preocupada com as conseqüências práticas de suas ações. Um exemplo disso poderia ser retirado da realidade de Israel em que associar a figura de qualquer pessoa ao nazismo implica praticamente em clamar publicamente por sua morte. COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*, op. cit., p. 91.

um dado padrão de conduta. Todavia, isso não significa que os mesmos sejam irrelevantes ou que não possuem quaisquer consequências jurídicas. Aqui é possível vislumbrar ao menos dois possíveis efeitos jurídicos os referidos “deveres”. O primeiro é que podem servir de parâmetro para que se possa avaliar concretamente se um determinado ator ou empresa se constitui de fato como jornalista ou veículo de Imprensa, fazendo jus à tutela jurídica que aqueles que se qualificam como tal merecem. O segundo é a possibilidade de influírem de alguma forma na gradação ou ponderação em eventuais responsabilidades ulteriores.

Cabe destacar que a existência de deveres éticos dos profissionais de Imprensa surge como algo até mesmo natural, especialmente em razão de o exercício da atividade informativa estar sempre associada às demandas por notícias em um *pace* bastante acelerado. É dizer a maior parte das notícias só faz sentido e apresenta alguma utilidade e relevância pública de ser elaborada e divulgada se guardar algum grau de atualidade com o que se pretende informar (*Hot News*)²³⁸. No entanto, deve-se considerar que as pressões por publicações quase instantâneas, expostas em matérias sensacionalistas²³⁹, encontram justamente limites nos princípios e *standards* éticos que devem orientar o trabalho jornalístico²⁴⁰.

O primeiro dever “ético” dos jornalistas é o compromisso com a verdade²⁴¹. Abstraindo-se questões filosóficas mais aprofundadas sobre o tema, o que realmente

²³⁸ Na discussão da utilidade das notícias enquanto ainda permaneçam quentes (*Hot News*) há uma celeuma sobre a questão da reprodução notícias publicadas por terceiros – em um cenário de mercado ou competição – e se isso violaria direitos de propriedade intelectual (*copyright*). Nesse cenário, essa parece ser uma prática bastante comum nos principais e maiores veículos de Imprensa, onde os fatos noticiados possuem valor apenas por um curto período de tempo, o que, por sua vez, reduz o tempo que o jornalista dispensa em matérias originais e de uso de fontes primárias. Sobre a questão v. TRAGONE, Adam. *Defining the Press Clause: The End of Hot News and the Attempt to Save Traditional Media*, Op. cit. Além disso, a judicialização com o escopo de proteção dos jornalistas que buscam fontes primárias e tem o trabalho de produzir matérias originais para alguns seria capaz de prejudicar a disseminação de notícias de valor e causaria um indevido *chilling effect*.

²³⁹ As matérias de cunho sensacionalistas talvez sejam as que mais vulneram ou colocam em risco a honra e a privacidade de pessoas públicas e privadas, justamente por colocar em tensão o “bom jornalismo” com as “boas histórias”. Por meio delas, há o recurso ao exagero e por vezes até mesmo à mentira deliberada, o que pode colocar sérias dúvidas sobre a pertinência de uma chamada zona de segurança para discursos não verdadeiros publicados pela imprensa, que será abordado no próximo capítulo.

²⁴⁰ COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*. Op. cit., p. 77.

²⁴¹ Muito se fala, por exemplo, que hoje mais do que nunca o que realça o papel e a importância da Imprensa é justamente o compromisso com a verdade. Os questionamentos e críticas oriundos dos movimentos pós modernistas acabaram trazendo um ceticismo generalizado em torno da existência de uma verdade. Desse modo, diz-se viver contemporaneamente uma era de pós verdade, onde o mais importante seriam os apelos emocionais, enquanto que a verdade seria apenas um mero detalhe. KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 29. Isso é acentuado quando se encara essa questão frente à liberdade de internet. Obviamente a liberdade de imprensa e a liberdade de internet possuem uma base em comum, mas não são sinônimos. Apesar disso, é certo que a comunidade internacional nos últimos anos reservou um maior foco de atenção e promoção sobre a segunda, visto que na maior parte dos países autoritários do mundo a imprensa está sob o monopólio do *status quo*. LAMER, Wiebke.

significaria compromisso com a verdade sob a perspectiva do jornalista? A indagação se justifica porquanto este costuma ser o princípio norteador da atividade jornalística que provoca as maiores confusões²⁴². Como mencionado, costuma-se atribuir uma pretensão de objetividade absoluta às coberturas da Imprensa. Porém, foi analisado que é inerente ao ser humano carregar uma carga de pré compreensões e vieses capazes de prejudicar tais demandas²⁴³.

Obviamente a verdade que se busca com a atividade jornalística é aquela que se aproxima da veracidade, da verdade subjetiva ou da verdade funcional²⁴⁴. Ou seja, não se exige uma precisão absoluta, de caráter matemático ou aritmético, intolerante a qualquer equívoco ou imprecisão factual. Mesmo porque a atividade jornalística tende a ser, pela sua própria natureza, muito mais reativa e prática do que filosófica e introspectiva²⁴⁵.

Apesar disso, ainda assim, deve haver compromisso com a busca por certo grau de precisão nos relatos jornalísticos, de forma que os meios de comunicação social possam ser

Press Freedom as an International Human Right. Op. cit., p. 132. Alguns autores, após o fenômeno do *WikiLeaks* chegaram a afirmar que a internet estava propiciando o surgimento de um “Quinto Estado”, em que os cidadãos comuns poderiam efetivamente vir a se tornar um *check and balance* sobre os Poderes Públicos. No entanto, após a explosão do fenômeno das *Fake News* o consenso a que se chegou é que nem a internet e nem as redes sociais talvez sejam os melhores árbitros das informações que são divulgadas. Por outro lado, esse fenômeno também foi positivo para a própria imprensa, na medida em que a internet vem propiciando um contato mais direto dela com os cidadãos, se beneficiando daqueles que contribuem para a tarefa de fiscalizar os Governos e de checar os fatos.

²⁴² KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 24.

²⁴³ Pode-se dizer que essa pretensão de objetividade também é sujeita a diversas confusões conceituais no que concerne à atividade jornalística. Nos primórdios do desenvolvimento da atividade, não significava qualquer ilusão a cerca de uma pretensa neutralidade. Na verdade, partia-se de uma concepção realista de que os jornalistas também estariam sujeitos a vieses e, por isso, deveriam ser desenvolvidos mecanismos para que estes não prejudicassem a precisão do seu trabalho. Com o passar do tempo, os próprios profissionais da área se preocuparam em adquirir um maior “espírito científico” nas áreas de verificação e validação dos fatos, sobretudo a partir da influência das ciências positivistas e do realismo fotográfico. Ocorre que, paulatinamente, essa ideia sofisticada foi perdendo o seu sentido e sendo confundida na prática de que quem deveria ser objetivo eram os jornalistas e não os seus métodos. Em seus estudos Kovach e Rosenstiel sintetizam algumas ideias que estariam relacionadas com uma pretensão de objetividade, isto é de o jornalista tentar apartar o fato da ficção: I- nunca adicionar nada que não estava no relato das fontes; II- nunca enganar a audiência, de modo que se algo foi originariamente modificado, a audiência deve saber; III- ser o mais transparente possível sobre métodos e motivos; IV- se basear o máximo possível em relatos originais; V- exercer a humildade diante de suas próprias habilidades e eventuais erros. KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 62-66. Ver também: COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public’s Right to Know*. Op. cit. Novamente, pode-se dizer que a objetividade está preocupada, em primeiro lugar, na separação entre fatos e valores, mas que abrange diversas concepções como precisão, equilíbrio e equidade, veracidade e neutralidade moral. Idem, p. 71-75.

²⁴⁴ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 29.

²⁴⁵ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 28.

tidos como dignos de confiança por parte de sua audiência. No entanto, a mera precisão também não é suficiente e, em alguns contextos, pode até mesmo ser utilizada com escopos manipulativos, capaz, inclusive, de reforçar falsos estereótipos. Por essa razão que se fala que a precisão deve ser combinada com a coerência, almejando que se conte “a história toda e não apenas meias verdades”. Essa ideia de verdade jornalística deve, assim, ser entendida como um processo, no qual há uma contínua busca por precisão, correição e verificação, onde não se ignora a possibilidade de se responder a erros e falta de informações nas primeiras publicações. Portanto, a verdade deve ser tida como um objetivo²⁴⁶.

O segundo dever ético dos jornalistas se constitui como um “dever de lealdade” à sociedade²⁴⁷. Essa ideia está na base da independência jornalística. Isto é, o profissional de imprensa na busca por informações jornalísticas deve ser isento e livre de qualquer medo, tanto de forças públicas quanto de forças privadas²⁴⁸. É essa pretensão de isenção que vai justificar toda a credibilidade pessoal e confiança depositada neles pela sociedade.

O grande desafio em um contexto de mercantilização das informações e do funcionamento dos meios de comunicação como autênticas empresas que perseguem em primeiro lugar o lucro é fazer como que os seus profissionais não “confundam lealdades” – o que pode ter consequências desastrosas²⁴⁹ –, mas, ao revés, mantenham a sua independência. Em outras palavras, é tomar com as audiências menos uma relação de consumo e mais uma relação pautada em seus valores, julgamentos, coragem, profissionalismo e comprometimento com a comunidade, ainda que se reconheça que tais profissionais não trabalham por

²⁴⁶ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 32. Isso fica claro quando os autores tratam do equilíbrio que se exige nas matérias jornalísticas, que seria uma exigência natural da profissão. O equilíbrio não pode ser tido como uma equação matemática, visto que assim pode se estar realizando um trabalho distorcido ou manipulativo. E.g. se algum tema científico for praticamente incontroverso e o jornalista buscar dar o mesmo destaque a eventuais divergências minoritárias, poderá estar passando a impressão inversa para o público. Por outro lado, a concepção de neutralidade estrita pode em alguns casos ser criticada. E.g. não se deve tolerar que o jornalista tenha uma postura neutra contra atos atentatórios aos pilares da democracia ou não julgar moralmente o terrorismo como um ato errado. COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*. Op. cit., p. 72. O ponto ressaltado é que nem sempre o ofício jornalístico exigirá – apesar de essa ser a regra – coberturas não enviesadas.

²⁴⁷ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 37. COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*. Op. cit., p. 85.

²⁴⁸ É nesse sentido que se afirma que os jornalistas, diante da pretensão de isenção, não seriam como os demais empregados de uma empresa, uma vez que devem possuir um espaço para sobrepor as suas atividades às visões e interesses pessoais, comerciais e políticos de seus empregadores. KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 37.

²⁴⁹ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 44.

altruísmo²⁵⁰. Uma sugestão interessante é apresentada por Bill Kovach e Tom Rosenstiel²⁵¹, que passaria pela adoção de uma “comunicação” clara entre os jornalistas e meios de comunicação social com a sua audiência a respeito de *standards* ou métodos que os orientam tanto em nível de conduta profissional, quanto em nível organizacional²⁵².

Por fim, um terceiro princípio de caráter ético que orienta a atividade jornalística e, conseqüentemente, se conecta aos dois anteriores, é a “disciplina de verificação”. A disciplina de verificação é parte essencial da atividade jornalística e, através dela, é possível cumprir satisfatoriamente com o seu objetivo primário que é o compromisso com a verdade, na medida em que evidencia um esforço em separar o que é verdadeiro e confiável da mera fofoca, das falhas cognitivas ou das agendas manipulativas²⁵³.

É justamente esse papel “saneador” uma das marcas distintivas da Imprensa em relação às outras formas de manifestação e expressão, ainda que os titulares destas se autodenominem de jornalistas. A importância desse terceiro dever ético se justifica no fato de que a sobrecarga de informação disponível pode acabar gerando o efeito reverso: mais desinformação e alienação. Assim, mais do que apenas checar a veracidade e a confiabilidade das informações, o papel do jornalista nesse contexto é fazer com que toda a informação disponível “faça algum sentido”²⁵⁴.

Apesar de haver algumas práticas que definitivamente podem ser enquadradas como posturas de verificação, os próprios estudiosos da matéria reconhecem não haver um rol definitivo e fechado das condutas que sejam abrangidas por esse dever inerente à atividade jornalística. A despeito de cada jornalista ou organização ter o seu método de verificação próprio, pode-se dizer que nesse tema o mais desejável é que sejam transparentes como uma

²⁵⁰ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 45.

²⁵¹ HACHTEN, Willian A. *The Troubles of Journalism: a Critical Look at What's Right and Wrong With the Press*. Op. cit., p. 102-112.. A perda de confiança na imprensa é um fenômeno complexo, onde em muitas das ocasiões a audiência a enxerga como uma “elite manipuladora” que não trabalha em prol do interesse público, mas puramente buscando interesses particulares, como o aumento de vendas ou da audiência.

²⁵² KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 51.

²⁵³ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 53.

²⁵⁴ LAMER, Wiebke. *Press Freedom as an International Human Right*. Op. cit., p. 133.

forma de reforçar a sua lealdade com a audiência e também com o “compromisso com a verdade”²⁵⁵.

Intimamente relacionado a tais deveres éticos dos jornalistas está o tema do conteúdo noticiável. Em outras palavras, é diferenciar propriamente o que pode ser abrangido no conceito de informação jornalística e, conseqüentemente, apartado do mero entretenimento. Não se deve ignorar que o termo notícia está sempre em evolução e depende de contextos sociais e culturais²⁵⁶. Na sua essência a notícia está relacionada com a própria função da Imprensa, que é a de informar o público sobre assuntos de interesse público, ainda que não se ignore a função de empresa e de lucro que a mesma também desempenha. Em resumo, o conteúdo noticiável (*newsworthiness*) tem a ver com a questão da objetividade, veracidade, credibilidade e abordagem desviesada do conteúdo²⁵⁷. Todavia, é certo que dentro dessa seara há, de acordo com a autonomia editorial, grande margem de escolha sobre o conteúdo efetivamente a ser noticiado.

2.3. A Liberdade de Imprensa na Constituição Federal de 1988.

É preciso destacar que no presente item serão analisadas garantias e deveres que o regime constitucional brasileiro garante aos profissionais da Imprensa na sua busca pela informação jornalística. É preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 possui diversas outras previsões atinentes à Imprensa ou aos meios de comunicação social que não serão estudadas aqui por estarem desvinculadas com o objeto principal de estudo.

2.3.1. Vedação à censura.

Uma definição básica de liberdade de Imprensa diz respeito à possibilidade de jornalistas poderem reportar, criticar ou comentar sobre o seu próprio Governo sem medo de retaliação em relação a qualquer autoridade²⁵⁸. Nesse sentido, a concretização dessa ideia

²⁵⁵ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 62.

²⁵⁶ HIGHAM, Camille Anjes. *Mediagathering vs. Newsgathering: Giving the Freedom of the Press Clause Due Recognition*. Op. cit., p. 420.

²⁵⁷ HIGHAM, Camille Anjes. *Mediagathering vs. Newsgathering: Giving the Freedom of the Press Clause Due Recognition*. Op. cit., p. 422.

²⁵⁸ HACHTEN, Willian A. *The Troubles of Journalism: a Critical Look at What's Right and Wrong With the Press*. Op. cit., p. 32.

básica passa em grande medida pela garantia de que estes não sofrerão censuras estatais. Originariamente a vedação à censura (*prior restraints*) é associada ao pensamento do jurista inglês do século XVIII William Blackstone. De acordo com Blackstone, a liberdade de Imprensa seria essencial para a existência de um Estado livre. No entanto, desde aqueles tempos parecia haver a preocupação fundamental na sua não absolutização, ante os perigos de que a propagação de discursos e ideias blasfemas, imorais, sediciosas, escandalosas, “traidoras” e “cismáticas” poderiam causar. Dessa forma, defendia que a sua essência repousava em evitar qualquer forma de restrições prévias sobre as publicações, mas não a possibilidade de responsabilizações ulteriores cíveis ou criminais, uma vez que aquele que publicou algum discurso ilegal, malicioso ou impróprio deveria assumir “as consequências de sua temeridade”²⁵⁹.

A teoria Blackstoniana foi desenvolvida em contraposição às famosas leis de licença inglesas, que se constituíam como incomensuráveis restrições à Liberdade de Imprensa naquele contexto, uma vez que determinavam que a “impressão de materiais” era de monopólio da Coroa Inglesa. Além do mais, a sistemática dessas leis ainda dispunha que nenhum livro poderia ser importado para terras inglesas sem que lograssem obter a respectiva licença, isto é, sem a devida anuência do competente corpo administrativo. O histórico de arbitrariedades ainda se completava com a possibilidade de o corpo administrativo do Estado manejar amplos poderes de busca e apreensões em residências e estabelecimentos comerciais em busca de materiais não licenciados. Essa sistemática perdurou até 1695, quando as leis de licença expiraram e não foram renovadas pela Casa dos Comuns, ocasião na qual passou a vigorar apenas a sistemática das punições subsequentes. Pode-se dizer, igualmente, que a história da elaboração e desenvolvimento da 1ª Emenda Constitucional norte-americana foi herdeira dessa tradição de oposição às leis de licença britânica²⁶⁰.

Mais do que isso, as oposições às restrições prévias se embasavam no fato de que a instituição de um sistema de escrutínio estatal sob a forma de licenças, como já havia sido a práxis inglesa, seria equivalente a submeter às “liberdades de sentimento aos preconceitos, arbitrariedades e infalibilidades de um (ou de poucos) homem”, o que seria acentuadamente grave em assuntos controvertidos, como religião ou política. Ao lado desse rechaço ao sistema de censuras prévias, se erigia a fé em punições posteriores, como uma necessidade imperiosa

²⁵⁹ BLACKSTONE, William. *Defining Libel and Its Defenses*. In: HEBERT, David L. *Freedom of the Press*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005, p. 32.

²⁶⁰ EMERSON, Thomas I. *The Doctrine of Prior Restraint*. In: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 20, No. 4, *Obscenity and the Arts*, pp. 648-671, 1955, p. 651-652.

para a preservação da paz, da ordem, de Governos e religiões, entendidos estes como as bases sólidas para as demais liberdades civis²⁶¹. Em essência, as preocupações de Blackstone em torno da Liberdade de Imprensa – e a eventual punição de abusos por meio de estatutos criminais – giravam em torno do bem jurídico paz pública.

De igual modo, o doutrinador norte-americano Thomas Emerson, em artigo acadêmico, se debruçou sobre o tema afirmando que o conceito de censura prévia (*prior restraint*) estaria em muito associado às restrições oficiais impostas sobre a liberdade de expressão e sobre a Liberdade de Imprensa, antes da publicação das mesmas²⁶². A princípio, a censura prévia teria algumas características gerais, como o fato de ser efetivada por meio do aparato administrativo estatal, que por sua vez seria legitimado por leis ou atos administrativos. Em contraposição, como destacado, não seriam inseridos no raciocínio e na lógica da censura, os mecanismos de responsabilização ulterior (*subsequent punishments*), ainda que, como será destacado no próximo capítulo, possam eventualmente possuir efeitos semelhantes ou até mesmo mais gravosos do que aquela.

No contexto norte-americano, o precedente mais de maior destaque que traçou considerações sobre as *prior restraints* foi *Near vs. Minnesota*²⁶³, onde a Suprema Corte Americana buscou resguardar a Liberdade de Imprensa contra as restrições prévias e a censura, especialmente em assuntos de relevância política²⁶⁴. Em resumo, esse caso chegou ao crivo da Corte em decorrência de um estatuto do estado de Minnesota que impedira a divulgação de uma publicação local bastante crítica a agentes públicos. A Suprema Corte, por uma maioria de 5 a 4 entendeu que a lei estabelecia uma efetiva censura prévia sobre as publicações e, por isso, violava a 1ª Emenda à Constituição, mas ressaltou que eventualmente os discursos poderiam ser submetidos ao regime das punições subsequentes, seja através da responsabilidade penal ou civil.

A grande questão é saber o que está abrangido no conceito de restrição prévia e, portanto, de censura constitucionalmente vedada. A forma mais clara é quando um ato estatal,

²⁶¹ BLACKSTONE, William. *Defining Libel and Its Defenses*. Op. cit., p. 33.

²⁶² EMERSON, Thomas I. *The Doctrine of Prior Restraint*. Op. cit., p. 648.

²⁶³ 283 U.S. 697 (1931).

²⁶⁴ Tais restrições eram veiculada no estatuto conhecido como “*Minnesota Gag Law*”, que punia publicações de conteúdos escandalosos, difamatórios e obscenos. Thomas Emerson destaca que o caso é envolto de peculiaridades, uma vez que não se tratava de lei com o mesmo caráter das tradicionais Leis de Licença Inglesas do século XVII, mas, a princípio, estabelecia um sistema de punições subsequentes. No entanto, a Suprema Corte Americana percebeu que o seu efeito prático possuía o potencial de proporcionar restrições prévias sobre a liberdade de expressão. EMERSON, Thomas I. *The Doctrine of Prior Restraint*. Op. cit., p. 654.

seja administrativo ou legislativo, estabelece um sistema de licenças, nos quais há o controle de certos conteúdos ou modalidades comunicação por atos oficiais do Poder Executivo. Mas é certo que outras formas mais sutis de restrições prévias também existem: sejam as de caráter judicial, como medidas cautelares que impedem manifestações ou publicações, sejam as de caráter legislativo, como aquelas em que são fixadas condições gerais para a publicação, como o pagamento de taxas específicas.

Nesse sentido, destaque-se que Emerson ainda enumera alguns elementos ou características marcantes do regime de restrições prévias como, por exemplo: (i) o fato de normalmente demandar a movimentação de um grande maquinário estatal, maior do que o das punições subsequentes para inspecionar os discursos vedados; (ii) o fato de que se uma expressão for banida nunca irá atingir o mercado de ideias ou levará muito tempo, sendo assim capaz de tornar a informação veiculada obsoleta; (iii) normalmente – mas não exclusivamente – é um procedimento de caráter administrativo; (iv) aumenta as chances de discriminação e abusos, uma vez que as decisões costumam não ser tomadas de forma completamente públicas ou transparentes e, assim, tem uma baixa probabilidade de sofrer um escrutínio ou discussão pública; (v) do ponto de vista individual costuma se afirmar que é um sistema que traz menos riscos de sérias consequências, mas o autor destaca que do ponto de vista social essa é uma assertiva duvidosa, porquanto acaba trazendo menos opiniões e informações ao mercado de ideias, causando uma maior conformação com a opinião oficial – o que, por sua vez, teria maior potencial de dissuasão sobre a liberdade de expressão e maiores riscos do que um sistema de punições subsequentes²⁶⁵.

No ordenamento jurídico pátrio, como mencionado, não foi atípica a existência de diversos regimes oficiais que estabeleciam a censura prévia. Conforme já mencionado neste trabalho, a Constituição Federal de 1988 foi enfática e até mesmo repetitiva nas disposições que demonstram a preocupação em vedar toda e qualquer forma de censura, nos artigos 5º, IX e 220, §2º. Aqui deve-se compreender que a vedação recai tanto sobre a instituição de um sistema oficial de licenças, por meio de leis ou atos administrativos, quanto para os subterfúgios mais sutis que logram efetivamente a censurar a Imprensa, como a utilização da jurisdição para impedir a veiculação de informações ou opiniões. Deve-se ressaltar, contudo, que não se pode afirmar a priori que, por exemplo, toda medida cautelar que restrinja em alguma monta a Liberdade de Imprensa seja de fato uma censura. Na verdade, a verificação

²⁶⁵ EMERSON, Thomas I. *The Doctrine of Prior Restraint*. Op. cit., p. 656-660.

de sua ocorrência demandará juízos concretos sobre a proporcionalidade da respectiva intervenção judicial. Por outro lado, como mencionado na introdução deste trabalho, também não se abraça aqui a tese de que o regime de responsabilização ulterior seria uma espécie de censura, muito embora, como se verá no próximo capítulo reconheça-se que pode vir a causar, indevidamente, a indesejada autocensura.

2.3.2. Direito de crítica.

Em segundo lugar, reconhece-se, como já afirmado, que a liberdade de informação jornalística não se resume apenas à tarefa de relato objetivo e inflexível de fatos ocorridos. É da própria natureza e do desenvolvimento da Imprensa o exercício de juízos de natureza crítica e valorativa e, portanto, revestidos de caráter subjetivo. De fato, o próprio juízo crítico dos indivíduos, para quem a matéria jornalística se dirige, muitas vezes somente será estimulado por meio de apontamentos de defeitos e virtudes sobre o objeto ou o sujeito analisado, notadamente daqueles referentes às instituições públicas. Mas é preciso compreender que essa garantia básica da Liberdade de Imprensa refere-se não apenas às questões atinentes à Administração Pública ou à Política, mas também a todo espectro cultural e social²⁶⁶.

É de se observar que a revogada Lei de Imprensa previa uma amplitude minuciosa do direito à crítica jornalística, abrangendo as modalidades de crítica literária, científica, desportiva, sobre os agentes públicos e as de interesse público, em seu artigo 27. Sob a égide daquele diploma legal, o entendimento era de que o direito de crítica deveria se conectar ao máximo possível com a objetividade dos fatos²⁶⁷. A preocupação era de que o seu exercício não se convertesse em indevido e desproporcional ataque de cunho pessoal, que seria equivalente ao abuso do direito.

²⁶⁶ GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil nos meios de comunicação. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 309.

²⁶⁷ MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa. 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 531. Cf. o seguinte trecho “É a crítica medida e séria, sem deslizes, sem incidências pessoais visando ao seu desprestígio e exposição ao ridículo. E ‘a crítica medida – expõe Perraud-Charmantier – é aquela que não transpõe os limites de seus direitos; é crítica justa, objetivamente justa, do ponto de vista do crítico, que discute a obra e a aprecia objetivamente – *in rem*. Que ela seja ou não idêntica à do autor e de outros, não se indaga e nem se leva em consideração”. Apesar disso, parece considerar a crítica sob um ponto de vista subjetivo, na medida em que seriam admitidas críticas que diminuíssem o indivíduo em seu amor próprio ou mesmo ofendessem, mas não a ponto de injuriar.

Todavia, uma dada interpretação sobre o direito de crítica jornalística não mais deve prevalecer. Conforme destacado, segundo a doutrina contemporânea, o campo da crítica é mais amplo que o campo da notícia, ainda que deva ser resguardo alguma espécie de conexão entre ambos os aspectos²⁶⁸. Uma vez que trata-se de manifestação notoriamente marcada pela valoração subjetiva, o direito de crítica não se sujeita ao requisito de demonstração da veracidade dos fatos (*exceptio veritatis*). No entanto, deve-se destacar que há autores que entendem haver diferenças conceituais entre a crítica e a opinião, uma vez que aquela, por ser menos abrangente, restringir-se-ia tão somente às valorações sobre fatos e opiniões que foram objeto de alguma matéria jornalística²⁶⁹.

No direito norte-americano o direito de crítica foi fundamentalmente enunciado no precedente *New York Times Co. vs. Sullivan*, que, por sua relevância, será estudado com maior minúcia no próximo capítulo. Todavia, vale a pena destacar clássica passagem do voto do *justice* William Brennan em que afirma que existiria:

“(...) um profundo comprometimento nacional com o princípio de que o debate em questões públicas deve ser desinibido, robusto e plenamente aberto, e que este pode muito bem incluir ataques veementes, casuísticos e algumas vezes desagradavelmente espinhosos para o governo e seus agentes públicos”²⁷⁰.

Ao abraçar o entendimento acima exposto no sentido de que o direito de crítica facilita a formação do espírito crítico individual, especialmente em conteúdos em que a mera informação seja de difícil compreensão para o público, Tatiana Stroppa afirma que o seu exercício favorece um “salto qualitativo” para que a informação não se constitua como um mero acúmulo de noções, podendo assim vir a se tornar de fato em conhecimento. Por essa razão, deve abranger não apenas comentários anódinos, mas também valorações mordazes, que possam ferir, chocar ou até inquietar²⁷¹.

Muito embora entenda-se que o direito de criticar deve possuir uma larga amplitude, não se ignora as preocupações que já tomavam a doutrina formada à luz da antiga Lei de

²⁶⁸ STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 178.

²⁶⁹ STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 179.

²⁷⁰ 376 U.S. 254 (1964). Cf. o texto no original: “*We consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials*”.

²⁷¹ STROPPIA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 179-180.

Imprensa. Ou seja, o direito à crítica não pode servir de escudo para o exercício abusivo e malicioso da Liberdade de Imprensa, especialmente sob a forma de injúrias ou difamações. Dessa forma, um valioso critério para avaliar se a crítica é ou não abusiva é justamente perquirir o grau de pertinência das valorações subjetivas com as informações objetivas²⁷².

2.3.3. Proteção do sigilo da fonte e vedação ao anonimato.

A garantia do sigilo da fonte jornalística é consagrada expressamente no art. 5º, XIV CF como autêntico direito fundamental. O seu conteúdo é “verdadeiro antecedente lógico” para o desenvolvimento da atividade jornalística²⁷³. A sua razão de existir se explica como forma de assegurar o fluxo de informações na sociedade, uma vez que ao preservar a identidade de suas fontes o jornalista impede que as mesmas sejam expostas e, assim, possam transmitir as informações de forma mais desinibida e sem medo de sanções, ameaças ou repercussões negativas em suas vidas pessoais.

Não se afasta muito da garantia geral de sigilo a que certas categoriais profissionais se submetem. A única diferença é que aqui não se protege o sigilo das informações, mas o sigilo da identidade dos informantes. Mais do que isso, acrescenta-se que são protegidas não apenas as informações em si, mas também os próprios processos pelos quais são obtidas²⁷⁴.

O sigilo da fonte tem em essência uma dupla acepção. Por um lado, a garantia é verdadeiro direito subjetivo do jornalista que não pode ser, em regra, compelido judicialmente a revelar as fontes de sua notícia. Mas, por outro lado, constitui-se também como um dever perante as próprias fontes de informação, na medida em que há um compromisso ético em não identifica-las, no caso de as mesmas terem revelado as informações apenas sob a condição do anonimato²⁷⁵.

A garantia do sigilo das fontes em muitos ordenamentos jurídicos veio assegurada em leis (*shield laws*) como uma forma de reconhecimento do papel cumprido pela Imprensa no

²⁷² STROPPA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 180.

²⁷³ STROPPA, Tatiana. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Op. cit., p. 94.

²⁷⁴ HIGHAM, Camille Anjes. *Mediagathering vs. Newsgathering: Giving the Freedom of the Press Clause Due Recognition*. Op. cit., p. 431-433.

²⁷⁵ GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Liberdade de Informação e o direito difuso a informação verdadeira. Op. cit., p. 127.

sentido de servir ao interesse público. Todavia, estudos no direito comparado revelam que na prática essa garantia pode restar fragilizada diante de casos-limites, especialmente quando haja alguma questão de repercussão criminal envolvida²⁷⁶. Mas o fato é que esses exemplos práticos colocam o próprio jornalista em um dilema no mínimo de cunho ético: revelar as suas fontes em um processo ou investigação criminal pode ajudar a solucionar graves delitos, o que é de interesse de toda a sociedade, mas, por outro lado, pode vir a transformá-lo em um profissional menos confiável aos olhos de suas fontes que preferiram se manter em sigilo e, portanto, prejudicar ou resfriar o seu trabalho de coleta e difusão da informação jornalística, o que também é de interesse da sociedade²⁷⁷. Por sua vez, o próprio processo de utilização de fontes deve ser compreendido de forma bilateral: por um lado, o jornalista deve se engajar na busca de fontes confiáveis, mas, por outro lado, também deve se comprometer a não enganar as suas fontes em nome da busca pela verdade (*masquerading*).

Apesar de ser inegável que o sigilo da fonte trata-se de uma garantia fundamental do jornalista, factualmente, pode-se afirmar que se este somente se vale de fontes anônimas a sua credibilidade perante o público tende a ser reduzida, visto a baixa transparência do processo informativo. Diante disso, alguns autores especializados na literatura do jornalismo chegam a sugerir que, na prática, haja quase que um recurso apenas subsidiário a fontes anônimas ou sigilosas. Ou seja, deveriam ser utilizadas apenas quando imprescindíveis para o que se quer noticiar e, ainda assim, ponderando os próprios interesses pessoais (e manipulativos) dessas fontes²⁷⁸.

Por sua vez, é preciso destacar também a vedação ao anonimato, que é um dever dirigido aos comunicadores em geral, previsto constitucionalmente, no artigo 5º, IV da

²⁷⁶ No direito norte-americano foi emblemático o caso da escritora Vanessa Leggett que ao investigar e escrever sobre um caso de assassinato – entrevistando testemunhas e envolvidos – se recusou a revelar as suas fontes perante o júri e, por essa razão, foi presa por 168 dias por desobediência. No caso, consta que a autora foi pressionada pelo FBI, que lhe ofereceu dinheiro para revelar os resultados de sua pesquisa, com a condição de que a agência governamental teria a palavra final sobre a possibilidade de publicação de seu material, o que foi negado pela autora. A decisão foi tomada pela Corte texana do 5º circuito. Aparentemente a condenação da escritora e jornalista podia ser tida como desnecessária uma vez que o acusado acabou sendo condenado através de outras evidências. Mais do que isso, o caso do assassinato ganhou tanto destaque e repercussão midiática à época, porém somente a referida jornalista foi punida por se negar a revelar as suas fontes. Sobre o caso v. SCARDINO, Daniel. *Reporters Must Have the Right to Keep Sources Confidential*. In: HEBERT, David L. *Freedom of the Press*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005, p. 116-117.

²⁷⁷ SCARDINO, Daniel. *Reporters Must Have the Right to Keep Sources Confidential*. Op. cit., p. 122.

²⁷⁸ KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect*. Op. cit., p. 70.

Constituição Federal e historicamente assegurada desde o Império²⁷⁹. Em essência, tal vedação visa a se constituir como um freio à “absolutização” da liberdade de expressão em sentido amplo e uma forma de tutela aos direitos constitucionalmente assegurados com ela colidentes. Isso porque, por meio da vedação de matérias jornalísticas anônimas, busca-se, através da identificação de seus autores, a possibilidade de responsabilização ulterior por eventuais abusos praticados. Em outras palavras, é uma garantia de que potenciais vítimas não restem sem qualquer tipo de compensação por eventuais danos indenizáveis oriundos de matérias jornalísticas.

Deve-se deixar claro que tanto o sigilo das fontes, quanto a vedação do anonimato convergem no binômio liberdade e responsabilidade. Explique-se. Deve ser assegurada da forma mais ampla possível o exercício desembaraçado da atividade jornalística, entretanto, em nenhum momento, o seu titular pode se escudar de eventuais responsabilidade, seja se escorando em um sigilo de fontes ou em um eventual anonimato. Além disso, pode-se dizer que a base da responsabilidade jornalística reside também em uma compreensão do ideal Kantiano aplicado à atividade: “não utilizar as pessoas como meios na exploração de reportagens”²⁸⁰. Ou seja, considerando que os jornalistas não são imunes à responsabilização, estes, primeiramente, devem se preocupar em controlar ao máximo as suas condutas a fim de evitarem danos injustificados.

2.3.4. Desnecessidade de diploma de ensino superior.

Por fim, cabe assinalar que, no ordenamento jurídico brasileiro, uma última garantia concedida aos jornalistas é a desnecessidade de possuírem diploma de ensino superior em faculdade de jornalismo para exercerem a profissão. Essa não é um direito propriamente garantido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988, porém uma leitura sistemática de seus dispositivos pode levar a tal conclusão. A questão foi discutida no Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511.961²⁸¹.

²⁷⁹ Trata-se de previsão veiculada por meio do Decreto de 18 de junho de 1822. No mesmo sentido, v. GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Liberdade de Informação e o direito difuso a informação verdadeira. Op. cit., p. 123.

²⁸⁰ COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*. Op. cit., p. 92.

²⁸¹ RE 511.961, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJe 13.11.2009.

A referida exigência de diploma para o exercício da atividade profissional de jornalista fora veiculada originariamente pelo art. 4º, V do Decreto-Lei 972/1969. Tal diploma legislativo estava na contramão da realidade da maior parte dos regimes democráticos ocidentais que não formulam a mesma exigência²⁸². Além do mais, seria incompatível com o regime jurídico de alguns tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁸³.

De acordo com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, o art. 4º, V do Decreto-Lei 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. O fundamento principal para tanto seria a incompatibilidade com a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, visto que tal exigência se assemelharia a um sistema de controle ou de censura prévia, o que, como visto, é peremptoriamente vedado pela Constituição Federal. Além disso, a Corte ressaltou que a exigência de diploma seria desproporcional em face da liberdade de ofício e que eventuais danos a terceiros ou o exercício de um “mau jornalismo” não poderiam ser contidos apenas com um simples diploma²⁸⁴. É preciso acentuar também que parte dos Ministros ainda enxergou o referido diploma legislativo com resquícios autoritários do regime da Ditadura Militar, que teria como único escopo restringir a divulgação de informações contrárias ao Governo de exceção²⁸⁵. Apesar disso, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não significa que as empresas de comunicação social não possam exigir que os seus profissionais sejam qualificados com diploma de ensino superior. Apenas afastou a exigência legal de que somente os detentores de diploma universitário possam exercer a profissão de jornalista.

²⁸² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 542.

²⁸³ Assim se manifestou a CIDH no caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985 e a OEA no Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009.

²⁸⁴ Nesse aspecto, merece transcrição o seguinte trecho da ementa do julgado: “[...] A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1o, da Constituição”.

²⁸⁵ Isso se verifica, por exemplo, nos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Todavia, deve-se assinalar que a matéria pode vir a ser novamente discutida, visto que tramita no Congresso Nacional Projeto de Emenda Constitucional (PEC 206/2012)²⁸⁶, que traz a exigência de que apenas formados em jornalismo possam exercer o ofício de jornalista. O embasamento dessa PEC passa pelo entendimento de que a referida exigência não se trata de uma restrição à liberdade de informação, mas de que o jornalismo se constitui como um ofício que, assim como muitos outros, exige qualificações específicas que devem ser regulamentadas pelo Poder Legislativo²⁸⁷. A referida PEC, caso aprovada acrescentará os parágrafos 7º e 8º ao artigo 220 da Constituição para tornar a profissão de jornalista privativa do detentor de diploma de curso superior em jornalismo, mas não descartando a possibilidade de quem não possua tal formação possa trabalhar sob a forma de “colaborador”.

2.4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Liberdade de Imprensa.

A atuação da Imprensa ou dos jornalistas já foi objeto de alguns precedentes no Supremo Tribunal Federal, para além do RE 511.961. Por sua vez, outros julgados pendentes de julgamento pela Corte ainda irão se debruçar sobre os limites e formas da liberdade de expressão e, conseqüentemente, terão o potencial de influir na atuação jornalística e na compreensão judicial sobre este direito fundamental. É preciso já deixar claro que, apesar de críticas pontuais, a jurisprudência da Corte na última década tem empreitado verdadeira cruzada em prol da liberdade de expressão em sentido amplo.

Sem dúvidas o precedente nacional de maior destaque para a Liberdade de Imprensa é a ADPF 130²⁸⁸. Apesar de o julgado ser utilizado como parâmetro de controle do STF em

²⁸⁶ A PEC foi originariamente concebida no Senado Federal sob a indexação “PEC 33/2009”. Tal projeto de emenda à Constituição já foi aprovado em dois turnos de votação na referida Casa do Congresso Nacional, além de ter sido aprovado na comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Desde o ano de 2015 o projeto aguarda pauta do Plenário da Câmara dos Deputados.

²⁸⁷ A questão de fato acaba sendo polêmica na medida em que os projetos favoráveis ao retorno da exigência para o exercício profissional de jornalistas contam com o *lobby* bastante acentuado de sindicatos e universidades privadas de jornalismo. Se, por um lado, há preocupações em termos de liberdade de expressão e de imprensa, por outro, também há a legítima questão de valorização da própria categoria profissional. Tanto é assim que a decisão do STF no RE 511.961 não foi unânime. O Ministro Marco Aurélio, em voto divergente, acentuou que a exigência não poderia ser tida como desproporcional ao ponto de estar em desconformidade com a Constituição Federal. Ao contrário, para o Ministro seria até recomendável que os jornalistas, diante do fato de que a atividade causa impactos na vida das pessoas, possuíssem uma formação básica que viabilizasse a atividade profissional.

²⁸⁸ A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, em face da então Lei de Imprensa (Lei 5.250/67). Inicialmente, o pedido principal se referia apenas à não recepção de alguns dispositivos e à interpretação conforme a Constituição de outros. Posteriormente, em seus pedidos finais, na mesma petição inicial, o requerente pleiteou a não recepção integral da lei, que seria incompatível com “tempos democráticos”. O fundamento era a violação dos preceitos fundamentais expostos nos artigos: 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV; 220;

sede de reclamações contra decisões judiciais que atentam contra a liberdade de expressão é inequívoco que o seu sentido ainda é objeto de disputa e insegurança por parte de jurisdicionados, juízos ordinários e entre os próprios Ministros da Corte²⁸⁹. Isso porque embora a tese majoritária na ocasião tenha sido pela não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.260/67) pela Constituição de 1988, os argumentos e fundamentos prevaletes da Corte estiveram longe de ser claros e unívocos.

Na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se formaram três grupos de entendimentos, ainda que com alguma divergência interna entre eles. O primeiro grupo de votos foi formado pelos Ministros Ayres Britto, Carmen Lúcia, Menezes Direito, Eros Grau, César Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que convergiram para o entendimento de que a Lei de Imprensa não deveria ser recepcionada *in totum*. Ocorre que, como mencionado, os fundamentos utilizados foram bem variegados. Em síntese, pode-se dizer que o relator, em sua robusta fundamentação, trouxe uma noção praticamente libertária da Liberdade de Imprensa, que não poderia ser regulada por uma lei de caráter orgânico, mas apenas em temas laterais²⁹⁰. Um argumento bastante ecoado em diversos votos foi a origem autoritária da Lei, que contava com claros escopos censórios. Por outro lado, o Ministro César Peluso não entendia como ilegítima, a priori, a existência de uma Lei de Imprensa e, igualmente, não via como inconstitucionais diversos dispositivos impugnados na ADPF, mas,

221; 222 e 233 da CF. Argumentava-se também haver um autoritarismo congênito na Lei de Imprensa, por um aspecto temporal – de ter sido produzida pelo regime autoritário da Ditadura Militar – e por um aspecto material – por ter se prestado a cancelar uma truculenta restrição às liberdades comunicativas. Além do mais, a própria ementa da lei indicaria a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico pós 1988, na medida em que se prestaria a regular a liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Defendia-se ainda a inidoneidade da lei para coordenar as relações entre os princípios que informam a liberdade de comunicação, sobretudo quando de colisões com outros direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade.

²⁸⁹ Cite-se, como exemplo, a Reclamação 9.428, na qual a tese prevaletente do Ministro Relator César Peluso se orientou no sentido de que não poderia ser extraída da ADPF 130 qualquer espécie de unidade ou harmonia que fossem capazes de transcender a mera opinião isolada de algum Ministro. Na verdade, o que o precedente, se lido de forma sistemática, evidenciaria seria tão somente a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição de 1988. No entanto, como afirmado, posteriormente a Corte passou a admitir, em alguns casos, a possibilidade de reclamações constitucionais com base na ADPF 130, em que a decisão reclamada não se fundamentasse na antiga Lei de Imprensa, mas que impunha alguma forma de “censura judicial”.

²⁹⁰ Apesar de a liberdade de Imprensa ser uma liberdade submetida a uma reserva legal qualificada, isto é, a possibilidade de ser restringida inclusive por meio de lei em observância à concretização de outros direitos fundamentais, o entendimento que prevaleceu foi obviamente a incompatibilidade da referida lei com os preceitos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e a democracia, uma vez que o seu escopo principal era de viés autoritário, de censurar certas posições, e não propriamente assegurar, em primeiro lugar, a garantia de outros direitos individuais, assim como historicamente foram outras leis de imprensa brasileira, como a Carta de Lei de 20 de setembro de 1830, o Decreto nº 4.269/1921, a Lei nº 4.743/ 1923, o decreto 24.776/1934 e a lei 2.083/1953. Em compensação, registre-se que por ser uma reserva qualificada de lei, não impediria a existência de posteriores leis de imprensa. Nesse sentido, v. MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Op., cit., p.26-29.

em seu entendimento, a solução mais adequada seria a não recepção *in totum* da Lei de Imprensa por uma questão de praticidade.

Um segundo grupo de votos fora formado pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que davam parcial provimento para a ADPF 130. Entendiam os Ministros, apesar de alguma divergência, que alguns dispositivos poderiam ser reputados compatíveis com a Constituição Federal. Assim, por exemplo, para os dois primeiros, dispositivos da Lei de Imprensa que previam tipos penais praticados pela Imprensa mereciam ser preservados, enquanto que para o Ministro Gilmar Mendes, o capítulo da Lei que regulava o direito de resposta deveria ser recepcionado. Por fim, o terceiro entendimento fora exposto pelo voto isolado do Ministro Marco Aurélio Mello para quem não havia a necessidade de declaração de não recepção da Lei de Imprensa – e, portanto, julgou a ação improcedente –, uma vez que a leitura da referida lei à luz da Constituição Federal de 1988, através de um processo de filtragem constitucional, já seria suficiente para afastar qualquer tipo de inconstitucionalidade.

Percebe-se assim, a dificuldade de atribuição de sentido unívoco ao precedente, ainda mais em razão de que esta ação foi julgada em uma época em que a Corte não sintetizava seus entendimentos em teses jurídicas. No entanto, o que se verifica é que hoje existem dois sentidos atribuídos à ADPF 130 pela Corte. O primeiro, mais autocontido, fundamenta a negativa ou improcedência de reclamações constitucionais sob os argumentos de que o precedente se limitou a declarar a não recepção da Lei de Imprensa. O segundo utiliza-se em grande parte da teoria dos motivos determinantes para fundamentar um controle mais robusto em prol da liberdade de expressão e Liberdade de Imprensa, de forma a se constituir como um eficaz e célere meio de controle de decisões judiciais arbitrárias que atentam contra as liberdades comunicativas, especialmente quando apresentam algum viés de censura judicial. Um dos argumentos utilizados seria de que a maioria dos votos no precedente teria convergido minimamente no sentido de repúdio a qualquer forma de censura estatal, inclusive aquela levada a cabo por decisões judiciais, como decisões cautelares que impõem aos jornalistas a obrigação de apagar ou retificar eventual matéria publicada, que supostamente tenha vulnerado direitos da personalidade.

Outro precedente que merece ser destacado é a ADIn 4.451. Esta ação foi ajuizada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e televisão (ABERT) com o intuito de que houvesse a declaração de inconstitucionalidade integral do inciso II e da expressão “ou

difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, do inciso III, ambos do art. 45 da Lei Federal nº 9.504/1997, ou, subsidiariamente, lhes fosse conferida interpretação conforme a Constituição, a fim de que emissoras de rádio e televisão não fossem impedidas de “produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvessem candidatos, partidos ou coligações” ou “de realizar a crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais”, nos três meses anteriores ao pleito eleitoral. O pano de fundo era a possibilidade de que os referidos dispositivos gerassem verdadeiro efeito silenciador sobre a liberdade de expressão de emissoras de rádio e televisão, jornalistas e profissionais do humor em períodos eleitorais. Além disso, argumentou-se que as restrições veiculadas eram inadequadas e excessivas sob a ótica da proporcionalidade. Em resumo, o fundamento era a inadequação legal em face da sistemática constitucional da liberdade de expressão e de Imprensa e do direito à informação. Ante a proximidade das eleições de 2010 e a relevância da questão jurídica discutida, o relator, inicialmente, concedeu a medida cautelar, de forma monocrática, que viria a ser, posteriormente, referendada pelo Plenário da Corte.

Oito anos após a concessão da cautelar a ação foi julgada em definitivo, em junho de 2018, ocasião na qual os artigos impugnados, foram, de forma unânime, declarados inconstitucionais. É interessante aqui destacar os fundamentos suscitados pelo atual relator, Min. Alexandre de Moraes, que ressaltou que os dispositivos declarados inconstitucionais se constituíam como uma violação da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa e da liberdade de informação, com a clara intenção “de diminuir a liberdade de opinião, a pretexto de garantir lisura e igualdades nos pleitos eleitorais”.

Por fim, é preciso destacar que atualmente existem três temas com repercussão geral pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, que terão influência direta no exercício da atividade da Imprensa e de jornalistas. O primeiro trata-se do Agravo Interno em Recurso Extraordinário (ARE) 833.248, da relatoria do Ministro Dias Tóffoli, em que se discute a existência e os limites do direito ao esquecimento na esfera cível, indexado ao tema 786 da Repercussão Geral. Interessante destacar que o processo representativo da controvérsia se refere ao caso Aída Curi, já julgado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹¹, onde o pedido aduz a prevalência da dignidade da pessoa humana quando em conflito com um suposto “exercício abusivo da liberdade de expressão”. E, nesse aspecto, o esquecimento seria um

²⁹¹ REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 10.09.2013.

atributo indispensável contra, especialmente, a exploração sensacionalista de matérias e programas jornalísticos, mesmo em face de fatos públicos e de conhecimento geral ocorridos no passado.

O segundo julgado que merece destaque é o Recurso Extraordinário (RE) 662.055, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, vinculado como processo representativo do tema 837 da Repercussão Geral. Em síntese, por meio deste caso, almeja-se a fixação de eventuais limites da liberdade de expressão em face de outros direitos fundamentais de mesma hierarquia jurídica, como a honra e a imagem. Além disso, também se refere à fixação de parâmetros para definir quando uma publicação pode ser proibida e eventuais consequências jurídicas, como a responsabilização civil por dano moral, poderão incidir. O caso que deu origem ao tema referia-se originariamente a publicações na internet, por parte de Associação de proteção dos animais, de denúncias de supostos maus tratos de animais em rodeios da cidade de Barretos-SP. Diante disso, a organizadora dos eventos na cidade ajuizou ação indenizatória fundamentada em exercício abusivo da liberdade de expressão, uma vez que as informações veiculadas no sítio eletrônico da associação seriam falsas. Em primeira instância o pedido foi julgado procedente nos seguintes termos: (i) estabelecimento de dano moral; (ii) retificação das notícias na internet, no sentido de que fosse retirada a informação que a autora da demanda praticava maus tratos contra animais; (iii) proibição de a ré veicular notícias generalizadas sobre o assunto e de divulgação e exposição dos patrocinadores do evento; (iv) proibição de estabelecer contato com os referidos patrocinadores no sentido de pressioná-los ou desestimulá-los a incentivar o evento. Por sua vez, em sede de apelação a indenização por danos morais foi majorada. Por fim, por meio da reclamação 11.292 o acórdão foi suspenso e, através do presente Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral foi reconhecida.

Por fim, o terceiro julgado é o Recurso Extraordinário (RE) 1.075.412, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O tema busca ponderar a liberdade de expressão com a possibilidade de condenação por danos morais pela publicação de matéria jornalística que imputa a prática de ato ilícito a determinada pessoa. A demanda fora originariamente proposta pelo então Deputado Federal Ricardo Zarattini Filho em face do jornal Diário de Pernambuco, por conta da publicação de entrevista veiculada pelo jornal que lhe atribuía a prática de ato ilícito. Em segunda instância a decisão foi reformada, mas no STJ a condenação por danos morais foi reestabelecida pelo entendimento de que a liberdade de informação não seria um direito absoluto, realçando que a jurisprudência do Tribunal seria no sentido de que “*as empresas*

*jornalísticas são responsáveis pela divulgação de matérias ofensivas, sem exigir a prova inequívoca da má-fé da publicação*²⁹². A repercussão geral foi reconhecida pelo relator nos termos de que estaria em jogo o direito-dever de informar, além do que, o jornal teria sido condenado por apenas ter reproduzido entrevista de terceiro.

²⁹² REsp 1.369.571, Rel. p. o Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseveriano, DJe 28.10.2016.

3. O Problema do “*chilling effect*” sobre a Liberdade de Imprensa.

“*Whatever is added to the field of libel is taken from the field of free debate*”²⁹³

“Não se gerencia o que não se mede, não se mede o que não se define, não se define o que não se entende, e não há sucesso no que não se gerencia”

(William Edwards Deming)

3.1. Considerações iniciais.

No dia 15 de fevereiro de 2016 o jornal Gazeta do Povo publicou reportagem com charge e informações em seu sítio eletrônico com vistas a abrir o debate público a respeito do teto remuneratório constitucional e o porquê, em seu entender, parte dos membros do Judiciário e do Ministério Público do Estado do Paraná estaria desrespeitando-o²⁹⁴. Diante dessa matéria, as associações estaduais de juízes (AMAPAR) e de promotores (APMP) orientaram seus membros a ingressarem com ações indenizatórias individuais em juízos de diversas comarcas do estado, o que a época chegou a totalizar 36 ações judiciais. Além de a conduta poder ser considerada como abuso do direito de ação ou mais especificamente uma forma de “*SLAPP*” (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*), houve claro prejuízo para a Liberdade de Imprensa do jornal na medida em que cinco de seus profissionais tiveram que passar a atender quase que exclusivamente às diversas intimações diariamente recebidas. Em face de uma primeira condenação por danos morais, a Ministra Rosa Weber, em sede de reclamação constitucional, suspendeu os efeitos da decisão condenatória e do trâmite das demais ações indenizatórias por suposta desconformidade com a decisão da ADPF 130²⁹⁵.

O caso narrado, apesar de apresentar ares de excepcionalidade ante a verificação do abuso do direito de ação, retrata bem as contradições e distorções que as demandas judiciais, especialmente as de cunho indenizatório, podem causar sobre a Liberdade de Imprensa. Uma simples pesquisa jurisprudencial em qualquer Tribunal de Justiça brasileiro aponta para a existência de decisões com semelhante potencial resfriador sobre as liberdades comunicativas,

²⁹³ *Sweeney vs. Patterson*, 128 F.2d 457, 458 (D.C. Cir. 1942).

²⁹⁴ A reportagem ainda pode ser acessada por meio do seguinte link: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/tj-e-mp-pagam-supersalarios-que-superam-em-20-o-teto-previsto-em-lei-8p4mx7sxjog1r9rivs1hrlrig7>. Acesso em 24.07.2018.

²⁹⁵ Rcl. 23.899 AgR, Min. Rel. Rosa Weber, DJe 01.08.2016.

na medida em que denotam uma desproporcional tutela dos direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão em sentido amplo.

O presente capítulo se presta justamente a analisar o fenômeno do “*chilling effect*” sobre a Liberdade de Imprensa, ou simplesmente efeito resfriador. Especificamente buscar-se-á analisar como que o sistema de responsabilização ulterior pode vir a se constituir como uma ameaça ilegítima sobre o exercício da Liberdade de Imprensa, especialmente nos casos em que haja colisões concretas com o direito à honra, à imagem ou à privacidade. Nessas hipóteses, a condenação sofrida por um jornal ou jornalista tende a ter impactos negativos sobre a liberdade de expressão e de informação, porquanto gera uma intimidação permanente sobre tais profissionais na cobertura de determinados fatos ou agentes, ante a ameaça viva de sofrerem novas perdas nos Tribunais. Além do mais, veículos de Imprensa que não sofreram propriamente com os efeitos diretos de uma condenação podem ser igualmente intimidados por sentenças desfavoráveis prolatadas em face de outros jornalistas e veículos de Imprensa, ante a percepção de uma insegurança jurídica ampla. Esse efeito é especialmente deletério quando incide sobre temas ou debates que deveriam ser por essência públicos e acalorados. Vale a pena observar, contudo, que o “*chilling effect*” não está relacionado apenas a casos cíveis de difamação. Há também a possibilidade de que ações penais sobre crimes de opinião também exerçam um potencial distorcivo sobre os debates da opinião pública.

Deve-se advertir desde já que a grande dificuldade, na maior parte dos casos, no presente tema reside em se medir em que grau exato ocorreu ou está ocorrendo o resfriamento. É possível cogitar a sua ocorrência de forma empírica, segundo um exame comparativo entre matérias jornalísticas específicas sobre um determinado assunto ou agente, a partir de exames retrospectivos e prospectivos às condenações judiciais. Todavia, a conclusão pode restar frágil e se constituir como mera presunção de resfriamento. Noutros casos, o resfriamento pode ser tão evidente que no momento de sua análise já tenha se convertido em silenciamento²⁹⁶. O primeiro passo, contudo, e que será o objetivo central deste

²⁹⁶ Isso ocorreria, por exemplo, quando eventual condenação por dano moral ultrapassa as receitas anuais de determinado veículo de imprensa. Um exemplo concreto pode ser vislumbrado nos 11 processos que o casal de jornalistas Francisco Costa e Josi Gonçalves enfrenta, sobretudo contra autoridades públicas da cidade de São Gonçalo do Amarante, pelo relato de casos de suspeita de corrupção, nepotismo e estelionato eleitoral naquele município. Ao todo os pedidos indenizatórios ultrapassam 200 mil reais. É de se observar que um dos processos movidos contra os jornalistas por autoridades municipais ocorreu em função de comentários de leitores em redes sociais. As informações foram relatadas pela Organização Não Governamental Repórteres Sem Fronteira e estão disponíveis em: <https://rsf.org/pt/noticia/jornalistas-sao-alvos-de-11-processos-por-cobertura-de-casos-de-corrupcao>.

capítulo, é apresentar o desenvolvimento e o conceito do efeito resfriador, apontando como o arcabouço legal pode ser propício às intimidações ilegítimas sobre a Liberdade de Imprensa.

Além do mais, é de se ressaltar que não se incorre aqui na ingenuidade de se pensar que apenas a atuação judicante em casos que contraponham a liberdade de expressão jornalística e os direitos da personalidade suscita algum grau de resfriamento sobre o direito de informar. Como será destacado a seguir o resfriamento da liberdade de expressão se associa com a “intimidação” de determinada conduta ou atividade. Assim, é notória a existência de mecanismos extralegais ou ilegais de intimidação da atividade jornalística, ainda realidades vivas no Brasil²⁹⁷. Apesar disso, reitere-se, a delimitação temática do presente capítulo se restringe ao efeito resfriador oriundo do ordenamento jurídico e de sua aplicação, especialmente da sistemática de responsabilidades ulteriores.

A partir dessas considerações introdutórias o presente capítulo será dividido da seguinte forma. Em primeiro lugar, serão analisadas as origens e o conceito do *chilling effect*, especialmente à luz do direito comparado. Em segundo lugar, será analisada mais a fundo a questão do resfriamento à luz da sistemática constitucional e legal de tutela da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade, sobretudo dos sistemas de responsabilização civil e penal. Por fim, será feito um levantamento jurisprudencial no âmbito do STJ e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com vistas a trazer indícios sobre ocorrência de resfriamentos oriundos da jurisprudência pátria, que será especialmente valioso para uma agenda futura de monitoramento ou pesquisa exclusivamente empírica.

3.2. A doutrina do “*chilling effect*”.

²⁹⁷ A título de ilustração é válido destacar alguns dados e informações oriundos da organização Repórteres Sem Fronteira. No ranking anualmente elaborado pela entidade, o Brasil ocupa a 102ª colocação, dentre 180 países em índice que mede a Liberdade de Imprensa, atrás, por exemplo, de países como Libéria (89ª), Nicarágua (90ª), Serra Leoa (79ª), Mongólia (71ª) e Haiti (60ª). Tais mecanismos “extralegais” estão associados, em grande medida, à violência física ou psicológica cometida contra jornalistas, o que já foi ressaltado na introdução deste trabalho. No entanto, destaque-se, uma vez mais que, desde 2010, ocorreram 29 assassinatos de jornalistas no Brasil, sendo 4 no ano de 2018. Tais números alçavam o Brasil, em Agosto de 2016, à posição de segundo país da América Latina com maior número de assassinatos de jornalistas. Aponta-se também que jornalistas, sobretudo aqueles atuantes em regiões afastadas nos grandes centros urbanos estão sujeitos às mais diversas modalidades de violências, ameaças e intimidações. Paralelamente, o site da Organização Repórteres Sem Fronteira apresenta outras formas de intimidação realizadas pelos chamados “predadores da liberdade de imprensa” – indivíduos, geralmente na posição de chefes de Estado, que atuam em diversas frentes de represália e intimidação à Imprensa, como com o uso de notícias falsas ou “exército de *trolls*”. Infográfico disponível em: <https://rsf.org/pt/noticia/infografia-desinformacao-amplificacao-intimidacao-como-os-predadores-da-liberdade-de-imprensa-operam>. Acesso em 17.09.2018.

A origem da doutrina remonta à jurisprudência norte-americana²⁹⁸, sobretudo em casos onde avaliava-se a ocorrência ou não de difamação veiculada por meio da Imprensa. Todavia, é certo que as discussões em torno do *chilling effect* não são restritas exclusivamente às liberdades comunicativas, podendo ser encontradas, por exemplo, em discussões sobre direitos trabalhistas ou outros ramos do direito²⁹⁹. Além disso, reconhece-se que no âmbito da liberdade de expressão lato sensu o efeito resfriador pode incidir de formas bem diversas, não estando apenas restrita aos casos de responsabilização ulterior por ocasião de difamações³⁰⁰. Todavia, em resumo, em todas as discussões a metáfora do “resfriamento” relaciona-se à ideia básica de haver alguma espécie de intimidação ou dissuasão sobre atos legítimos ou ilegítimos.

No entanto, é preciso ressaltar que o objeto de estudo não tem a pretensão de abranger o efeito resfriador em um sentido tão amplo. Na verdade, as discussões aqui travadas terão o enfoque exclusivo do efeito resfriador sobre a liberdade de Imprensa desencadeado pela

²⁹⁸ A primeira decisão em que o termo “*chill*” (resfriar) apareceu na jurisprudência americana foi em um caso de 1952, que discutia os efeitos de uma legislação do Estado de Oklahoma a respeito do juramento de lealdade de empregados públicos. Em 1963, a expressão “*chilling effect*” (efeito resfriador) apareceu pela primeira vez em uma decisão judicial que tutelou a liberdade de expressão, quando um Comitê Legislativo investigativo da Flórida demandou que uma entidade privada fornecesse gravações para a identificação de cidadãos que possivelmente eram vinculados ao Comunismo. É certo, porém, que o caso de maior destaque naquele contexto foi *New York Times Co. vs. Sullivan*, de 1964, que será analisado a seguir. Ademais, Jerome Barron indica que as discussões sobre o assunto não seriam propriamente novas, aduzindo que a ideia do resfriamento era bem compreendida e desejada por doutrinadores e juízes do século XIX. BARRON, Jerome A. *Punitive Damages In Libel Cases - First Amendment Equalizer?* In: 47 Wash. & Lee L. Rev. 105, 1990, p. 111.

²⁹⁹ Nesse sentido, cf especialmente a nota de rodapé número 10 em: SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. Faculty Publications. Paper 879*, 1978, p. 686-687.

³⁰⁰ Nesse sentido, v., por exemplo, EGAN, Chrys. *Campus Cold Climate: The Chilling Effect on Dissension Speech on America's Campuses after September 11*. In: *Free Speech Yearbook*, 39:1, 70-82, 2001 (discutindo como, após o 11 de setembro, se instalou um clima de “resfriamento” nos campi norte-americanos, sobretudo contra a liberdade de cátedra, por meio de intimidações e acusações contra aqueles que expressavam ideias críticas e contrárias ao Governo, sendo, assim, qualificados como “antipatriotas”. A observação é que em nossa realidade projetos como “Escola sem Partido” tem igual potencial resfriador sobre a liberdade de cátedra em escolas e universidades, especialmente sobre ideias e opiniões não hegemônicas); WEARE, Christopher; LEVI, Titus; RAPHAEL, Jordan. *Media Covergence and the chilling effect of broadcasting license*. In: *Press/Politics*, 6(3), pp. 47-70, 2001 (trazendo evidências de um *chilling effect* na regulação e nas licenças para os meios de comunicação social (*broadcasting licensing*) na cobertura de assuntos de caráter e interesse político nos EUA, ante a possibilidade de captura, exposta, especialmente, na alteração de posicionamentos editoriais); CIOLLI, Anthony. *Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas*, 63 U. Miami L. Rev. 137, 2008 (destacando que a responsabilização de “terceiros” no espaço da internet, como provedores, pelo o que os seus usuários comentam ou compartilham, também pode causar um *chilling effect*, uma vez que, provavelmente, aqueles vão restringir de forma ineficiente o que estes fazem em suas redes). Além disso, alguns também abordam a possibilidade de haver um *chilling effect* no debate de oficiais públicos durante deliberações políticas em razão da existência de leis de acesso à informação, ante o risco de seus argumentos serem tidos como sem suporte ou marcados por alguma imprecisão. Nesse sentido, v. TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. In: TUMBER, Howard; WAISBORD, Silvio (eds.). *Routledge companion to media and human rights*. Routledge, pp. 73-82, 2017, p. 75. Além disso, a Suprema Corte Americana já usou argumentos sobre o *chilling effect* em discussões envolvendo obscenidade, expressão comercial, fraude, infligimento intencional de danos emocionais, dentre outros. Para uma sistematização dos casos, v. KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. In: 54 Wm. & Mary L. Rev. 1633, 2013, p. 1648.

propositura de ações civis ou penais (regime de responsabilidades subsequentes) por uma suposta violação aos direitos da personalidade. Em última análise, busca-se saber se o nível de oneração ou custos que recaem sobre os demandados nessas ações são proporcionais ou não. Portanto, aferições a respeito do efeito resfriador nesse particular não deixam de estar inseridas no cerne das discussões infundáveis e trabalhos hercúleos de se tentar achar um ponto ótimo na relação de constante tensão existente entre liberdade de expressão e de Imprensa de um lado e honra, privacidade e imagem de outro.

A partir dessas considerações pode-se afirmar que a doutrina do *chilling effect* possui dois pressupostos básicos. O primeiro é tomar como certa a assertiva de que todo processo judicial é marcado por algum grau de incerteza³⁰¹. Com isso, diante de uma maior ou menor insegurança a que certas colisões concretas vão estar sujeitas, deve-se considerar igualmente que erros, em maior ou menor medida, irão, inevitavelmente, ocorrer no momento das decisões judiciais. Sendo assim, é necessário que o ordenamento jurídico estabeleça quais tipos de erros são os mais aceitáveis e quais os mais danosos a direitos e interesses juridicamente tutelados. Isso não é estranho no Direito brasileiro. No momento em que o direito penal estabelece, por exemplo, o princípio do *in dubio pro reo* nada mais faz do que sinalizar que é muito mais aceitável a absolvição de alguém que tenha cometido um crime do que a condenação de um inocente³⁰².

Assim, a partir de uma comparação entre erros desejáveis e indesejáveis é que se chega ao segundo alicerce da doutrina do efeito resfriador. Parte-se aqui da premissa de que, a priori, eventual erro que restrinja a liberdade de expressão e de Imprensa é mais grave do que eventual erro que lhe conceda um âmbito de proteção mais largo. Segundo Frederick Schauer esse seria o “princípio do dano comparado” (*comparative harm*)³⁰³. A razão de ser dessa ponderação de erros em prol da liberdade de expressão Imprensa decorre justamente de sua posição preferencial, fundamentada no primeiro capítulo deste trabalho.

³⁰¹ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, op. cit., p. 687.

³⁰² Não é difícil visualizar a existência de outras presunções legais, no arcabouço jurídico brasileiro, como por exemplo, a sistemática processual e material de proteção à Fazenda Pública ou mesmo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Há, assim, a evidência de que essas regras apresentam diferentes níveis de tolerância ou preferência social em relação à possibilidade entre duas espécies de erros. Desse modo, uma semelhante presunção também poderia ser vislumbrada em relação à liberdade de expressão em sentido amplo, a partir do reconhecimento de sua posição preferencial, definida no capítulo 1. O próprio Frederick Schauer chega a afirmar, nesse sentido, que considerações sobre o *chilling effect* somente fazem sentido em se tratando de valores preferenciais. SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 705.

³⁰³ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, op. cit., p. 688.

A partir desses dois pressupostos – incerteza e danos comparados – é que se pode definir propriamente a doutrina do *chilling effect* oriunda do sistema de responsabilização subsequente. O resfriamento nada mais significa do que a dissuasão sobre a liberdade de expressão e de Imprensa, exercida de maneira legítima, ante o medo causado pelo risco de incidência de consequências jurídicas relacionadas aos mecanismos de responsabilização existentes no ordenamento jurídico, como multas, custos processuais, responsabilidade civil ou responsabilidade penal. Todavia, não é despidendo destacar que tais meios legais possuem, em alguma medida, justamente o escopo de dissuasão – e, portanto, de efeito resfriador – sobre condutas ou atividades socialmente indesejáveis ou juridicamente não tuteladas³⁰⁴. Nessas circunstâncias, reconhece-se a incidência de um efeito resfriador legítimo ou benigno, que, de certa forma, também é objetivo de qualquer sistema de responsabilização³⁰⁵.

Todavia, o efeito resfriador com o qual a doutrina se preocupa é justamente aquele que ocorre quando a dissuasão legitimamente objetivada recai de forma injusta sobre atividades constitucionalmente protegidas. Ocorre que seria simplesmente um truísmo defender que qualquer ato governamental que atente injustamente contra uma atividade constitucionalmente tutelada seja inconstitucional³⁰⁶. Desse modo, o ponto diferencial do *chilling effect* para que seja considerado uma doutrina independente e autônoma é o fato de que a dissuasão provocada pela ação judicial sobre atividades legítimas ocorre de forma indireta. Ou seja, as restrições sobre a Liberdade de Imprensa constitucionalmente tutelada ocorreriam indiretamente a partir de um ato estatal voltado a dissuadir as manifestações não tuteladas da liberdade de expressão lato sensu. Desse modo, pelo temor de sofrerem consequências jurídicas e diante da incerteza e insegurança jurídica na matéria, certos jornalistas se privariam de se expressarem sobre determinado assunto ou de determinada forma que a eles, a princípio, seria assegurado pelo ordenamento jurídico.

Tendo em vista que as primeiras abordagens sobre o tema são oriundas, como afirmado, do ordenamento jurídico norte-americano, é preciso destacar que a sistematização da doutrina do *chilling effect* na Suprema Corte Americana teve o seu marco inicial com o

³⁰⁴ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect.*, op. cit., p. 689.

³⁰⁵ O interessante aqui é observar que o termo “benigno” não advém de qualquer juízo de valor a respeito dos efeitos dos *chilling effects* propriamente ditos, mas apenas diz respeito à sua aceitabilidade pelo ordenamento jurídico. CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law. Thesis submitted in fulfilment of the requirements for the Degree of Doctor of Philosophy in Law University of Canterbury*, 2008, p. 92.

³⁰⁶ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect.*, op. cit., p. 695.

precedente *New York Times Co. Vs. Sullivan*³⁰⁷. O caso, julgado em 1964, está contextualizado no auge do movimento dos direitos civis. Em resumo, o jornal New York Times publicou, em 1960, um editorial contendo diversas imprecisões fáticas e relatos errôneos a respeito de supostas ações de agentes estatais em uma Universidade, na cidade de Montgomery, no estado do Alabama, que teriam o suposto objetivo de reprimir e dissuadir movimentos negros, especialmente vinculados à figura Martin Luther King Jr. Apesar das imprecisões, especialmente no que se refere aos atos arbitrários praticados por agentes estatais, o editorial não se dirigia ou identificava nenhum deles em sua crítica. Ao tomar conhecimento da publicação, Sullivan, que a época ocupava cargo eletivo análogo ao de comissário de polícia do condado, sentiu-se ofendido com a mesma e exigiu retratação do jornal, sob pena de ingressar com uma ação por difamação, mesmo, repita-se, a matéria não tendo se referido nominalmente a ele. Em seguida, o jornal New York Times negou a retratação pedindo que Sullivan justificasse o seu pedido, o que levou o agente estatal, de pronto, a ingressar com a ação judicial por difamação que, em âmbito estadual, logrou obter a indenização de 500.000,00 dólares. Além de Sullivan, o Governador do estado do Alabama também estava processando o jornal pelos mesmos fatos, pleiteando a quantia de 1.000.000,00 de dólares a título de indenização³⁰⁸.

O caso chegou então à Suprema Corte Americana, que à época, contava com *justices* como William Brennan Jr. e Hugo Black, extremamente comprometidos com uma visão quase absolutista da Primeira Emenda. O entendimento que a Corte chegou foi de que a imprecisão, o erro de fato ou mesmo a difamação não seriam, por si sós, suficientes para fazer ceder a proteção constitucional que se erige sobre as críticas dirigidas contra agentes estatais, uma vez que isso poderia ocasionar um deletério efeito resfriador sobre a liberdade de expressão e, conseqüentemente, uma indesejada autocensura em assuntos de relevância pública. Nesse sentido, para que a responsabilização civil nesses assuntos fosse procedente seria necessário que o demandante (agente estatal) lograsse provar a malícia real (*actual malice*) ou, ao menos, a temerária desconsideração sobre a verdade dos fatos (*reckless*

³⁰⁷ 376 U.S. 254 (1964).

³⁰⁸ BERTONI, Eduardo Andrés. *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*. In: *Libertad de prensa y derecho penal*. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 126-131. Como é destacado por Anthony Lewis um fator adicional que merece ser destacado é que havia uma baixa tiragem do jornal na região do Alabama – 394 exemplares dos 650.000 que circulavam diariamente à época – e a população daquela região tinham uma antipatia notória contra o referido jornal. LEWIS, Anthony. *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*. New York: Vintage, 2011, p. 19-23.

disregard) por parte do jornalista³⁰⁹. Ou seja, a Corte construiu o *standard* probatório da malícia real justamente como forma de conter a incidência de *chilling effects*.

Posteriormente, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana se engajou em um verdadeiro compromisso para evitar a ocorrência do *chilling effects* indesejados, reiterando e ampliando o seu entendimento em diversas oportunidades³¹⁰. A influência da doutrina do *chilling effect* apenas cresceu no decorrer da segunda metade do século XX e início do século XXI, não apenas em solo norte-americano. Diversos outros ordenamentos jurídicos, como o australiano, o inglês, o neozelandês e a Corte Europeia de Direitos Humanos passaram a tecer considerações sobre o tema.

Na Austrália, no precedente da Alta Corte *Australiana Lange vs. Australian Broadcasting Corporation* houve a preocupação da Corte sobre os efeitos que as leis de difamação poderiam vir a causar sobre a liberdade de expressão em assuntos relacionados ao Governo e à política. Na decisão, ao reconhecer a possibilidade de *chilling effects*, houve a “flexibilização” da responsabilização nesses assuntos, quando relacionados à difamação, desde que verificada a existência de uma “mídia responsável”. Além disso, a lógica do *chilling effect* esteve presente nas reformas legislativas australianas que resultaram no *Defamation Act* de 2005, ao limitar ou flexibilizar a responsabilização por difamação³¹¹.

No direito inglês, a primeira decisão que evocou o efeito resfriador, apesar de negá-lo, foi o precedente *Derbyshire County Council vs. Times Newspapers* (1992). Em 2001, o precedente *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, também teceu considerações sobre o *chilling effect*, no qual se estendeu os “privilégios qualificados”, para os casos envolvendo difamações em matérias de interesse público, mas excluindo para aquelas que envolvessem questões meramente pessoais e privadas. Mas destacou-se que as considerações sobre o *chilling effect* em suprimir o discurso legítimo que chega ao público não deveriam ser exageradas, uma vez que devia haver também preocupações em se instalar um jornalismo responsável (resfriamento benigno). A questão do *chilling effect* esteve, segundo Judith Townend, no centro dos debates que levaram à aprovação do *Defamation Act* de 2013, na Inglaterra e no

³⁰⁹ BERTONI, Eduardo Andrés. *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*. Op. cit., p. 133.

³¹⁰ É de se destacar que esses precedentes serão trabalhados no capítulo 5 deste trabalho.

³¹¹ As reformas legislativas na responsabilização por difamação na Austrália foram resumidas por Ursula Cheer da seguinte forma: “*In Australia now, large non-charitable corporations cannot sue in defamation, the defence of truth no longer has a requirement of public interest, death puts an end to a plaintiff’s claim, there is a cap on damages at \$250,000 unless there is a special aggravation, punitive damages have been abolished, and there is a widened contextual truth defence*”. CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law*. Op. cit., p. 80.

País de Gales. A autora afirma que, apesar de as considerações sobre o *chilling effect* terem uma recepção “mista” na Grã-Bretanha, é um argumento legal que cada vez mais vem ganhando destaque na jurisprudência daquele país, após a sua primeira evocação em casos de difamação³¹².

Na nova Zelândia o principal precedente na matéria foi *Lange vs. Atkinson* em que, David Lange, que no passado fora Primeiro Ministro do país, processava um veículo de mídia por conta de uma suposta difamação. No caso, sobretudo, a juíza Elias J. teceu diversas considerações sobre o *chilling effect*, mas adotou uma postura de cautela em assumir como certas e absolutas as suas implicações. Após as discussões, houve uma grande preocupação dos juízes em torno do tema “responsabilidade da mídia”, de modo que a visão simpática à possível ocorrência de *chilling effect* somente poderia incidir para veículos de mídia que agissem segundo certos *standards* de comportamento.

Por sua vez, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tende a ser bastante expansiva em termos de Liberdade de Imprensa, admitindo a legitimidade de publicação de materiais com conteúdos exagerados ou provocativos. Nesse sentido, em alguns precedentes houve considerações diretas sobre o *chilling effect* causado pela legislação ou jurisprudência dos países membros, como por exemplo, *Tonsbergs Blad as and Haukom vs. Norway*, no qual afirmou que o ônus desproporcional enfrentado pelo jornal em apenas estar sofrendo a ação já era capaz de gerar um *chilling effect* sobre a Liberdade de Imprensa na Noruega. No caso, um jornal regional havia sido condenado a pagar indenizações visto que uma matéria publicada sobre o presidente da maior companhia industrial da Noruega foi considerada desvinculada do interesse público e não apresentada em uma “forma qualificada”. Também merece ser citado *Steel and Morris vs. United Kingdom*, que envolvia dois indivíduos que realizavam panfletagens desfavoráveis ao McDonald’s e que foram condenados por difamação, no então maior processo civil da espécie no Reino Unido. Ainda que os autores não fossem jornalistas, a CEDH reconheceu o papel de indivíduos em estimularem discussões de caráter público. Dessa forma, a condenação dos particulares foi revertida por considerar que a aparente desigualdade entre as partes não havia sido levada em conta na ponderação, além do que a forma pela qual esta foi feita poderia ocasionar *chilling effects*, sobretudo para setores pequenos da mídia e indivíduos da sociedade. Além desses casos, Ursula Cheer afirma que diversos outros casos julgados pela CEDH teceram

³¹² TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 75-76.

preocupações com o *chilling effect* de forma implícita nas respectivas fundamentações, mas não houve o seu reconhecimento expresso. Por sua vez, Fernando Toller afirma que a ideia subjacente ao *chilling effect* também marcou o caso *Lingens vs. Austria*, no sentido de que uma sanção aplicada a um jornalista não poderia ser capaz de ‘desanimar’ os demais na contribuição das discussões sobre os temas de preocupação da sociedade³¹³.

De outro ângulo, há autores que apresentam a classificação dos *chilling effects* a partir de outra perspectiva. Assim, haveria o resfriamento direto, segundo o qual, diante dos riscos constatados, o material é especialmente modificado para tentar se evitar todas as consequências jurídicas negativas que daí possam advir, a partir de uma inibição consciente. Por outro lado, o resfriamento pode ser também indireto, pelo qual há uma forma mais sutil de dissuasão, que torna certas matérias tabus, praticamente não chegando ser discutidas. Ou seja, pela modalidade indireta de resfriamento, há uma grande probabilidade de que as questões em debate sejam “congeladas”³¹⁴.

A partir da combinação dessas duas classificações do efeito resfriador – benigno e maligno, por um lado e direto e indireto, por outro – Judith Townend sugere que há algumas “gradações” pelas quais o fenômeno pode ser apreendido e avaliado. Assim, o *chilling effect* poderia ser situado em um extremo positivo quando for, ao mesmo tempo, benigno e direto e, ao revés, no extremo negativo, quando maligno e indireto³¹⁵.

Apesar disso, a grande dificuldade no tema se refere à mensuração objetiva sobre o grau de medo ou intimidação que o jornalista vai estar submetido em face do reconhecimento

³¹³ TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Tradução: Frederico Bonaldo; Prólogo: Ives Gandra da Silva Martins . – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51; CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law*. Op. cit., p. 78.

³¹⁴ Essa segunda classificação foi proposta originariamente em BAREDNT, Eric; LUSTGARTEN, Laurence; NORRIE, Kenneth; STEPHENSON, Hugh. *Libel and the Media: the chilling effect*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 191-192. Os autores observam que no *chilling effect* direto, apesar de trechos ou passagens das matérias jornalísticas serem alterados de forma consciente, o público geralmente não chega a saber que houve uma postura de autocontenção ou modificação de conteúdo. Por sua vez, consideram que o *chilling effect* indireto, também denominado de “estrutural” previne a própria criação de material, daí porque as discussões ficariam “congeladas”. Em suas pesquisas empíricas os autores constataram a maior dificuldade de quantificar e verificar a modalidade estrutural do *chilling effect*, apesar de constatarem a existência de temas que os jornalistas britânicos se sentiriam mais dissuadidos de reportarem como, por exemplo, investigações de mortes decorrentes de custódia policial, práticas exploratórias no bojo de grandes corporações britânicas e alguns escândalos de corrupção. Sobre a classificação entre *chilling effect* direto e indireto cf. também TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 77.

³¹⁵ TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 77.

das imperfeições do processo legal e judicial³¹⁶. Mais do que isso: tais dificuldades prejudicam (i) a compreensão básica da doutrina; (ii) a compreensão de até onde vão ou podem de fato ir os seus efeitos; (iii) a sua aceitabilidade pela doutrina e jurisprudência; (iv) a racionalidade e efetividade dos remédios propostos. Assim, acaba sendo uma matéria restrita ao campo das cogitações – ou melhor, ao campo do “todos sabem que está lá” – mas que ninguém é capaz de demonstrar empiricamente e de maneira universal. Nesse aspecto, muitos acabam se contentando apenas com pesquisas de cunho subjetivo, que tragam evidências de sua ocorrência³¹⁷. Pode-se dizer, por outro lado, que a maior dificuldade de cunho metodológico aqui é a demonstração de uma prova negativa: “algo que deveria ter sido falado ou escrito e não o foi”³¹⁸ ou a tentativa de antecipação futura do comportamento humano, a partir da perspectiva de um caso³¹⁹.

Em que pesem as dificuldades empíricas que circundam o tema há autores que se engajaram em uma tentativa de análises de cunho mais objetivo³²⁰. Em resumo, Chris Dent e Andrew T. Kenyon realizaram uma pesquisa comparativa no conteúdo de 1.400 artigos jornalísticos impressos na Austrália e nos EUA, avaliando o impacto na escrita e na publicação de tais conteúdos, para assim tentarem aferir a existência de um *chilling effect* em

³¹⁶ Frederick Schauer ainda enumera as diferentes causas que incidem, em diferentes graus, e são responsáveis por provocar o temor nos indivíduos de que a suas condutas, ainda que tidas por eles como legítimas, sejam interpretadas de forma equivocada. Assim, enumera: as imperfeições do sistema de apuração dos fatos, os pré-conceitos do julgador, o maior ou menor zelo ou habilidade dos advogados das partes, a interpretação equivocada da lei ou dos fatos, além é claro, a incerteza que circunda os direitos colidentes. SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, op. cit., p. 694-695.

³¹⁷ De modo recorrente as pesquisas relacionadas ao *chilling effect* se pautam primariamente pela metodologia de entrevistas diretas aos jornalistas, editores e até mesmo advogados, tentando evidenciar, a partir de seus relatos, experiências profissionais ou mesmo uma impressão geral do arcabouço legal em que se situam, o que é criticado por Chris Dent e Andrew Kenyon. DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. *Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers*. In: *Media & Arts Law Review*, 89, 2004, p. 3. Sobre trabalhos que se valem de dados de cunho subjetivo, expostos em entrevistas v. TOWNEND, Judith. *Online chilling effects in England and Wales*. *Internet Policy Review*, 3(2), 2014; CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law*. Op. cit. Daniel Bar-Tal também menciona estudo empírico realizado com base em entrevistas. BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research*. In: *Political Psychology* 38(S1):37-65, February 2017, p. 47. Apesar de Eric Barednt, Laurence Lustgarten, Kenneth Norrie e Hugh Stephenson analisarem o impacto das leis de difamação sob uma metodologia a princípio subjetiva – entrevistas e questionários com advogados, jornalistas e editores – tais dados permitem a avaliação do funcionamento interno das empresas de comunicação social na Inglaterra e na Escócia de uma forma muito mais ampla que as demais pesquisas citadas acima. BAREDNT, Eric; LUSTGARTEN, Laurence; NORRIE, Kenneth; STEPHENSON, Hugh. *Libel and the Media: the chilling effect*. Op. cit.

³¹⁸ TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 77.

³¹⁹ TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 75.

³²⁰ DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. *Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers*. Op. cit.

matéria de difamação de figuras públicas³²¹. Na minuciosa análise feita pelos autores constatou-se que há uma probabilidade maior de os jornais norte-americanos realizarem críticas mais robustas, desinibidas e às vezes até mesmo extremistas. Ao revés, os jornais australianos pareciam se sentir menos confortáveis com a crítica sobre figuras políticas ou do meio corporativo³²².

Mais do que apenas comparar o conteúdo jornalístico propriamente dito, os autores também compararam o arcabouço legal do sistema de responsabilização por difamação contra jornalistas em ambos os países. Dessa análise, constatou-se a existência de algumas diferenças substanciais, como por exemplo, o *standard* dos ônus probatórios, o diferente tratamento dado às opiniões³²³, e questões de cunho financeiro, uma vez que as indenizações nos EUA tenderiam a ser maiores, mas, ao mesmo tempo, incidiam de forma em frequência mais rara. Isso tudo levou à conclusão de ser “sugestivo” que o ordenamento jurídico australiano possui um indesejado *chilling effect*, capaz de moldar como as matérias vão a público, ante o temor de responsabilização ulterior³²⁴. Apesar disso, reafirme-se, ainda há dificuldades de quantificação uma vez que os resultados obtidos foram apenas “sugestivos”.

Por outro lado, com vistas a tentar contornar as dificuldades empíricas Frederick Schauer elabora uma tentativa bastante abstrata de quantificação do resfriamento. Nesse particular, ele seria o resultado do produto entre a probabilidade de um veredicto equivocado e os danos causados por esse veredicto. Apesar de não indicar parâmetros para essa equação considera, por exemplo, que quanto mais os conceitos jurídicos em jogo forem abstratos e complexos a probabilidade de erro aumenta. Isso acaba sendo verdadeiro em se tratando de casos envolvendo a liberdade de expressão em sentido lato, pois como será visto no próximo

³²¹ O estudo empírico se valeu de alguns pressupostos para deixar a análise final mais racional possível, como por exemplo: a delimitação temporal e de objetos analisados; a restrição da pesquisa às mídias impressas para facilitar a comparabilidade entre os diversos veículos; a tentativa, em uma primeira etapa, de categorização temática dos artigos analisados (ex: corrupção política), onde somente fizeram parte do estudo aqueles artigos em que era realmente possível aferir a identificação de um indivíduo capaz de suscitar uma ação por difamação, além de selecionarem aquelas matérias em que havia um conteúdo considerado difamatório na perspectiva de um leitor ordinário; a reanálise daqueles artigos que poderiam ser tidos como difamatórios para fins de categorização dos sujeitos ali retratados (ex: figuras políticas ou corporativas).

³²² DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. *Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers*. Op. cit., p. 5.

³²³ Os autores apontam que na Austrália as opiniões estão sujeitas a um parâmetro de comentários justos (*fair comment*), enquanto que nos EUA a responsabilização por opiniões somente é viável caso haja a prova de que se baseiam em fatos falsos. DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. *Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers*. Op. cit., p. 13.

³²⁴ Um fator adicional percebido pelos autores é que a responsabilização por difamação no ordenamento jurídico australiano está marcada por maiores níveis de incerteza, uma vez que há grande variação de tratamento do tema no âmbito da legislação e da jurisprudência dos diversos estados. DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. *Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers*. Op. cit., p. 5.

capítulo os *standards* ponderativos apontados pela doutrina e jurisprudência estão longe de fornecer uma resposta absolutamente precisa³²⁵, além do que, a própria fronteira entre discursos protegidos e os não protegidos tende a ser bastante tênue e objeto de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Por sua vez, os “danos causados pelo veredicto” poderiam, segundo o autor, ser avaliados, de forma simplificada, a partir da análise da severidade de suas consequências jurídicas abstratamente previstas³²⁶. Em outras palavras, ainda que a quantificação exata e precisa do *chilling effect* não seja algo viável, a gradação dos danos judicialmente reconhecidos pode ser um forte indicativo da ocorrência de ilegítimas intimidações e dissuasões. Nesse aspecto, inicialmente deve ser analisada a própria natureza do processo e dos procedimentos. Por exemplo, é evidente que um processo de natureza penal tende a ser, em regra, mais degradante para qualquer indivíduo do que processos civis ou administrativos. Em segundo lugar, a natureza e a proporcionalidade das sanções impostas também são fatores de grande importância nessa equação. Por fim, deve-se considerar igualmente efeitos extra jurídicos, como a perda de patrocínios e financiamentos, a perda de credibilidade profissional ou institucional além é claro, do tempo e recursos dispendidos apenas para o exercício do direito de defesa. Afinal de contas, já há um grande custo em simplesmente estar na posição de dever se explicar ou defender³²⁷.

Para além da quantificação, é interessante observar que alguns estudiosos tendem a ir mais a fundo nos questionamentos do porquê alguns indivíduos se autocensuram, apesar de nos contextos analisados não haver nenhum sistema oficial ou estatal de censura³²⁸. Não é exagerado dizer que atos de autocensura provocados pelo resfriamento ou pela intimidação são fatores que possuem tanto um viés sociológico, quanto um viés de caráter psicológico³²⁹.

³²⁵ No mesmo sentido, MELO, Mariana Cunha e. Liberdade de Expressão e o acórdão sobre biografias não autorizadas: minimalismo, insegurança e efeito inibidor. Op. cit., p. 124-133.

³²⁶ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect.*, op. cit., p. 696.

³²⁷ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect.*, op. cit., p. 700.

³²⁸ BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research.* Op. cit., p. 37-38.

³²⁹ Isso significa dizer que, ainda que o ordenamento legal seja arquitetado para uma maior probabilidade, por exemplo, de jornalistas serem condenados por difamação ao elaborarem reportagens sobre figuras públicas, isso por si só não é o suficiente para se afirmar que todos os indivíduos adotarão posturas de autocensura. É certo que o próprio contexto individual, social e cultural contribui para a tomada de escolhas, que ao final terão um caráter eminentemente pessoal. Como afirmado acima, alguns indivíduos são naturalmente mais propensos do que outros a assumirem riscos. Nesse sentido, cabe menção à definição de autocensura de Daniel Bar-Tal: “*Self-censorship of information, defined as the act of intentionally and voluntarily withholding information from others in the absence of formal obstacles, is one of the sociopsychological mechanisms that often obstructs a well-functioning democratic society. Together with conformity and obedience, it should be considered as a*

As análises logram perceber de forma basilar que os indivíduos nessas posições costumam enxergar custos de diversas ordens para a revelação de uma informação³³⁰.

Segundo Daniel Bar-Tal existem diversas bases psicológicas que explicam a autocensura, mas a que mais se vincula com o objeto deste trabalho é a chamada “experiência de um dilema”. O autor afirma que em todo ato de autocensura o indivíduo que detém a informação se vê em uma situação em que deve contrabalancear os prós e contras de revelá-la, através de um sopesamento entre o benefício social dessa publicização e os seus possíveis danos ou violações a princípios, ideologias, normas, valores, etc. Para tanto cinco motivações podem explicar a opção pela autocensura: (i) um ideal de preservação do grupo em que se está inserido, uma vez que a informação potencialmente pode causar dano sobre ele ou sobre seus membros; (ii) um ideal de autopreservação, tanto para evitar danos pessoais, quanto para obter benefícios³³¹; (iii) a necessidade de preservação da imagem pessoal; (iv) a defesa ou a simpatia por uma determinada ideologia; (v) a motivação de proteger um terceiro por interesse, altruísmo ou por outras considerações. Ademais, acrescenta-se que adicionalmente tanto o tipo de informação a ser divulgada, quanto fatores circunstanciais podem também influenciar em uma tomada de decisão pela autocensura³³².

Diante disso, percebe-se que, por mais que haja esforços de quantificação e balizamento do efeito resfriador, o medo de punição e a intimidação oriunda de consequências jurídicas – uma vez que seria é um aspecto sociológico e psicológico – não irá afetar de forma equânime todos os atores envolvidos nos processos comunicativos. É certo, por exemplo, que

sociopsychological barrier that prevents free access to information, obstructs freedom of expression, and harms free flow of information”. Portanto, dessa conceituação são retirados dois pré-requisitos: (i) que um ator tenha uma informação que não foi revelada ao público, que tenha alguma importância social e que se acredite ser verdadeira; (ii) que o ato de não revelar a informação seja voluntário, isto é, não haja barreiras oficiais ou estatais que impeçam a priori o livre o fluxo de informações. Ao revés, ainda que não haja uma sanção oficial, os indivíduos são levados a crer que podem estar sujeitos a alguma espécie de sanção legal ou social. Ou seja, resumidamente, significa dizer que a pessoa que possui uma informação acredita que advirão consequências negativas para si no momento de sua revelação. Aparentemente, Bar-Tal parece excluir da sua definição a autocensura que recai sobre opiniões, mas para os fins do presente trabalho, como visto no capítulo anterior, ainda que desejável e recomendável haver uma distinção destas em relação às informações propriamente ditas, para fins de autocensura que recai sobre profissionais de imprensa, as duas hipóteses devem ser consideradas igualmente graves. BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research*. Op. cit., p. 41-43.

³³⁰ BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research*. Op. cit., p. 37.

³³¹ Aqui os exemplos são bem abrangentes, desde a perda de credibilidade ou de reputação profissional, quando, por exemplo, o jornalista revela a identidade de suas fontes sigilosas, quanto temores de outras ordens, como ser demitido, sofrer processos, ser preso ou sofrer violências físicas. BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research*. Op. cit., p. 46.

³³² BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research*. Op. cit., p. 52-55.

grandes empresas de comunicação social que auferiram lucros exorbitantes, ainda que considerem a possibilidade real de serem processadas, tendem a enfrentar um grau menor de dissuasão. Neste caso, a existência de uma assessoria jurídica³³³ ou simplesmente a capacidade de realizarem uma análise econômica de custo e benefício seriam suficientes para amenizar qualquer efeito resfriador. Todavia, quando se estiver diante do caso de apenas o jornalista ser processado – principalmente quando este atuar de forma independente – ou a exploração de matérias em que o retorno financeiro não seja facilmente quantificado, os riscos de um processo judicial tendem a ser mais decisivos na adoção de posturas mais cautelosas por parte de profissionais de Imprensa³³⁴.

As bases psicológicas também possuem serventia para as análises da economia comportamental na matéria. Daniel Farber considera, por exemplo, a informação como um “bem público”, no qual a sua produção por jornalistas e meios de comunicação possui externalidades positivas, ao beneficiar terceiros. Pela própria natureza difusa da informação, a sua produção de alguma forma permitiria a diversos indivíduos consumirem a mesma sem compensarem adequadamente o produtor original daquela informação (*free riders*). Nesse aspecto, como as vendas relativas à informação não conseguem refletir completamente o seu benefício social, a posição financeira do produtor não corresponde aritmeticamente ao valor social da informação³³⁵. A partir de então, o autor afirma que haveria uma tendência natural de as informações serem, ao mesmo tempo, subproduzidas pelo mercado privado e insuficientemente protegidas pelo sistema político³³⁶.

³³³ Judith Townend realizou uma pesquisa empírica sobre a Imprensa da Inglaterra e do País de Gales, na qual encontrou diversos indícios de que os jornalistas e empresas de comunicação que contam com uma assessoria jurídica permanente e especializada, por vezes, tendem a evitar a publicação de certos conteúdos, uma vez que verifiquem o risco de condenações ou mesmo de processos. TOWNEND, Judith. *Online chilling effects in England and Wales. Internet Policy Review*, 3(2), 2014.

³³⁴ Além disso, Frederick Schauer aponta o fator, que já foi destacado acima, de que, subjetivamente, certos indivíduos são mais propensos a assumir riscos do que outros, o que por si só torna o do medo ou a dissuasão algo que incide em diferentes graus e intensidades. SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect.*, op. cit., p. 698.

³³⁵ FARBER, Daniel A. *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 Harv. L. Rev. 554 (1991), p. 561.

³³⁶ Apesar disso, afirma que as informações, ainda que produzidas em um nível “sub ótimo” pelo mercado, diferentemente de outros “bens públicos ou difusos” como a segurança nacional ou o ar limpo, é produzida em um nível ainda assim elevado. FARBER, Daniel A. *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*. Op. cit., p. 567. No mesmo sentido, Richard Posner afirma que haveria três externalidades referentes a informações de caráter político: o enviesamento provocado por grupos de interesses, os recursos e esforços dispendidos na coleta e produção de informação beneficiariam os “*free riders*” que apenas replicariam as mesmas sem maiores esforços e os recursos usados no seu estudo e absorção beneficiam a coletividade como um todo, mas não para um eleitor individual, uma vez que um único voto não decide eleições. Diante disso, constata que nenhuma outra forma de expressão, como a de natureza comercial ou a pornografia, teria uma

A partir dessas considerações é que chega à conclusão de que as doutrinas que protegem a liberdade de expressão e a liberdade de Imprensa – especialmente aquelas que fazem considerações sobre o *chilling effect* – deveriam se apoiar não em argumentos românticos, mas em embasamentos realistas de eficiência para que houvesse a produção de mais informações. Assim, a fim de demonstrar as suas assunções, cita um exemplo hipotético de jornal que deseja publicar matéria que sabe ser potencialmente difamatória, isto é, em que verifica o risco de ser condenado judicialmente em razão da mesma. Nessa circunstância, caso haja a publicação, o jornal poderá lucrar \$ 100.000,00 e poderá provocar uma cadeia de benefícios sociais na ordem de \$ 1.000.000,00, como, por exemplo, a denúncia de um escândalo de corrupção. Ocorre que, caso seja condenado em sede judicial, o jornal poderá ter de pagar uma indenização de \$ 500.000,00³³⁷. Logo, avaliando as probabilidades dos custos e benefícios, o jornal possivelmente optará pela autocensura caso as chances de ser condenado judicialmente não sejam pequenas, a despeito do enorme benefício social que possa ser proporcionado à sociedade. Com isso, Farber conclui que o ordenamento jurídico deveria ser arquitetado para reduzir os desincentivos que, na análise de custos e benefícios, impedem a divulgação de informações que trazem (ou podem trazer) grande benefício social³³⁸³³⁹.

tendência tão grande de ser subproduzida. POSNER, Richard A. *Free Speech in an Economic Perspective*. In: 20 Suffolk University Law Review, 1, 1986, p. 23.

³³⁷ Deve-se aqui reconhecer que em casos concretos qualquer tentativa de se quantificar o lucro, o benefício social e os custos envolvidos na publicação de uma matéria potencialmente difamatória não surgem de forma tão simples. Na verdade, muitas vezes somente será possível a quantificação precisa após a publicação. Ocorre que o exemplo mencionado e, por conseguinte, a relação custo benefício aqui esmiuçada surgem a partir de estimativas. Assim, por exemplo, um jornal pode estimar o seu lucro com base na sua tiragem ou a partir da média de lucro que obteve com tiragens anteriores. Da mesma forma, se uma matéria denuncia escândalos de corrupção estatal, pode-se estimar que o benefício social seja algo próximo do quanto o Estado pode vir a recuperar judicialmente e deixar de perder ao longo do tempo. Por fim, os custos envolvidos podem ser aferidos especialmente através de assessorias jurídicas especializadas que sejam capazes de indicar a faixa de indenizações já concedidas judicialmente em casos análogos. E, nesse sentido, ainda que sejam estimativas longe dos valores reais, o que fará diferença ao final será a percepção sobre as probabilidades de um ou de outro desfecho. No bojo dessas discussões, vale a pena menção crítica de Richard Epstein para quem a patente dificuldade em se mensurar os benefícios advindos da publicação de matérias difamatórias seria agravada pela tendência de a mídia superestimar os mesmos. Cf. EPSTEIN, Richard A. *Was New York Times v. Sullivan Wrong?* Op. cit., p. 803-807.

³³⁸ FARBER, Daniel A. *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*. Op. cit., p. 569-570. Nesse ponto, vale a pena a transcrição do seguinte trecho: “*The inefficiency involved in overdeterrence helps to explain the deep concern about ‘chilling effects’ found in First Amendment jurisprudence. Doctrinally, this concern is most clearly expressed in the rules against vagueness and overbreadth. These rules reflect the Court’s willingness to sacrifice deterrence or harmful conduct to prevent the chilling of constitutionally protected speech. Speech is more likely to be chilled than other activities because most of its benefits are not captured by the speaker. As a result, a person may be unwilling to take even a small risk of prosecution under a overbroad or vague statute*”. A questão em síntese, não é apenas se preocupar com os direitos do emissor ou do potencial ofendido, mas também de se levar em conta os interesses dos beneficiários indiretos (sociedade) daquela informação divulgada.

³³⁹ É preciso destacar que essa concepção de que as relações entre liberdade de expressão e as suas restrições devem passar por uma análise econômica de custos e benefícios não passou despercebida para outros autores de destaque, como Richard Posner. Para o autor o mercado de ideias não seria uma mera abstração ou uma figura de

Portanto, a tolerância sobre certas expressões falsas ou difamatórias seria apenas uma questão de subsidiar a liberdade de expressão em sentido amplo³⁴⁰.

Por sua vez, também se valendo de uma análise econômica, Nuno Garoupa, ao associar o esfriamento sobre a Imprensa em casos de danos à reputação com o aumento da “desonestidade pública”, elabora diversos modelos em forma de equações para explicar a relação entre a honestidade de um político e o relato que os jornais fazem de sua atuação³⁴¹. Basicamente, o seu estudo também se pauta na mesma relação de custos e incentivos que o ordenamento jurídico propicia. Desta forma, verifica que em um modelo ideal, onde ambos os agentes envolvidos – jornalistas e políticos – não encaram assimetrias informacionais e, portanto, podem prever razoavelmente a conduta dos demais, o melhor desenho institucional que pode ser elaborado para evitar o esfriamento é o de altas sanções para a desonestidade e uma compensação limitada, mas justa por ocasião de difamações. Sendo assim, sugere que as

linguagem, uma vez que os custos impostos pelo Governo sobre determinadas ideias e manifestações teriam a capacidade de fazer com que as mesmas fossem substituídas por outras nesse “mercado”. Diante disso, haveria preocupações econômicas a respeito do esfriamento da liberdade de expressão. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9th Edition. Aspen: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 627-628. Registre-se que em trabalho posterior Posner desdobra as conclusões do justice Learned Hand no precedente *United States vs. Dennis* a fim de desenvolver uma análise econômica da regulação da liberdade de expressão. A partir do teste sugerido pelo justice no sentido de que dever-se-ia questionar se a gravidade da restrição, descontada a sua improbabilidade de ocorrência, justifica uma tal invasão sobre a expressão como forma de se evitar o perigo, Posner elabora a fórmula onde a regulação estatal somente seria legítima se os custos da regulação (B) fossem menores que a probabilidade de dano do discurso (P) vezes a magnitude desses danos (L). Em sequência, a sua proposta vai ficando um pouco mais complexa a partir da decomposição das variáveis propostas em outros elementos. Por exemplo, os custos (B) seriam compostos pela perda social em suprimir expressões de valor (V) e os custos advindos dos erros do sistema legal em tentar se distinguir o tipo de expressão que a sociedade quer suprimir ou regular daquele que merece algum valor (E). POSNER, Richard A. *Free Speech in an Economic Perspective*. Op. cit., p. 8.

³⁴⁰ FARBER, Daniel A. *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*. Op. cit., p. 572. Mas Daniel Farber reconhece posteriormente que a sua fundamentação curiosamente também poderia ser colocada em um contexto amplo e não econômico, onde a proteção à liberdade de expressão se dá meramente por uma questão dos “benefícios comunitários” que o livre fluxo de informações proporciona – sendo uma conclusão comunitária e republicana e não libertária e individualista, o que seria surpreendente para uma análise econômica. Idem, p. 583.

³⁴¹ O autor se vale de análises comparativas entre os sistemas de responsabilização dos EUA e do Reino Unido, analisando os custos e incentivos que tais ordenamentos jurídicos podem propiciar. A partir de tais contextos, chega à conclusão de que são basicamente 4 modelos possíveis na relação entre difamação e desonestidade que o arcabouço jurídico pode incentivar: A desonestidade exposta com litigância, a desonestidade exposta sem litigância, a difamação com litigância e a difamação sem litigância. E.g. Se o ordenamento jurídico desincentiva, por meio de difamação, que os jornalistas denunciem a desonestidade – e portanto se refiram aos políticos como honestos – isso seria um incentivo para que os políticos de fato se engajassem em condutas desonestas. Para tal modelo o resultado mais provável é de desonestidade velada na sociedade. O autor explica que seus estudos não sugerem a adoção de um regime ideal de responsabilização civil – mesmo porque, em um cenário realístico de assimetria de informação, onde os atores buscam antecipar as ações dos outros, a honestidade pura seria praticamente impossível de ser obtida –, mas apenas visa a demonstrar as suas implicações para a existência da desonestidade em um cenário em que as mídias podem influenciar o comportamento social. O desencorajamento (*chilling effect*) sobre a Imprensa vai depender dos custos que esta encara em uma possível ação, dependendo também em grande parte das defesas possíveis e dos *standards* de prova existentes. GAROUPA, Nuno. *Dishonesty and Libel Law: The Economics of the "Chilling" Effect*. In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 155, No. 2, pp. 284-300, 1999, p.286.

indenizações devam levar em conta os ganhos oriundos da publicação ou a capacidade econômica do veículo de Imprensa e não propriamente o dano causado. A justificativa para tanto seria de que as indenizações, em sua concepção, devem servir como um mecanismo para melhor planejar a maximização do bem estar social, de modo a não haver incentivos para a difamação deliberada e nem desincentivos indevidos sobre as publicações³⁴².

É certo, porém, que para tal “análise econômica” o valor das indenizações ou das sanções jurídicas é apenas um dos lados da moeda. Por certo, a análise a respeito do resfriamento começa a se tornar muito mais complexa quando entram em cena considerações sobre “custos de litigância” – para além do *quantum* indenizatório em si – que as partes efetivamente enfrentam ao ingressarem em um processo judicial³⁴³. Os custos de litigância estão associados desde os vinculados estritamente ao processo, como os honorários para se contratar bons advogados e as taxas processuais, até custos de tempo e deslocamento. Nesse sentido, naqueles ordenamentos onde se verificam altos custos dessa espécie³⁴⁴, haverá, na concepção de Nuno Garoupa, maiores incentivos para que políticos, mesmo se desonestos, ingressem com uma ação judicial contra jornalistas por difamação, como forma de intimidação³⁴⁵.

Esse fenômeno é amplo e obviamente também se relaciona ao *chilling effect*: o abuso do direito de ação (*SLAPPs*)³⁴⁶. Isto é, ocorre quando suposta vítima de uma ofensa move uma

³⁴² Nesse aspecto, o autor relaciona as indenizações “generosas” com o aumento da desonestidade pública. GAROUPA, Nuno. *The Economics of Political Dishonesty and Defamation*. In: *International Review of Law and Economics* 19:167–180, 1999, p. 172-175.

³⁴³ Aqui uma observação se faz pertinente. Fala-se em custos ao se ingressar em um processo, mas é evidente que tais custos também podem eventualmente incidir quando determinado jornalista ou empresa de comunicação se valha de um corpo jurídico próprio, para fins de assessoramento, justamente a fim de evitar processos judiciais.

³⁴⁴ Segundo Frederick Schauer a existência de custos envolvidos em uma defesa processual seriam os fatores finais que determinariam ou contribuiriam para o resfriamento da liberdade de expressão. Nesse sentido cf. o seguinte trecho: “*Even if it is hypothesized that the results in court are always ‘correct’, a defendant must, nevertheless, shoulder the financial burden of litigation, expend considerable amount of time in preparing and maintaining defense and absorb the extrajudicial harm that flows from the popular conception that one who is charged, even if acquitted, is not entirely free from culpability. Thus, there is a heavy price to pay for simply being in a position to explain, or defend*”. SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 700.

³⁴⁵ GAROUPA, Nuno. *The Economics of Political Dishonesty and Defamation*. Op. cit., p. 176.

³⁴⁶ Embora o fenômeno dos *SLAPPs* seja amplo e se refira a um gama de questões, vale a pena a transcrição da definição trazida por Timothy Bichè, que relaciona diretamente o abuso do direito de ação com o *chilling effect*: “*Strategic lawsuits against public participation or ‘SLAPPs’ are suits filed solely to punish citizens for speaking out on important issues and to discourage them from doing so in the future. The parties who bring these suits seldom expect to prevail at trial, but instead look to silence their opponents by forcing them to abandon their protests in order to handle the lawsuit*”. Além disso, o autor destaca que o fator distintivo dos *SLAPPs* é que são manejados contra cidadãos ou instituições que se manifestam por ocasião de questões ou discussões de interesse público. BICHÈ, Timothy D. *Thawing Public Participation: Modeling the Chilling Effect of Strategic Lawsuits*

ação judicial com o único escopo de ameaçar, intimidar ou simplesmente causar prejuízos ao emissor de mensagens, sabendo, por outro lado, que a sua demanda provavelmente não será procedente³⁴⁷. Ou seja, busca-se com a lide a obtenção de um objetivo extra jurídico, qual seja, o desencorajamento do exercício de direitos legítimos – aqui especificamente com o objetivo de resfriamento indevido sobre a liberdade de Imprensa – a partir dos ônus e custos envolvidos em um processo judicial, não havendo, repita-se, primariamente preocupações em si com o resultado da ação³⁴⁸.

Em resumo, os estudos de Garoupa se embasam nos incentivos e desincentivos legais que influem na conduta da Imprensa em decidir ou não publicar ou ainda como publicar suas matérias sobre desonestidade pública. Dessa maneira, uma de suas principais conclusões é de que, especificamente no tema das indenizações, estas não deveriam ser muito baixas, uma vez que incentivariam difamações, mas em compensação também não deveriam ser muito altas, uma vez que induziriam um ilegítimo *chilling effect*³⁴⁹. Por fim, destaque-se que alguns autores verificam que essa análise de custo e benefício – isto é, quanto se pode ganhar ou

Against Public Participation and Minimizing Its Impact. In: Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 22:421, 2013, p. 423-425.

³⁴⁷ CIOLLI, Anthony. *Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas*. Op. cit., p. 53.

³⁴⁸ BICHÈ, Timothy D. *Thawing Public Participation: Modeling the Chilling Effect of Strategic Lawsuits Against Public Participation and Minimizing Its Impact*. Op. cit., p. 425-428. Além disso, destaca que o que normalmente move os demandantes nesse tipo de ação é a percepção de que terão alguma espécie de vantagem no ambiente das Cortes que não possuem na esfera pública de debates, ou ao menos estabelecerem “um preço” para o debate de caráter público ou político. As soluções para se evitar ou diminuir os efeitos negativos dos *SLAPPs* são variadas, mas no geral apontam para a criação de um ambiente em que ou aqueles que movem ações abusivas encontrem maiores custos para tanto ou os demandados enfrentem menores custos para se defender, seja por meio de simplificação de procedimentos, celeridade processual ou mesmo de custos monetários. Todavia, impor custos elevados para a propositura de uma ação tem que ser visto com bastante cautela para fins de se evitar o resfriamento indevido e reverso do direito de ação. Por outro lado, Randall Bezanson realizou um minucioso trabalho de pesquisa buscando revelar quais eram os principais objetivos dos demandantes em ações por difamação nos EUA, especialmente considerando que o parâmetro da malícia real (*actual malice*) lhes traria probabilidades de sucesso muito ínfimas. Assim, dentre outras conclusões e apontamentos, verificou que o simples ajuizamento das ações por difamação já era visto como imperioso para a defesa da honra e da reputação, ainda que muito provavelmente fossem derrotados ao final do processo. Ademais, ainda que a experiência do processo fosse negativa, insatisfatória ou custosa, a maior parte dos demandantes evidenciou a propensão de ingressar com uma nova ação por difamação, diante de novas publicações a seu respeito. A conclusão do autor é de que o objetivo primário dos demandantes não é propriamente um ganho financeiro ou monetário, mas a defesa da reputação ou o resfriamento sobre futuras publicações a seu respeito. Isso porque a ação seria vista como uma “adequada forma de resposta” às ofensas sofridas, ante a percepção de inexistência de meios alternativos mais eficazes para a tutela da honra. Por fim, consigne-se ainda que os dados trazidos pelo estudo demonstrem que, em que pese a adoção de um parâmetro robusto como a malícia real nos EUA, ainda assim haveria uma alta tendência de litigiosidade – sobretudo em se tratando de agentes estatais – naquele ordenamento jurídico. Nesse sentido, cf. o estudo na íntegra: BEZANSON, Randall P. *The Libel Suit in Retrospect: What Plaintiffs Want and What Plaintiffs Get*. In: 74 California Law Review, 789, 1986.

³⁴⁹ GAROUPA, Nuno. *The Economics of Political Dishonesty and Defamation*. Op. cit., p. 178.

perder com uma publicação – costuma estar presente nas decisões editoriais de publicar ou não uma história ou ainda na forma de se publicar³⁵⁰.

Por outro lado, além de aspectos propriamente econômicos, uma forte causa de incidência do efeito resfriador seria justamente a já mencionada dificuldade em se aferir se determinada expressão concreta é de fato tutelada pelo ordenamento jurídico (ambiguidade das normas jurídicas e a sua aplicação errônea). A vagueza e o subjetivismo em torno do conteúdo liberdade de expressão e de Imprensa e dos direitos da personalidade cria uma “zona cinzenta” na colisão entre ambos os direitos fundamentais. Obviamente, nessa zona cinzenta estarão mescladas formas de manifestação que são legítimas e outras que são ilegítimas³⁵¹. E quanto mais próximas estão dessa zona carregada de ambiguidades, maiores serão as incertezas que permearão o processo judicial, conseqüentemente resfriando a expressão constitucionalmente tutelada³⁵². Assim, as propostas para se tentar contornar os problemas circundantes de aplicações equivocadas do direito costumam convergir para uma espécie de proteção estratégica sobre manifestações “difamatórias”, a partir da criação de uma “zona de segurança”³⁵³.

Frederick Schauer demonstra a necessidade dessa zona de segurança (*buffer zone*) por meio de alguns exemplos. Especificamente, ao analisar os parâmetros do precedente *New York Times Co. vs. Sullivan* afirma que pode-se considerar que de um lado – no qual atribui a classificação de expressões tuteladas pelo ordenamento jurídico – estariam as opiniões e as declarações e informações factuais verdadeiras. Por sua vez, no outro extremo – que classifica como expressões que não contariam com nenhuma proteção constitucional – estariam as expressões de fato intencionalmente ou maliciosamente falsas. Em um ponto meridiano haveria uma linha que seria fixada a fim de delinear o limite entre expressões tuteladas das não protegidas. Nesse ponto, aduz que expressões próximas a essa zona fronteira, ainda que a princípio qualificadas como expressões não tuteladas, como por exemplo, as expressões de

³⁵⁰ RENAS, Stephen M.; HARTMANN, Charles J.; WALKER, James L. *An empirical analysis of the chilling effect*. In: EVERETTE, Dennis E.; NOAM, Eli M. (ed.). *The cost of libel: Economic and policy implications*. New York: Columbia University Press, 1989, p. 41-68. Nessa pesquisa empírica os autores apresentam para editores diversos conteúdos jornalísticos que possivelmente poderiam ser considerados difamatórios para que avaliassem a propensão dos mesmos publicarem tais conteúdos sob os cenários de diversos padrões probatórios de responsabilização. O resultado apontou para uma maior propensão de resfriamento de alguns atores em relação a outros, especialmente de editores de veículos que não enfrentam competição e daqueles que já haviam sido processados no passado, mas não chegaram a pagar indenizações.

³⁵¹ TOWNEND, Judith. *Freedom of Expression and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 79.

³⁵² KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1652.

³⁵³ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 707.

fato falsas, mas sem qualquer malícia, deveriam contar com uma proteção estratégica. Isso para que, ante as imperfeições do ordenamento jurídico, as “expressões fronteiriças” do lado tutelado não sejam incorretamente penalizadas ou resfriadas³⁵⁴. Ou seja, essa “margem de erro criada” teria o único escopo de contrabalancear eventuais erros e falibilidades inerentes aos processos judiciais na matéria.

Há, por outro lado, quem entenda que as premissas do *chilling effect* são exageradas. Isso porque haveria a tendência de a própria mídia acentuar e distorcer o efeito resfriador que eventualmente sofreria por ser uma interessada direta no seu amplo reconhecimento. Mais do que isso, afirma-se que nesses ambientes os jornalistas e mídias em geral também deveriam estar permanentemente sujeitos a escrutínios e *accountability* sobre os seus métodos de trabalho, haja a vista a tendência de se converter em um Quarto Poder³⁵⁵. Esse último aspecto não pode ser menosprezado no Brasil. Ainda vive-se em uma realidade de extrema concentração dos meios de comunicação social, fato que inclusive é visto com preocupação pela Organização Não Governamental Repórteres sem Fronteiras³⁵⁶. Ademais, a título de ilustração, por meio de relatório de mapeamento processual sobre a liberdade de Imprensa publicado no ano de 2017, o CNJ constatou que quase um terço das ações judiciais no Brasil são proposta contra um único grupo de mídia, que é o maior do país³⁵⁷.

Nesse aspecto, Leslie Kendrick ressalta que mais do que dificuldades em se quantificar a exata medida ou existência fática do resfriamento³⁵⁸, haveria também

³⁵⁴ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 707.

³⁵⁵ CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law*. Op. cit., p. 63.

³⁵⁶ Isso pode ser constatado no diagnóstico relativo ao ano de 2018 sobre o Brasil realizado pela Organização. Informações disponíveis em: <https://rsf.org/pt/brasil>.

³⁵⁷ Segundo dados do CNJ 34,2% das ações judiciais sobre a Liberdade de Imprensa (ou 827 processos) envolveriam o “Grupo Globo”. Cf. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/fe4133ad3d044846ba3b8ff5594bb7a7.pdf>.

³⁵⁸ Para fins de superar as dificuldades empíricas, o autor enumera as estratégias que comumente são levadas em consideração pela doutrina para fins de monitoramento do *chilling effect*. I- dados sobre os processos (*litigation data*), o que acaba sendo pouco eficiente, uma vez que a doutrina se preocupa com o que foi “resfriado”, ou seja, não publicado e não o que efetivamente foi dito. Além disso, há a observação de que uma taxa muito baixa de processos pode sugerir a existência de um ordenamento muito mais repressivo do que protetivo efetivamente, especialmente quando os atores são capazes de prever os riscos de suas ações. II- Comparações empíricas quantitativas, que também não são isentas de problemas e dificuldades, como por exemplo o problema metodológico de “medir as expressões”, uma vez que o resfriamento abrange não só a supressão, mas também a modificação de expressões, apesar de tais comparações trazerem indícios sobre a ocorrência dos resfriamento. III- Entrevistas e questionários, que ao empregarem uma linguagem mais casual, apresentam um grande risco de análises enviesadas e respostas auto interessadas (não sinceras). IV- modelos econômicos, que ao analisarem mais aspectos de eficiência das leis de difamação, acabam por, de certa maneira, falhar na confirmação da sabedoria sobre a adoção do *actual malice*. KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1675-1683.

dificuldades empíricas em se constatar se os seus remédios propostos são de fato efetivos. Ou seja, tanto os efeitos resfriadores, quanto seus possíveis remédios seriam oriundos de suposições, respectivamente, sobre as consequências dissuasivas da lei e sobre a efetividade das medidas porventura propostas. Dessa forma, seria preciso um maior refinamento para traduzir uma preocupação legítima (resfriamento) em uma regra jurídica³⁵⁹. Além disso, não seria exagerado afirmar que o próprio desenvolvimento da doutrina no caso *New York Times Co. vs. Sullivan* se deu a partir de argumentos muito eloquentes e persuasivos, mas lastreados em pouco material empírico³⁶⁰. A consequência lógica dessa incerteza empírica em torno da teoria seria a possibilidade de eventuais soluções jurídicas propostas serem aplicadas de forma inconsistente.

Segundo Kendrick, a doutrina, no contexto norte-americano, pecaria também por outros dois defeitos. O primeiro é uma tendência de “superinclusividade”, isto é de tentar inserir *standards* que não seriam propriamente necessários para prevenir *chilling effects*. Isso porque a análise de quais expressões são merecedoras de um tratamento distintivo é contextual. Nesse primeiro ponto o autor verifica certa inconsistência da Suprema Corte Americana em estender o raciocínio do *chilling effect* para casos de obscenidade e pornografia infantil, mas não o fazer para casos de incitação³⁶¹. Isto é, incluir-se-iam no âmbito de proteção da liberdade de expressão manifestações que talvez não merecessem a mesma tutela jurídica que outras que outras. Mas haveria também um problema de “sub-inclusividade”³⁶², uma vez que a proteção estratégica pouco diz para responder sobre a correição ou sobre o equívoco ao final de um processo³⁶³. Ou seja, se de fato a decisão judicial foi em sua essência correta ou justa.

Apesar de todas as limitações empíricas envolvidas na matéria, sobretudo da possibilidade de o Judiciário estar efetivamente equipado para identificar o resfriamento da

³⁵⁹ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1638. Além dele, Jerome Barron afirma que haveria riscos de discussões em um elevado nível de abstração, uma vez que evidencia a possibilidade de se recair em fundamentações tautológicas do fenômeno. BARRON, Jerome A. *Punitive Damages In Libel Cases - First Amendment Equalizer?* Op. cit., p. 110.

³⁶⁰ CIOLLI, Anthony. *Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas*. Op. cit., p. 159.

³⁶¹ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1662-1666.

³⁶² Nesse aspecto, falando especificamente sobre o parâmetro da malícia real (*actual malice*) o autor afirma que este apenas seria capaz de exacerbar os problemas dos custos de litigância, uma vez que não assegura que o número de processos por si só irá diminuir. Ao revés, torna o processo de conhecimento mais complexo, longo e mais custoso para ambas as partes. KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1669.

³⁶³ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., 1666-1670.

liberdade de expressão, o *chilling effect* simplesmente não pode ser ignorado pelas Cortes, antes os riscos que podem ser causados aos debates públicos. A questão não é tão simples, pois as Cortes muitas vezes acabam decidindo questões com base em argumentos dos quais igualmente não possuem muitas bases empíricas. Por outro lado, a avaliação de *chilling effects* demandaria cuidados inclusive quanto a sua rejeição, uma vez que poderia implicar igualmente na rejeição de diversas outras doutrinas ou resultados. Isso seria o chamado dilema da ignorância: “alguns *standards* legais requerem avaliações empíricas, mas as questões envolvidas estão além do alcance do Poder Judiciário”³⁶⁴. A melhor solução talvez seja então decidir a partir de análises de custo e benefício e presunções nos termos demonstrados acima, de forma a se optar pela decisão que pareça, do ponto de vista da eficiência, otimizar os resultados e valores em jogo³⁶⁵.

Em síntese, de fato algumas das críticas à aplicação cega do efeito resfriador são procedentes. Deve ser destacado que o ordenamento jurídico e a sua aplicação judicial se constituem como anteparos legítimos e necessários para se evitar abusos e descontroles da Liberdade de Imprensa. Ademais, repita-se que o exercício da Liberdade de Imprensa está assentado no binômio “liberdade e responsabilidade”. É dizer, não se pode imaginar qualquer liberdade absoluta³⁶⁶.

Portanto, não pode haver uma absolutização da ideia de que “tudo resfria indevidamente a liberdade de imprensa”. Mesmo porque, a única maneira de se expurgar qualquer espécie de *chilling effect* – seja benigno, seja maligno – é abolindo por completo a

³⁶⁴ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p 1657. O denominado dilema da ignorância está inserido no contexto dos debates a respeito da expertise judicial. Ou seja, saber em qual proporção ou limite se pode esperar que os juízes entendam – e por vezes sejam especialistas – em uma gama de assuntos que as suas pautas lhes levam, considerando que, independente de seu conhecimento específico, deverão ainda assim decidir as questões que lhe são submetidas. Nesse sentido, v. SCHAUER, Frederick. *The dilemma of ignorance: Pga Tour, Inc. v. Casey Martin*. In: *KSG Faculty Research working paper* No. 02-004, 2002, p. 6 e ss.

³⁶⁵ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1682-83. Ao final, pode-se afirmar que as preocupações acabam girando em torno não do risco em si, mas de quanta expressão é efetivamente produzida. Diga-se de passagem o próprio Schauer não ignora as dificuldades empíricas da teoria. Mas aponta dois indícios para a sua ocorrência: o fato de o ordenamento jurídico estar longe de ser perfeito e evitar julgamentos equivocados e o fato de os indivíduos em geral serem avessos ao risco. Além disso, afirma que em razão de a liberdade de expressão ser um valor “transcendental” – preferencial – a presunção deveria estar no seu lado da balança. SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 730-731.

³⁶⁶ No mesmo sentido se manifesta Richard Epstein para quem a liberdade não é sinônimo de anarquia, estejam em jogo ações ou palavras, e que o seu exercício o tem como pressuposto que a liberdade é protegida ao menos que seja causado danos a outrem e não apenas por algum sentido estético sobre a ação ou a palavra. EPSTEIN, Richard A. *Was New York Times v. Sullivan Wrong?* Op. cit., p. 789 e 796.

sistemática de responsabilização ulterior, o que não seria nem um pouco desejável³⁶⁷. É legítimo que em algum grau haja o resfriamento benigno evitando-se a vulneração dos direitos da personalidade, que aliás é um dentre os vários interesses do arcabouço constitucional pátrio³⁶⁸. Além do mais é decisivamente relevante a existência da responsabilização sobre a atividade jornalística em um patamar não irrisório como mecanismo de incentivo para a manutenção de padrões de condutas éticas e verazes nos órgãos de Imprensa. Como explicado anteriormente, trata-se de um efeito resfriador útil ou positivo. No entanto, a pergunta lógica após todo esse desenvolvimento teórico é: haveria alguma seara em que a teoria do *chilling effect* faria sentido no Brasil? Ou melhor, há campos onde pode-se verificar uma presunção mais robusta quanto a sua incidência?

A posição que aqui se adota é que sim. Nesse sentido, deve haver presunções mais robustas quando forem objeto de debates ou escrutínios os agentes públicos e certas figuras públicas, além de temas de alta relevância social, que são em grande medida os temas, por excelência, veiculados pela Imprensa em sua função de “*watchdog*”. O grande ponto da teoria é, reafirme-se, evitar ao máximo a ocorrência do *chilling effect* maligno, que pode ser verificado em casos de incerteza quanto aos processos judiciais e também em situações de desproporcionalidade de indenizações, de sanções ou de custos de litigância, que colocam em xeque o equilíbrio econômico financeiro de empresas jornalísticas ou do próprio profissional e por consequência a própria viabilidade de subsistência da atividade. Essa questão não pode passar despercebida na tutela jurídica da liberdade de Imprensa, visto que a existência de empresas jornalísticas economicamente saudáveis propicia o exercício de um jornalismo cívico e de divulgação de informação de qualidade³⁶⁹, podendo assim exercer satisfatoriamente a sua função de freio e contrapeso aos poderes estatais e privados.

³⁶⁷ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 490. Isso porque as vítimas de difamação ficariam sem qualquer medida para reparação dos danos por elas sofridos, ao mesmo tempo em que a responsabilidade civil não mais funcionaria como filtro do jornalismo responsável. Do mesmo autor, merece transcrição a seguinte passagem: “*A world without libel law is not unthinkable, but it would be a less civil world, a less just world for victims of defamation, a world less anchored to truth and reason. The civilizing influence of libel law is valuable enough to justify the price it exacts from speech. Libel law is worth reforming, but only if the result offers real protection for the values of truth and reputation commensurate with its inevitable burdens on speech*”. Idem, p. 551.

³⁶⁸ Nesse sentido, converge o art. 5º, V e X da CF que preveem: “Art. 5º. (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X- são **invioláveis**, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação”. Grifou-se.

³⁶⁹ MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 83.

Em conclusão, o *chilling effect* em sede de responsabilização estatal ulterior pode ocorrer por um conjunto variado de motivos. Em primeiro lugar, pela própria incerteza que um dado ordenamento jurídico trate da questão, não delimitando ou parametrizando adequadamente a colisão entre direitos. Em segundo lugar, pelos próprios custos inerentes ao processo, o que pode ser agravado em caso de manejo de “SLAPPs”. Em terceiro lugar, pela possibilidade não da responsabilização em si, mas de sua desproporcionalidade, estampada em indenizações elevadíssimas ou em outras consequências jurídicas³⁷⁰. Além do mais, pode-se afirmar que propicia relevantes efeitos negativos tanto no plano individual, quanto no plano coletivo. Todavia, deve haver na matéria considerações mais sensíveis sobre a dimensão social desses efeitos, na medida em que tendem a diminuir o fluxo de informações relevantes na sociedade, podendo assim ter impactos devastadores para todos os indivíduos. Diante da constatação das causas e das consequências negativas do efeito resfriador sobre a liberdade de imprensa, o ordenamento jurídico pode se valer de diversas soluções ou remédios – que serão abordados nos capítulos 4 e 5 – para evitar ou reduzir a sua incidência deletéria.

3.3. *Prior restraints, subsequent punishments* e o formalismo na liberdade de expressão.

Conforme visto no capítulo anterior, a vedação a toda forma de censura prévia (*prior restraints*) é uma das garantias básicas que o ordenamento jurídico brasileiro assegura aos jornalistas. Para tanto, existiriam nesse sentido duas razões principais pela preferência por uma sistemática de vedação às restrições prévias e instituição de regimes de punições subsequentes (*subsequente punishments*). A primeira seria a de que toda ideia mereceria ser exposta ao menos uma vez no mercado de ideias. A segunda seria a de ser mais justo penalizar aqueles que eventualmente abusem de sua liberdade de expressão do que impor restrições genéricas a todos. Isso porque, diferentemente do sistema de responsabilização ulterior, a instituição de censuras impede que determinados materiais alcancem a visão do

³⁷⁰ CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law*. Op. cit., p. 85-89. Leslie Kendrick cita alguns exemplos, como causas do resfriamento: o risco de condenação criminal equivocada, o risco de condenação civil ou aplicação de outros remédios de caráter civil equivocados, o risco de perda de benefícios, o custo de defesa em procedimentos judiciais ou administrativos, os custos reputacionais, os custos de buscar pareceres jurídicos antes de se expressar e a ameaça de investigações. KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1654.

público. Essa ideia se exprime na frase de que “um estatuto criminal resfria, enquanto que restrições prévias congelam”³⁷¹.

Por outro lado, sistemas que admitem as restrições prévias possuiriam, supostamente, ao menos duas vantagens em comparação com aqueles que apenas admitem punições subsequentes. Primeiramente, haveria maior certeza e, portanto, maior segurança jurídica a respeito dos conteúdos e meios que são previamente vedados e, como consequência, seriam diminuídos eventuais efeitos resfriadores³⁷². Além disso, uma restrição prévia implicaria em menores custos ao emissor de uma determinada mensagem do que eventuais punições subsequentes. Dessa forma, muitos sugerem que um sistema de licenças ou censura, desde que moderado, não seria assim tão negativo ou menos eficiente do que a sistemática de responsabilização subsequente.

Mas as considerações sobre o *chilling effect* expostas anteriormente põem em dúvidas a utilidade da distinção entre tais regimes em termos rígidos. Isso porque, em um cenário onde se leva em consideração a possibilidade de a liberdade de expressão lato sensu ser resfriada e até mesmo congelada em razão das punições subsequentes, o “*timing*” da restrição poderia vir a se tornar, concretamente, um fator de relevância menor³⁷³. Quando a incerteza ou os custos do processo legal forem desproporcionais haverá, conforme visto anteriormente, uma forte tendência de autocensura, de modo que, mesmo sem um sistema de censura oficial, o resfriamento pode suscitar que os conteúdos sobre os quais incide jamais cheguem aos olhos do público³⁷⁴.

E é justamente a partir dessas assunções que autores como Fernando Toller apontam que distinções entre restrições prévias e o sistema de responsabilização a posteriori são mais frágeis do que a clássica distinção faz supor. Nesse aspecto, realça que tanto o Direito Civil, quanto o Direito Penal, além do evidente efeito repressivo sobre os autores das condutas socialmente indesejadas, também possuem um claro efeito preventivo. É dizer, mais do que a

³⁷¹ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 727.

³⁷² Nesse sentido, Fábio Carvalho Leite, ao comentar caso em que jornal foi condenado a pagar indenização de 593 mil reais – ou o equivalente a 2,5 anos de seu faturamento – indaga se este não preferia que houvesse uma censura prévia ao invés de ter sido condenado de forma tão desproporcional. LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema*. Op. cit., p. 396.

³⁷³ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 728. Para o autor o que importa não é a qualidade temporal da restrição, mas a identidade e discricionariedade daqueles responsáveis por restringir a liberdade de expressão.

³⁷⁴ SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*. Op. cit., p. 729.

punição ou a compensação, objetiva-se igualmente a não reiteração. Aqui incide por excelência a ideia do efeito resfriador benigno.

O problema é que o efeito resfriador, como visto, pode facilmente congelar a liberdade de expressão. Fernando Toller traz o exemplo do direito norte-americano de instituto jurídico que muito se assemelha à suspensão condicional da pena do brasileiro³⁷⁵. Para casos em que seja aplicada alguma sanção de natureza penal à liberdade de imprensa há a possibilidade de que o juiz do caso não aplique ou suspenda a execução da pena sob a condição de cumprimento de alguns requisitos, que nessa matéria, costuma ser a não reiteração de publicação de certos temas ou conteúdos. Claramente ocorre um resfriamento de viés congelador, na medida em que paira sobre o jornalista a incerteza sobre a possibilidade de sofrer novas punições ou de violar as condições estabelecidas.

No mesmo sentido, Fábio Carvalho Leite questiona se haveria diferenças muito substanciais entre ambas os regimes jurídicos. Além disso, indaga porque os fundamentos que justificam a vedação de censura prévia costuma desaparecer na imposição de sanções ulteriores³⁷⁶. Reitere-se, essa discussão não é meramente teórica ou de caráter meramente acessório, quando se considera que a incerteza e o medo inerentes aos processos judiciais podem levar à autocensura. Nesse sentido, que o autor questiona se a liberdade de expressão lato sensu não seria uma garantia meramente formal³⁷⁷.

A ideia de formalismo da liberdade de expressão – e por tabela à Liberdade de Imprensa – reside na tendência de se querer tutelar a liberdade de expressão da forma mais ampla possível afastando-se a legitimidade de restrições prévias, mas nada se dizer a respeito de punições subsequentes à emissão de uma expressão, que lhes causam danos severos, desproporcionais e propiciam a autocensura. O grande problema desse “formalismo”, em resumo, é exaltar a proteção da liberdade de expressão de forma meramente retórica, na medida em que se supervaloriza a vedação de qualquer censura prévia, mas se ignora que os

³⁷⁵ TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Op. cit., p. 85.

³⁷⁶ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 398.

³⁷⁷ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 398.

efeitos resfriadores (e a autocensura ou “censura invisível” daí decorrente) de punições subsequentes podem ser tão graves ou piores do que aquela³⁷⁸.

Partindo da mesma noção de formalismo da liberdade de expressão Fernando Toller sustenta que deveria haver uma tutela material e não apenas formal sobre a liberdade de expressão. Isso se consubstanciaria no “*redesign*” institucional para que o ordenamento jurídico se preocupasse em vedar os exercícios ilegítimos e abusivos da liberdade de expressão – e obviamente da Imprensa - mas também em não resfriar as manifestações legítimas, independentemente da forma ou do momento dos mecanismos legais (sejam restrições prévias ou punições subsequentes)³⁷⁹. Em outras palavras, não é o “*timing*” da restrição que deveria ser o foco de maior atenção, mas a sua substância ou os seus efeitos pragmáticos³⁸⁰.

Por sua vez, entende-se aqui que qualquer tutela material da liberdade de expressão e de Imprensa em responsabilizações ulteriores deve se preocupar com a segurança jurídica possível na matéria, reduzindo o risco, a incerteza e o medo de quem se manifesta. Em verdade, o que deve ser feito é estabelecer uma forma de que as restrições sobre a liberdade de Imprensa não sejam arbitrárias ou não razoáveis, a partir de análises do caráter da expressão, do bem tutelado e do dano que infligirá³⁸¹. Essa seria uma “segurança jurídica possível” uma vez que Toller, a exemplo de Schauer, parece reconhecer que, por mais próximo do perfeito ou do ideal que possa estar determinado arcabouço legal e constitucional, uma margem de erros sempre ocorrerá³⁸².

Todavia, como realçado na introdução deste trabalho, as responsabilidades ulteriores, ainda que possam vir a ter efeitos práticos tão ou mais nocivos que a censura prévia, a princípio, não podem ser qualificadas como uma forma de censura estatal ou terem as suas

³⁷⁸ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 399-400.

³⁷⁹ Embora o autor seja enfático no sentido de que a dicotomia restrição prévia e punição subsequente não seja muito consistente, enxergando, inclusive, a legitimidade de algumas restrições prévias, é importante destacar que este trabalho não abraça totalmente as mesmas premissas. Isso porque um ponto que o autor parece não levar em consideração é de que há sempre a possibilidade de sistemas de restrições prévias sobre a liberdade de expressão acabem por se converter em uma ladeira escorregadia (*slipery sloppy*). Isto é, que a aceitabilidade de determinadas restrições prévias acarrete a “abertura da porteira” para outras restrições prévias, arbitrárias, não proporcionais ou não razoáveis, e que isso não seja devidamente visível.

³⁸⁰ TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Op. cit., p. 44.

³⁸¹ TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Op. cit., p. 116.

³⁸² TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Op. cit., p. 50-51.

consequências jurídicas simplesmente a ela equiparadas³⁸³. Isso porque a autocensura não é tecnicamente a forma de censura que a Constituição Federal proíbe, apesar de seus efeitos deletérios. Uma conclusão em sentido contrário não se coadunaria com uma interpretação constitucional sistemática, uma vez que ao mesmo tempo em que veda peremptoriamente a censura, a Constituição Federal admite expressamente, por exemplo, a responsabilização civil para assegurar a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

Em resumo, as punições subsequentes e a censura prévia são e continuarão a ser dois institutos apartados, apesar de se concordar aqui com a tese de que a tutela sobre a liberdade de expressão em sentido amplo deva ocorrer de forma material e não apenas formalmente³⁸⁴. E nesse sentido, a preocupação com o “formalismo” é substancialmente pertinente ao efeito resfriador, uma vez que as punições *ex post facto* podem ter um efeito tão ruim ou pior para a liberdade de informação jornalística que a própria censura. A partir dessas considerações, o passo seguinte, então, será analisar as particularidades do sistema brasileiro de responsabilização civil e penal sobre a liberdade de informação jornalística, para que se possa entender como que a legislação e a jurisprudências podem estar contribuindo – imperceptivelmente – para a propagação do efeito resfriador e de uma concepção puramente formalista da liberdade de expressão e de Imprensa.

3.4. Os direitos da personalidade e a sistemática de responsabilização no direito brasileiro.

3.4.1. Direitos da personalidade: reconciliando o Direito Constitucional e o Direito Civil?

Um problema amplamente identificado por alguns estudiosos nas questões atinentes à judicialização da liberdade de expressão em sentido amplo é certa dissonância entre doutrinas civilistas e constitucionalistas, o que acaba levando, nas palavras de Nestor Sagüès, a uma “esquizofrenia jurídica”³⁸⁵. Nesse aspecto, sem a devida compreensão do que se entende por

³⁸³ Em sentido contrário, 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. Op. cit., p. 66.

³⁸⁴ No mesmo sentido, MORALES, Felipe González. *Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno*. In: Revista IIDH, Vol. 43, 2006, p. 240.

³⁸⁵ O autor afirma que esse enfoque distinto ocorre, sobretudo, pelo fato de que autores civilistas adotam, em regra, uma visão extremamente protetora sobre os direitos personalíssimos, inclusive, admitindo amplamente censuras judiciais, através de medidas cautelares. Por sua vez, os autores ligados ao direito constitucional

“direitos da personalidade” e os problemas por trás da concepção civilista da sua judicialização qualquer pretensão de reconciliação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional será vã.

De acordo com os estudiosos na matéria, a categoria dos direitos da personalidade teria surgido na segunda metade do século XIX, oriundo do trabalho de juristas franceses e alemães jusnaturalistas, para indicar a existência de direitos vinculados aos seres humanos, que independiam do reconhecimento pelo Estado³⁸⁶. Todavia, a expressão foi praticamente relegada ao ostracismo ante as divergências conceituais, tendo apenas sido reestabelecida após o final da Segunda Guerra Mundial, por doutrinadores civilistas, especialmente de origem italiana³⁸⁷.

O fundamento basilar das preocupações em torno dos direitos da personalidade, sobretudo pelo Direito Privado, reside no valor central que a dignidade da pessoa humana passou a desempenhar em todos os ramos do direito, a partir da noção de que a categoria visa a proteger os atributos inerentes à condição humana³⁸⁸. Prova dessa importância vertiginosa que a dignidade da pessoa humana assumiu no Direito Civil e, por tabela, na própria concepção dos direitos da personalidade pode ser compreendida pela mudança de paradigma desse ramo jurídico: diversos de seus institutos clássicos passam por um processo de releitura consagrando não apenas a tutela de valores patrimoniais, mas também aqueles de envergadura existencial. Acrescente-se, porém, que parte da doutrina civilista, preocupada com o elevado

costumam realçar, em maior medida, o papel que a liberdade de expressão assume para o Estado Democrático de Direito. Nesse particular, segundo aqueles a liberdade de expressão seria um direito quase secundário, enquanto que para estes, a partir de sua posição preferencial, seria um direito quase absoluto. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Censura Judicial Previa a la Prensa: Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 3-6.

³⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição Revista e Atualizada; São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 5.

³⁸⁷ Dentre todos cf. Adriano de Cupis que afirma: “(...) existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade”. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. – Campinas: Romana, 2004, p. 24.

³⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In *Temas de Direito Civil*. 4ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Ed. Renovar, 2008, p. 5.

nível de abstração e fluidez do conceito de dignidade da pessoa humana, procurou defini-la em bases mais sólidas, capazes de tornar a sua incidência nessa seara mais segura³⁸⁹.

Aqui cabe uma observação preliminar: toda a dogmática dos direitos da personalidade, em essência, não se aparta daquela dos direitos fundamentais, do qual a liberdade de expressão obviamente faz parte. O ponto distintivo dos direitos da personalidade seria justamente em termos de enfoque: as relações entre particulares e não a destes para com o Estado³⁹⁰. Esse viés já foi realçado no primeiro capítulo e é doutrinariamente bem desenvolvido pelo Direito Constitucional como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Haveria assim, uma tendência de sobreposição conceitual. Em outras palavras, os direitos da personalidade nada mais seriam do que a “versão privada dos direitos fundamentais”, tratando-se, em essência do mesmo fenômeno³⁹¹.

Por sua vez, a doutrina civilista costuma classificar os direitos da personalidade em direitos à integridade física e direitos à integridade moral³⁹², onde no máximo a liberdade é realçada em termos genéricos. Nesse sentido, apesar de se reconhecer que o rol dos direitos da personalidade previstos legalmente não é fechado³⁹³, é certo que os estudos na matéria realçam quase que de forma exclusiva aqueles que estão expressamente consagrados no Código Civil – abrangendo os direitos ao próprio corpo, ao nome e, para o que interessa ao presente trabalho, à honra, à privacidade e à imagem –, que, ressalte-se, não escapa às críticas quanto à sua desatualização³⁹⁴. Mas é certo que, como elemento imprescindível ao

³⁸⁹ Nesse sentido, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. – 2ª Edição Revista. – Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 85. Anderson Schreiber também demonstra preocupação com a extrema fluidez da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de expansão da responsabilização civil por “danos bagatelares”, com base em argumentações eloquentes nela fundamentados. Cf. “A alusão descomprometida à dignidade da pessoa humana periga resultar, ao contrário, na banalização justamente daquilo que mais se pretende proteger (...)”. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª edição; São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 128.

³⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op. cit., p. 13.

³⁹¹ Schreiber adverte, acertadamente, que se todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, a recíproca não é verdadeira: nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. O importante é destacar que o cerne dos direitos da personalidade encontra o seu fundamento último na tutela da dignidade da pessoa humana. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op. cit., p. 14.

³⁹² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p.11.

³⁹³ Gustavo Tepedino afirma que a dinâmica dos fatos sociais torna cada vez mais difícil estabelecer disciplinas jurídicas fechadas e acabadas para todas as situações das quais a pessoa humana seja titular, o que justificaria o afastamento da lógica tipificadora do Código. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 13.

³⁹⁴ Essa crítica é formulada por Anderson Schreiber, para quem o Código tinha “pouca coisa de nova”, uma vez que foi gestado a partir de um pré-projeto da década de 1970 que ficou “engavetado” por quase 30 anos. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op. cit., p. 11.

desenvolvimento da personalidade humana, a liberdade de expressão em termos genéricos também deveria ser tida como um direito da personalidade³⁹⁵.

Da categoria dos direitos da personalidade relacionados à integridade moral, o primeiro que aqui merece menção é a honra. Costuma referir-se a esse direito fundamental como a estima individual ou a reputação social que cada pessoa merece³⁹⁶. Essa definição, contudo, não é isenta de críticas, uma vez que reconhecidamente o seu conteúdo concreto é influenciado pelas relações sociais subjacentes em momentos históricos e culturais específicos. A honra seria um conceito relativo, em constante modificação e evolução³⁹⁷. Apesar de todas as sociedades atribuírem, ainda que em diferentes níveis, proteção à honra e à reputação, estas ainda se constituiriam abstratamente como “algo misterioso”³⁹⁸.

Em um contexto amplo, a honra costuma estar associada aos comportamentos que cada grupo humano considera como moralmente corretos. Ou seja, carrega em seu âmago um conteúdo de considerável caráter moral. Ocorre que em seu nome diversas situações injustas ou práticas sociais perversas e contrárias à própria dignidade humana foram toleradas por uma “questão de honra”³⁹⁹. Além disso, nem sempre o termo “honra” é associado apenas aos

³⁹⁵ Nesse sentido, cf. a lição de Tepedino: “Em primeiro lugar, volta-se aparentemente, para a maior proteção dos chamados direitos da personalidade, sem que se tenha em mente que a liberdade de manifestação do pensamento é também inerente à personalidade humana e sua restrição, portanto, tolhe a vida digna. Sem liberdade de informar e ser informado não há dignidade da pessoa humana”. TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 29.

³⁹⁶ Adriano de Cupis toma a honra como primária, em ordem de importância, entre os direitos da personalidade, que tem como objeto um modo de ser exclusivamente moral da pessoa. O autor italiano conceitua a honra como “a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”. CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Op. cit., p. 121-122.

³⁹⁷ Esse relativismo pode ser ilustrado em uma análise comparativa das realidades fáticas subjacentes à passagem do século XIX para o XX e o momento atual (século XXI). Naquele contexto, um dos pilares do ordenamento jurídico era a preservação da honra familiar, uma vez que a família era alçada com “a base da sociedade”. Em um modelo de sociedade patriarcal buscava-se a preservação da honra individual masculina, associado ao seu bom nome e respeitabilidade nas relações sociais e profissionais e da honradez sexual feminina, associada à castidade ou à “pureza sexual”. É certo que esse modelo de honra associado ao pensamento patriarcal e conservador não mais guarda correspondência com a guarida constitucional que o ordenamento jurídico nacional consagra à honra, a partir das transformações sociais vivenciadas e, sobretudo, pela ordem de valores advindas da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, v. REIS JÚNIOR, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 2-4.

³⁹⁸ POST, Robert C. *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 Calif. L. Rev. 691, 1986, p. 692-693 (destacando que o significado da reputação vai estar diretamente relacionado com os tipos de relações sociais que as leis contra difamação visam a tutelar).

³⁹⁹ REIS JÚNIOR, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. Op. cit., p. 6; APPIAH, Kwame Anthony. O Código de Honra: como ocorrem as revoluções morais. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 21-67. É de se destacar que a concepção tradicional de honra igualmente evidenciava um aspecto anti isonômico nas relações sociais, na medida em que apenas quem tinha “honra”, por exemplo, como no caso de “mulher honesta”, poderia angariar certas proteções legais.

direitos individuais, mas também com alguma pretensão de tutelar entidades, instituições e até órgãos estatais⁴⁰⁰. Não obstante, a historicidade desse direito fundamental induz à conclusão de que as concepções de honra não são definitivas e acabadas. Ao contrário, podem estar sujeitas a constantes processos de críticas e superações pelas próprias sociedades nas quais estão inseridas⁴⁰¹.

É curioso notar que a responsabilização civil em relação aos danos sobre a reputação se embasa em definições historicamente desenvolvidas pelo Direito Penal⁴⁰². Nesse ramo do direito costuma haver a distinção entre honra subjetiva e honra objetiva – se referindo, respectivamente, ao sentimento próprio ou individual que o indivíduo possui e a reputação que o mesmo possui no meio social –, para fins de configuração dos tipos de injúria, calúnia e difamação. Essa influência pode ser sentida, especialmente, no criticado artigo 953 do Código Civil.

⁴⁰⁰ Sem qualquer pretensão de juízo de valor, cite-se, como exemplo, o recente episódio em que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, diante de críticas desferidas por um advogado à Corte durante um voo, acionou a Polícia Federal. Posteriormente, argumentou publicamente que agiu para preservar a honra do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, cf. <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/12/me-senti-na-obrigacao-de-defender-a-honra-do-stf-diz-lewandowski-sobre-episodio-em-aviao.shtml>.

⁴⁰¹ Robert Post afirma que a reputação (honra objetiva) poderia ser concebida segundo diferentes pontos de vistas, destacando três, que, normalmente, convivem de forma ambígua. O primeiro é o que trata a reputação como uma propriedade, que poderia ser adquirida e conquistada, a partir dos esforços individuais de cada um, assim como qualquer outra propriedade disponível no mercado. Ao contrário, essa perspectiva não se preocupa com qualquer tipo de sentimento pessoal que o indivíduo pode vir a perder com a violação de sua reputação, visto que, assim como a propriedade, uma vez perdida, poderia ser reconquistada e só deveria levar em conta valores mensuráveis pelo mercado. Em segundo lugar, a reputação poderia ser associada à “concepção tradicional de honra”, segundo o qual o indivíduo se insere e se identifica com as características normativas de papéis sociais particulares e recebe em retorno consideração e estima daquele meio. Ou seja, a sociedade trata aqueles atributos como expectativas que os indivíduos tenham ou cumpram. Sob esse ponto de vista, os indivíduos seriam essencialmente desiguais. Isso porque os papéis sociais são hierarquicamente arranjados, uma vez que a honra não pode ser comprada ou adquirida, mas é inerente a papéis sociais específicos já definidos, algumas vezes associados a cargos públicos ou a posições privadas. Em terceiro lugar, haveria a concepção de reputação como dignidade, associado, sobretudo, à integridade individual e ao valor intrínseco que cada ser humano é digno em um contexto relacional. Aqui o autor afirma que essa concepção contemporânea se orienta no sentido de que o que se tutela é o respeito ou a noção de auto respeito de todos os membros de uma sociedade, que repercute em torno da própria aceitabilidade social e identidade cultural e não é algo que se possa comprar ou ser associado a cargos ou posições, mas é algo essencial e intrínseco a todo ser humano. POST, Robert C. *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*. Op. cit., p. 693-719.

⁴⁰² Isso pode ser verificado, e.g., em: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 256. Atualmente, os doutrinadores do Direito Penal parecem entender essa distinção com olhos mais críticos e menos estanques. Todavia, não se superou completamente a dicotomia honra subjetiva e objetiva, especialmente para se explicar a própria configuração da tipicidade dos delitos pertinentes. Nesse sentido v. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. – 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 400-401; BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. – 12. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 350.

A partir do paradigma da constitucionalização do Direito Civil e, especialmente, da influência da dignidade da pessoa humana para os direitos da personalidade, além do que, da óbvia mudança do contexto histórico-cultural, é preciso que o direito à honra seja compreendido de outra forma⁴⁰³. Nesse sentido, Antônio dos Reis Júnior aponta que, dada as insuficiências da dicotomia honra subjetiva e honra objetiva, pelo menos para o Direito Civil, o melhor seria a adoção de um conceito normativo de honra. Com apoio na dignidade da pessoa humana essa releitura deveria moldar o seu conteúdo não como uma pretensão de “bom nome”, “fama” ou de “estima individual”, mas sim como uma pretensão de respeito nas relações sociais ou interpessoais⁴⁰⁴.

O fato é que apesar dessa necessidade, a jurisprudência e a doutrina, de uma forma geral, parecem ainda conceber a honra a partir da clássica dicotomia subjetiva e objetiva⁴⁰⁵. Mas se algum juízo crítico cabe neste espaço, seria o de certa incongruência em se admitir o aspecto meramente subjetivo da honra servir como fundamento para a responsabilização civil, ao mesmo tempo em que se realça a inaplicabilidade de critérios subjetivos, como a malícia real, para o emissor de informações e opiniões. Ademias, parece haver certo esquecimento na matéria em tratar o direito à honra de forma atrelada à liberdade de expressão, uma vez que é uma relação que naturalmente se coloca em rota de colisão⁴⁰⁶. Em resumo, inequívoco que o

⁴⁰³ REIS JÚNIOR, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. Op. cit., p. 13.

⁴⁰⁴ REIS JÚNIOR, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. Op. cit., p. 23; APPIAH, Kwame Anthony. O Código de Honra: como ocorrem as revoluções morais. Op. cit., p. 31-36. Curiosamente essa ideia não é tão nova assim. Heleno Cláudio Fragoso já defendia algo semelhante, de alguma forma destoando da maior parte da doutrina penalista de sua época, na necessidade de adoção de um conceito “normativo” e não fático de honra, tendo como paradigma a respeitabilidade social. Cf. trecho: “Objeto de tutela jurídica nos crimes contra a honra é a pretensão ao respeito da própria personalidade. Honra é o valor social e moral da pessoa, inerente à dignidade humana. A lei protege ameaçando de pena manifestações do pensamento que atingem a estima social, a reputação, a dignidade e o decoro, configurando os crimes de calúnia, difamação e injúria. [...] Em qualquer dos crimes aqui previstos o que se atinge, em suma, é a pretensão ao respeito, interpenetrando-se os aspectos sentimentais e éticos-sociais da honra”. Tal posicionamento é seguido contemporaneamente por César Roberto Bittencourt. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP. – 8. ed. rev. e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 176-177; BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. Op. cit., p. 319. Juarez Tavares também tece críticas à concepção clássica do bem jurídico honra como sentimento ou estima individual (honra subjetiva) e reputação social (honra objetiva). Sobre esta última, aduz que traz uma dificuldade de mensuração sobre a exata medida de sua violação, propondo assim que na verdade a ofensa à dignidade seja o núcleo dos crimes contra a honra. TAVARES, Juarez. Anotações dos crimes contra a honra. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 94/2012, pp. 89-132, Jan. – Fev., 2012, p. 91-95.

⁴⁰⁵ O fato é que o próprio autor considera que essa é uma ideia em construção e, portanto, incompleta. A honra normativa seria aquela na qual a sua definição concreta dependeria de considerações globais do ordenamento jurídico, por meio de regras específicas ou por meio da ponderação. REIS JÚNIOR, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. Op. cit., p. 24.

⁴⁰⁶ 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. Op. cit., p. 56.

Código Civil e o Código Penal não “tipificam” ambas as dimensões da personalidade com o mesmo peso, o que é bastante questionável.

Apesar de a maior parte das ações atinentes a essa colisão dizerem respeito especificamente às violações à honra, em algumas hipóteses também pode haver o choque da liberdade de informação jornalística com a imagem e com a privacidade. E, nesse sentido, frequentemente associada à honra, a imagem, pela leitura civil e constitucional, deve ser considerada como um direito autônomo. Segundo Anderson Schreiber o direito à imagem se constitui como “o controle que cada pessoa humana detém sobre ‘qualquer representação audiovisual ou tátil’ da sua individualidade, ‘alcançada por instrumentos técnicos de captação, como filmes, teleobjetivas, registros computadorizados, bem como pela ação artística da criatividade humana nas telas de pintura, na escultura de qualquer tipo, inclusive artesanato’”⁴⁰⁷.

Por sua vez, a privacidade também possui um amplo espectro, abarcando inúmeros e distintos fenômenos⁴⁰⁸. Originariamente, foi associado ao direito de ser deixado só (*right to be let alone*)⁴⁰⁹. Por essa primeira dimensão, a privacidade em muito se sobreporia à intimidade, de forma a afastar a curiosidade alheia da vida íntima dos indivíduos e de suas famílias, especialmente daqueles indivíduos com alguma notoriedade social. Portanto, acabava sendo um direito de cunho negativo, dirigido tanto aos particulares, quanto ao Estado. Ademais, esse aspecto inicial seria considerado um atributo imprescindível para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, se constituindo como uma necessidade de tranquilidade psicológica e equilíbrio pessoal, podendo ainda ser relacionada com a própria

⁴⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op. cit., p. 108.

⁴⁰⁸ Nesse particular, Daniel Solove considera que a privacidade é um conceito “confuso”, abarcando diversos fenômenos, alguns deles bem ambíguos, como a liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, solidão do lar, controle sobre informações pessoais, proteção sobre a reputação e proteção contra buscas e investigações. SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 1-2. Nesse aspecto, o trabalho doutrinário do autor se dá essencialmente em elaborar uma nova teoria sobre a privacidade. Assim, propõe a sua teoria não de acordo com um conceito unitário de privacidade, mas um conceito plural, sugerindo uma taxinomia do referido direito que abrangeria quatro grupos principais: I- coleta de informações; II- processamento de informações; III- disseminação de informações; IV- invasão. Idem, p. 10-11.

⁴⁰⁹ Doutrinariamente, o direito à privacidade como sinônimo de intimidade foi defendido em artigo acadêmico de Louis Brandeis e Samuel Warren, no ano de 1890. À época os autores demonstravam preocupações quanto à proteção individual diante das inovações tecnológicas, como a fotografia, que permitia a invasão de recintos sagrados, como a vida privada e doméstica. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, pp. 193-220, 1890, p. 195. Cf. o seguinte excerto sobre o escopo do então “*right to be let alone*”: “*The design of the law must be to protect those persons with whose affairs the community has no legitimate concern, from being dragged into an undesirable and undesired publicity and to protect all persons, whatsoever; their position or station, from having matters which they may properly prefer to keep private, made public against their will*”. Idem, p. 214-215.

liberdade, uma vez que “não se é efetivamente livre quando se está sendo observado”⁴¹⁰. Por outro lado, é preciso destacar que o conteúdo último do que é abrangido pela intimidade ou vida privada não é uníssono, variando bastante histórica e culturalmente⁴¹¹. Por fim, o direito à privacidade segundo essa conotação recebe diversas críticas, sobretudo por ser associado apenas aos direitos de quem era qualificado como proprietário⁴¹².

Em um segundo momento, sobretudo a partir das revoluções digitais⁴¹³ passou a haver uma nova onda de preocupações, em escala global, em torno da privacidade⁴¹⁴. A partir de então, o direito à privacidade acaba por ter o seu conteúdo alargado para abranger igualmente o controle que os indivíduos devem ter sobre dados e informações de caráter pessoal⁴¹⁵. É o que se denomina de perfil dinâmico da privacidade, isto é, despida do paradigma da “propriedade”⁴¹⁶. A privacidade aqui seria dividida em uma dimensão procedimental, de acordo com o modo pelo qual os dados pessoais são obtidos e uma dimensão substancial, de acordo com o uso que se faz dos mesmos.

⁴¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória*. Op. cit., p. 49.

⁴¹¹ Ana Paula de Barcellos traz pelo menos três concepções distintas: a do direito francês em que são tradicionalmente oito temas a ele relacionados (vida sentimental, conjugal e familiar; direito ao nome, saúde até mesmo causa da morte; eventos familiares; emoções; lazer; opiniões, sejam políticas, filosóficas ou religiosas; e patrimônio); a do direito anglo-saxão em que são três temas associados ao direito (família, casa e próprio corpo). Já do direito alemão, que exerceu enorme influência sobre o direito brasileiro, adveio a classificação dos círculos concêntricos, que abrangem níveis de proteção distintos para temas relacionados à intimidade, de modo que quanto mais interno, maior a proteção conferida pela vida privada. Destarte, em um primeiro nível estariam informações patrimoniais, fiscais e financeiras do indivíduo e o registro de comunicações; em um nível intermediário estariam informações atinentes à vida doméstica, familiar, profissional e o conteúdo das comunicações; no último nível se encontrariam informações mais íntimas, de caráter emocional (vida afetiva ou sexual) e relativas ao próprio corpo. BARCELLOS, Ana Paula de. *Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória*. Op. cit., p. 50.

⁴¹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Op. cit., p. 137.

⁴¹³ Isso simplesmente porque a tecnologia inerente às mídias digitais teria facilitado o processo de obtenção, processamento e disseminação de informação. Mas é certo que esses problemas inerentes à privacidade não são causados pela tecnologia em si, mas pela atividade de indivíduos privados ou entes públicos. SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. cit., p. 189.

⁴¹⁴ SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. cit., p. 4-5. O autor explica que apesar dessa “escalada mundial” da previsão em diversas constituições e tratados internacionais, alguns chegam a questionar se essa seria de fato uma preocupação individual em mundo onde os indivíduos cada vez mais se expõem na rede mundial de computadores, sendo acusada de ser uma garantia ilusória e “antissocial”.

⁴¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49-58. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8-30 (apresentando uma evolução da concepção da privacidade, sendo a proteção de dados pessoais uma ‘continuação por outros meios’ da proteção da própria privacidade).

⁴¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas*. Op. cit., p. 30.

Vistos, de forma breve, os conteúdos dos principais direitos da personalidade que entram em rota de colisão com a liberdade de Imprensa é preciso passar ao exame da estrutura da sistemática de responsabilização ulterior em sede civil e em sede penal, o que será objeto dos dois próximos tópicos. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, a incidência de *chilling effects* vai estar, no presente estudo, associado em maior medida às responsabilidades ulteriores decorrentes da colisão entre a liberdade de informação jornalística e os referidos direitos da personalidade. Diante disso, se faz necessária a análise com maior detalhamento da sistemática de responsabilidade civil, onde estão localizados os maiores problemas no tema⁴¹⁷, e em menor medida na responsabilização penal, que serão objetos, respectivamente, dos dois próximos tópicos.

3.4.2. A responsabilidade civil e a reparação integral do dano.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a principal regra atinente ao tema é o artigo 953 do CC, que prevê a responsabilização civil por violações à honra. Todavia, parte da doutrina civilista costuma se referir a esse dispositivo como “tautológico”⁴¹⁸. Isso porque praticamente repete a redação do Código Civil de 1916, atrelando a indenizabilidade das violações à honra à configuração de injúria, calúnia ou difamação, além do que condicionaria a indenização por dano moral à “incapacidade de prova do dano material”. É certo, porém, que sob a perspectiva civil a violação da honra não necessariamente vai estar apenas vinculada à configuração dos referidos tipos penais.

Inicialmente cabe constatar que o processamento de uma ação de indenização por danos morais contra meios de comunicação não possui regras especiais das regras gerais das ações indenizatórias, desde a revogação da Lei 5.250/67, através da ADPF 130⁴¹⁹. Sendo

⁴¹⁷ Andrew Kenyon enumera a existência de pelo menos três problemas envolvendo o processo civil em casos de difamação: o grande peso que os tribunais atribuem à reputação, um certo nível de imprevisibilidade e a inconsistência dos danos morais em comparação com outros danos. KENYON, Andrew. *Problems with Defamation Damages?* In: Monash University Law Review, Vol 24, No I, 1998, p. 70.

⁴¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Op. cit., p. 77-78.

⁴¹⁹ Sob a égide da Lei de Imprensa havia diversas regras especiais, em capítulo próprio, que tratavam da responsabilidade civil. Para uma análise de como funcionava o processamento do sistema de responsabilização civil sob a égide da lei 5.250/67, cf. GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil nos meios de comunicação*. Op. cit., p. 363. Contudo, é necessário assinalar que segundo o autor a sistemática de responsabilização civil na Lei de Imprensa possuía uma nítida influência do direito penal. Além disso, cite-se de passagem que uma das grandes peculiaridades que a sistemática de responsabilização da Lei de Imprensa era a previsão de indenizações tarifadas, isto é, vinculadas a valores máximos e mínimos, nos artigos 51 e 52, o que é algo, praticamente de

assim, plenamente aplicável o regramento genérico do processo de conhecimento previsto no Código de Processo Civil ou da Lei dos Juizados Especiais. De uma forma geral, o demandante, a exemplo do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, deverá indicar com provas que houve uma manifestação ou expressão que violou um direito da personalidade, que esta manifestação é atribuída ao demandado e que a mesma se refere a ele (dano e nexo de causalidade). Por outro lado, as defesas possíveis para o demandado são o de negar a autoria das manifestações, de demonstrar, em algumas ocasiões, a veracidade das expressões ou ainda de indicar alguma excludente de responsabilidade, como o exercício legítimo do direito de crítica. Apesar de ser possível a ocorrência de danos materiais, na maior parte dos casos de responsabilidade civil o demandante pleiteia apenas a compensação de danos morais.

Para além de toda incerteza que pode advir de qualquer ponderação judicial envolvendo direitos fundamentais, deve-se analisar aqui especificamente a questão dos danos civis. O dano, por si só, é a própria razão de ser ou fundamento da responsabilidade civil e do dever de indenizar⁴²⁰. Porém, destaque-se, o que enseja a responsabilização civil, inclusive na colisão entre direitos da personalidade e liberdade de informação jornalística, não é simplesmente o dano, mas o dano injusto⁴²¹. Nesse sentido, haveria diversas situações concretas, segundo a própria doutrina civilista, que causariam danos sobre outrem, mas que o próprio ordenamento jurídico consideraria como admissíveis ou toleráveis à vida em sociedade. Desta maneira, o dano injusto aqui pode ser medido pela configuração de um “eventual desvirtuamento das liberdades comunicativas”⁴²². A definição da justeza de um dano nessa matéria, reitere-se, irá advir da adequada ponderação entre os direitos e interesses em jogo.

Por sua vez, é muito comum que na fundamentação da incidência de danos morais a jurisprudência ainda se pautar por termos não técnicos e com grau elevado de incerteza como

forma unânime, repudiado pela doutrina contemporânea do direito civil, uma vez que as indenizações devem ser fixadas de acordo com a extensão do dano (art. 944 CC).

⁴²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006, p. 239.

⁴²¹ Para fins de ressarcibilidade, Gustavo Tepedino traz uma noção simples, porém elementar para compreender quando deve incidir a reparabilidade de eventual dano causado pelas atividades comunicativas à personalidade individual: “No âmbito das atividades jornalísticas, revelam-se numerosas as hipóteses nas quais o exercício das liberdades de informação e de expressão atinge a personalidade do retratado, sem, contudo, causar dano injusto, precisamente por veicular notícias sérias, de interesse público, relacionadas a pessoas notórias, sem o intuito de ofender, de modo a configurar exercício regular de direito, em preponderância das liberdades sobre a personalidade do indivíduo”. TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas*. Op. cit., p. 36.

⁴²² TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas*. Op. cit., p. 39.

“dor, sofrimento e humilhação”⁴²³. Isso obviamente traz uma enorme dificuldade prática de aferição precisa e segura sobre o *quantum* indenizatório, uma vez que este dependeria, em grande medida, de avaliações subjetivas dos julgadores. Além disso, de acordo com parcela da doutrina civilista, a dor e seus congêneres não deveriam ser “elementos ontológicos” do dano moral, mas meros reflexos ou consequências, que podem vir ou não a ocorrer⁴²⁴.

Por outro lado, é certo que o ordenamento jurídico cada vez mais prevê hipóteses que ensejam a responsabilidade objetiva, isto é, que não se perquire propriamente a existência de culpa, mas onde a mera configuração do dano enseja o dever de indenizar⁴²⁵. Ressalve-se, todavia, que a sistemática de responsabilização da Imprensa e dos meios de comunicação social não deve ser objetivada, ante a ausência de previsão legal e da não satisfação dos requisitos da cláusula geral de responsabilidade objetiva do artigo 927, Parágrafo Único do Código Civil.

Apesar disso, há uma forte tendência na jurisprudência de considerar que danos morais decorrentes dos direitos da personalidade seriam *in re ipsa*⁴²⁶. Com isso, muitas vezes se evoca que o dano aqui decorreria simplesmente do fato ofensivo (ou na ilicitude do ato praticado). Ocorre que Anderson Schreiber demonstra que a invocação de danos morais *in re ipsa* reside em um “erro de perspectiva”, ao novamente associa-lo à dor, vexame e humilhação, que por serem de caráter meramente subjetivo, não seriam de necessária demonstração⁴²⁷. Assim, por exemplo, o recomendável para fins de violações à honra é que as expressões sejam analisadas de forma objetiva e não a partir de elucubrações a respeito de possíveis estados anímicos do ofendido⁴²⁸.

⁴²³ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 132.

⁴²⁴ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 133. O autor nesse particular alude a exemplo pitoresco de que por esse critério seria descabida qualquer discussão sobre eventual reparabilidade de dano moral a pessoa difamada enquanto estivesse em coma.

⁴²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Op. cit., p. 240.

⁴²⁶ Um exemplo dessa postura pode ser verificado no RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe 28.06.2002.

⁴²⁷ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 204.

⁴²⁸ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 206-208. Mais do que isso, ainda que mais difícil, é preciso que haja, segundo o autor, a efetiva demonstração do dano ocorrido, pois assim “escapa-se à excessiva abertura que o mito da prova *in re ipsa* traz ao campo dos danos extrapatrimoniais. Com efeito, não pode haver maior estímulo à propositura de ações infundadas que dispensar o autor, em um contexto de erosão dos filtros tradicionais do ressarcimento, do ônus probatório do único elemento que se conserva como indispensável à responsabilidade civil – o dano, cuja reparação consiste na função primordial do instituto”.

Ademais, é preciso destacar a própria sistemática de indenizabilidade civil. No geral, há aqui outra dificuldade em torno dos danos causados aos direitos da personalidade: o caráter essencialmente pecuniário desses direitos. É dizer a judicialização dos direitos da personalidade impendem, na maior parte dos casos, em ações pecuniárias de reparação civil por dano moral e, salvo raras exceções, pouco peso é dado para os meios de tutela específica. Nesse sentido, Schreiber destaca que “os tribunais brasileiros já despatrimonializaram o dano, mas não ainda a sua reparação”⁴²⁹.

E mais, normalmente os parâmetros utilizados pelo aplicador do Direito para o cálculo de indenizações, são um tanto quanto incertos e sujeitos a grande subjetivismo. O problema não é propriamente do Judiciário uma vez que nem a legislação e nem a doutrina do Direito Civil desenvolveram até o momento critérios seguros ou unívocos para o cálculo do *quantum* indenizatório dos danos morais. O problema aqui fica bem evidente quando a doutrina e jurisprudência enunciam que uma das características essenciais dos direitos da personalidade é a sua extrapatrimonialidade, visto que decorrem da própria dignidade da pessoa humana⁴³⁰. Dessa forma, os danos morais não impenderiam em uma reparação, mas apenas uma compensação.

Ademais, o entendimento em geral no Direito Civil pátrio sobre as indenizações por dano moral é de não poder haver o seu tabelamento, uma vez que estas devem ser medidas pela extensão do dano e a reparação do dano ter, em regra, de ser integral. Por sua vez, outra característica apontada é que para cada dano – ou cada expressão injuriosa à honra – deveria

⁴²⁹ Uma igual crítica, no contexto norte-americano, pode ser constatada na doutrina de David A. Anderson. Segundo o autor as ações por difamação não são essencialmente demandas econômicas – nem mesmo sob a perspectiva histórica daquele ordenamento jurídico – mas demandas relativas à dignidade. Assim, reduzir tais ações judiciais a um aspecto meramente patrimonial, relativo a perdas econômicas, significaria exaltar valores comerciais sobre outros valores sociais e culturais mais importantes. Ao revés, o valor prioritário deveria ser a defesa (*vindication*) da honra. ANDERSON, David A. *Rethinking Defamation*. In: *Arizona Law Review*, Vol. 48:1047, 2006, p. 1-3.

⁴³⁰ Entendia-se, tradicionalmente, que haveria certa imoralidade em reparar posições morais ou oriundas de aspectos existenciais com dinheiro. No entanto, evoluiu-se para a ideia de que a maior imoralidade seria deixar aquele que sofreu um dano injusto sem qualquer reparação. Como visto, ocorreu na segunda metade do século XX um movimento amplo de despatrimonialização ou de valorização dos aspectos existenciais no âmbito do direito civil. Apesar disso, pouco se avançou no sentido de se despatrimonializar também os meios de reparação. Embora seja utópico que em todos os casos sejam utilizados meios não pecuniários de reparação, como o direito de resposta, e que estes irão ressarcir ou compensar adequadamente todas as violações aos direitos da personalidade, a posição que aqui se adota é de uma “postura crítica”, sobretudo, quando em jogo liberdades comunicativas. Na visão de Gustavo Tepedino: “A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado”. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p.21.

haver um juízo separado. Além disso, como mencionado, a intenção ou os estados subjetivos do ofensor não costumam ser relevados para a fixação da indenização, mas admite-se a fixação de indenização a partir do grau de sofrimento subjetivo suportado pelo ofendido⁴³¹. Isso apenas evidencia o que vem repetindo: a jurisprudência e a doutrina civilista não costumam atribuir pesos equânimes à liberdade de expressão e de imprensa e aos direitos da personalidade, principalmente no momento de fixação de uma indenização.

Com isso, há uma tendência de fixação de elevados valores atribuídos a título de danos morais na responsabilização da Imprensa e que, muitas vezes, não guardam congruência estrita com a jurisprudência das Cortes na fixação de danos morais em outros casos. Consequentemente, há o risco de se acentuar o fenômeno que se intitulou de “indústria do dano moral”⁴³²⁴³³. Isso porque, grandes valores atribuídos a título de danos morais estimulam demandas frívolas, nas quais os indivíduos tendem a judicializar os seus dissabores e angústias variadas com a expectativa de lucrarem altas quantias monetárias⁴³⁴. E, repita-se, ante a inexistência de um conceito inequívoco de honra e as influências de estados anímicos

⁴³¹ Anderson Schreiber, ao comentar o caso Mayrink Veiga, parece achar adequados os critérios fixados pela jurisprudência fluminense para a fixação de indenização em favor da *socialite*, como a “maior densidade de danos” para pessoas do sexo feminino das expressões utilizadas ou a intensificação da indenização por ser a ofendida pessoa notória. Para uma descrição do caso v. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Op. cit., p. 81.

⁴³² O termo indústria do dano moral mostra uma preocupação com “uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Op. cit., p. 194. Nesse sentido, alguns mecanismos são cogitados pelo autor para evitar a ocorrência desse fenômeno, como a reparação não pecuniária, a exigência de demonstração efetiva de dano, repressão à litigância de má fé e rejeição de caráter punitivo da reparação, que são plenamente aplicáveis no presente estudo para fins de se evitar ou atenuar a ocorrência de *chilling effects*.

⁴³³ Maria Celina Bodin de Moraes, em estudo sobre o tema, verificou que em 10 anos houve, no âmbito do STJ um aumento em 200 vezes no número de ações com pedido indenizatório por danos morais, gerando consequências, segundo a autora, de banalização do dano moral e mercantilização das relações extrapatrimoniais, o que são obviamente deletérias no campo da Liberdade de Imprensa e de incidência de *chilling effects*. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Op. cit., p. 241-242. Essa expansão quantitativa também é verificada por Anderson Schreiber, para quem o fenômeno se relaciona, sobretudo, à erosão dos filtros de reparação, isto é do ocaso da culpa e da flexibilização do nexos de causalidade, colocando-se em foco, na responsabilidade civil, os danos indenizáveis, além de outros fatores como expansão do acesso à justiça. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Op. cit., p. 84.

⁴³⁴ Jónatas E. M. Machado e Iolanda Brito descrevem que isso propiciou na Grã Bretanha o fenômeno do “*libel tourism*”, segundo o qual figuras públicas que não tinham nenhum vínculo com o país passaram a ingressar com demandas milionárias por supostos danos à reputação em razão de matérias de *tabloids*, uma vez que as Cortes concediam elevadas indenizações, especialmente a título de *punitive damages*. MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português*. Op. cit., p. 74. Sobre o mesmo tema cf. também: ANDERSON, David A. *Transnational Libel*. In: *Virginia Journal of International Law*, Vol. 53:71, pp. 71-98, 2012. (apresentando uma visão crítica no sentido de que a expressão *libel tourism* simplesmente seria uma forma de trivializar as questões atinentes à perspectiva do direito internacional na matéria. Nesse sentido, a postura extremamente defensiva das Cortes norte-americanas em apenas efetivarem o cumprimento de sentenças estrangeiras que atendessem ao padrão da 1ª Emenda seria capaz de obstar qualquer espécie de diálogo ou cooperação internacional que o tema merece).

em sua definição, esse risco tende aqui a se acentuar. Por fim, outra consequência bem sentida da “indústria do dano moral” e da patrimonialização excessiva dos direitos da personalidade ainda propiciam grande é o baixo estímulo na utilização de mecanismos de reparação de tutela específica.

Apesar disso, deve-se ressaltar, que há, no direito brasileiro, uma crescente importância atribuída à tutela específica (e não apenas à tutela pecuniária) para fins de melhor compensar o dano moral sofrido. Na colisão entre direitos da personalidade e liberdade de Imprensa é possível cogitar de alguns desses meios de tutela específica. Um primeiro mecanismo seria a publicação de sentença, que era previsto na Lei de Imprensa, não recepcionada pela decisão do STF na ADPF 130. Apesar da não recepção, poderia ainda assim ser adotada, com fundamento na própria tutela constitucional da honra e da irrestrita reparabilidade do dano moral⁴³⁵. Em segundo lugar, não podem ser ignoradas as repercussões positivas que pedidos de desculpas podem eventualmente ter⁴³⁶.

Não obstante, o principal mecanismo de tutela específica no ordenamento jurídico pátrio nessas colisões é o direito de resposta, previsto no artigo 5º, V CF e regulado pela lei 13.188/15. O instituto se constitui como verdadeira garantia constitucional e se presta, sobretudo, a equalizar a evidente desigualdade de armas que existe entre os meios de comunicação social de massa e os indivíduos em geral⁴³⁷. Em razão de sua importância para o presente estudo, o direito de resposta será analisado no capítulo final deste trabalho.

Outra questão que traz dificuldades para o sistema de responsabilização civil pátrio e tem consequências para eventual configuração de *chilling effects* é a utilização indevida, por parte da doutrina e da jurisprudência, da doutrina anglo-saxã dos *punitive damages*⁴³⁸. O caráter de dano punitivo verifica-se não apenas na preocupação em se punir propriamente o ofensor, mas também em trazer um efeito dissuasivo da suposta conduta danosa, ao se majorar a quantia indenizatória em relação aos danos morais efetivamente suportados. A

⁴³⁵ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 83.

⁴³⁶ Sobre a questão v. CARROL, Robyn. *Apologies as a Legal Remedy*. In: Sydney Law Review, Vol. 35:317, 2013.

⁴³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Op. cit., p. 34.

⁴³⁸ Admitindo, Enéas Costa Garcia. GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil nos meios de comunicação. Op. cit., p. 493-499.

doutrina com a qual o presente trabalho se alinha, contudo, tem convergido para a crítica sobre a absorção dos danos punitivos pelo Direito Civil brasileiro⁴³⁹.

Todavia, a questão aqui não é discutir se doutrinariamente a sistemática de responsabilização civil por danos morais abrange os danos punitivos ou não. O ponto que deve ser destacado é que independentemente do conceito que se utilize, é amplamente admitido pela doutrina e jurisprudência civilista que o dano moral exerça um papel para além de reparação integral do dano, que, apesar disso, ainda deve ser tido como a função primária da responsabilidade civil⁴⁴⁰. Isso se evidencia, por vezes, quando se lança mão da expressão “função pedagógica” da responsabilidade civil ou, noutros casos, da referência expressa e direta aos danos punitivos.

Ora, a função pedagógica da responsabilidade civil nada mais traz do que uma preocupação de cunho preventivo e que muito se assemelha à função exercida tipicamente pelo Direito Penal de prevenção específica e prevenção geral de condutas dos particulares. Ainda que seja essa uma preocupação legítima⁴⁴¹, como aponta parcela da doutrina, há diversas inconsistências nessa aplicação, sobretudo em face do art. 944 do CC que determina que a reparação se mede pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. Além disso, outro problema constatado no tema – e que pode dar causa a *chilling effects* – é a ausência de especificação entre os montantes que se prestam à função pedagógica e à função reparatória ou compensatória.

⁴³⁹ Em geral, os danos punitivos acabam sendo uma forma de aumentar o dano concedido a título de dano moral e se dão, na jurisprudência, sobretudo a partir de critérios como grau de culpa e capacidade econômica do ofensor no momento da fixação do *quantum*. Nesse sentido, criticando a importação do instituto: SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 212-213 (por ser contrário à literalidade do art. 944 CC, por trazer uma inconsistência com o instituto da vedação ao enriquecimento sem causa, além de a não diferenciação com o *quantum* compensatório criar uma situação em que o réu é condenado a uma pena da qual não se conhece a sua extensão, aplicando uma pena sem as garantias processuais penais pertinentes).

⁴⁴⁰ Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que: “O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Op. cit., p. 238. A título de registro para alguns autores do Direito Civil a reparação integral do dano seria alçada ao patamar de “verdadeiro princípio constitucional”, tido como um mandado de otimização, a fim de proporcionar que a vítima de um dano obtenha a reparação completa, de acordo com a extensão daquele. Nesse sentido, a referida reparação integral, eventualmente, poderia ser mitigada à luz das peculiaridades do caso concreto e de acordo com um juízo equitativo. Nesse sentido, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. Civillistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018, p. 3-6.

⁴⁴¹ TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Op. cit., p. 60.

Muito embora o presente trabalho não verse exclusivamente sobre os problemas inerentes à responsabilização civil de uma forma ampla, é possível concluir asseverando que a própria doutrina civilista busca incessantemente um maior grau de tecnicidade, sobretudo no tema dos danos morais⁴⁴². Todavia, em uma seara com elevado nível de vagueza e incerteza – tanto na ponderação realizada, quanto na extensão da indenização – como na colisão entre liberdade de informação jornalística e direitos da personalidade, há a possibilidade real de que tal sistemática produza uma indevida intimidação. E é exatamente aqui que se abre espaço para se reconhecer a incidência de um ilegítimo efeito resfriador sobre a liberdade de informação jornalística.

3.4.3. A responsabilidade penal e a sua prescindibilidade prática.

Em relação à tutela penal, os artigos 138 e 140 CP tipificam condutas, com gravidades variadas, que violam o bem jurídico honra. Em verdade, o ordenamento jurídico pátrio historicamente sempre se valeu do direito penal para tutelar a honra individual⁴⁴³. Uma das razões subjacentes para tanto era criminalizar condutas atentatórias a esse bem jurídico, para se evitar práticas sociais indesejadas como duelos ou vinganças privadas, em que os indivíduos buscassem “lavar a honra com as próprias mãos”⁴⁴⁴. Levando-se em consideração apenas tal parâmetro como objetivo primordial da tutela penal da honra, pode-se dizer que a mesma seria anacrônica.

Todavia, a doutrina especializada atualmente vem renovando as suas compreensões sobre os delitos contra a honra, na medida em que os mesmos deveriam incidir com “ponderação às situações de dano à personalidade ou à dignidade”⁴⁴⁵. Apesar disso, diante dos avanços das ciências civil e penal na matéria será que a criminalização de injúrias, calúnias e

⁴⁴² Registre-se nesse particular, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “A ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral tem gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Op. cit., p. 244.

⁴⁴³ Segundo Fragoso já no Código Penal de 1830 havia capítulo próprio intitulado crimes contra a segurança da honra, que incluía a calúnia e a injúria. Já no Código Penal de 1890, também havia a previsão dos dois tipos penais. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP. Op. cit., p. 176.

⁴⁴⁴ REIS JÚNIOR, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. Op. cit., p. 9.

⁴⁴⁵ TAVARES, Juarez. Anotações dos crimes contra a honra. Op. cit., p. 94.

difamações ainda seria algo desejável? Ou, em outros termos, será que a tipificação dessas condutas também contribui para o resfriamento da liberdade de imprensa?

Em primeiro lugar, a existência de um sistema de responsabilização penal pode se mostrar obsoleto, pois, uma vez demonstrada a historicidade do conceito do bem jurídico tutelado – honra – pode-se concluir que o peso que este recebia da sociedade na década de 1940 não é o mesmo que recebe contemporaneamente. Isso não significa dizer que a honra não tenha qualquer importância ou valor. Ao contrário, implica apenas que a sua tutela, em grande medida, se bastaria na seara cível. De maneira análoga pode-se imaginar o exemplo de que nem todos os danos materiais são penalmente relevantes, a despeito do que, não significa que sejam juridicamente irrelevantes. Na verdade, às violações à honra por meio da atividade de Imprensa, para o presente estudo, não transcendem os interesses e direitos privados na proporção de justificar a mobilização do aparato penal estatal. Sendo assim, a partir da perspectiva do princípio da intervenção mínima poder-se-ia defender que as violações à honra não devessem, em regra, ser tratadas como crimes⁴⁴⁶.

Em segundo lugar, apesar de haver “esferas de responsabilização independentes”, a incidência de uma responsabilidade civil concomitantemente com uma responsabilidade criminal pode evidenciar, in concreto, a incidência de um *bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Apesar de impróprio, foi visto no tópico anterior que a jurisprudência pátria costuma adotar em sua práxis o caráter punitivo ou preventivo das indenizações por danos morais, com o objetivo de dissuadir, de punir ou de servir de instrumento pedagógico aos ofensores. Assim, não seria difícil imaginar que ambas as esferas, se tratadas de forma completamente incomunicáveis, acabem gerando um duplo viés punitivo sobre uma mesma conduta. Não obstante, uma observação pertinente nesse sentido é que, enquanto a responsabilização civil pode recair tanto sobre o jornalista quanto sobre a empresa de comunicação social, a responsabilização penal apenas recai sobre o primeiro. Portanto, os riscos de *bis in idem* recaem sobretudo sobre pessoas físicas, que costumam ser muito mais vulneráveis do que grandes empresas de comunicação social.

⁴⁴⁶ O princípio da intervenção mínima se justificaria aqui em razão da subsidiariedade do direito penal, exposto na ideia de que nem todos os bens jurídicos merecem a tutela do Direito Penal.

Ademais, o processo penal dos crimes contra a honra é deflagrado por uma ação penal privada⁴⁴⁷, onde o próprio ofendido será o legitimado para ingressar e praticar os atos processuais pertinentes. O seu processamento ocorrerá, em regra, nos juizados criminais especiais, uma vez que são considerados delitos de menor potencial ofensivo. Apesar de o sistema de execuções penais dificilmente se orientar para a prisão do suposto ofensor, essa é uma possibilidade que ainda assim é prevista abstratamente na legislação vigente e por vezes ocorre na prática⁴⁴⁸⁴⁴⁹.

Nesse sentido, diversos Organismos Internacionais, como a ONU⁴⁵⁰ e a OEA⁴⁵¹, além de Organizações Não Governamentais nacionais e internacionais⁴⁵² que atuam em defesa da liberdade de expressão e de imprensa já manifestaram recomendações no sentido da abolição

⁴⁴⁷ Segundo Rogério Greco: “Embora o Estado sempre sofra com a prática de uma infração penal, pois o seu cometimento abala a ordem jurídica e coloca em risco a paz social, existem situações que interessam mais intimamente ao particular do que propriamente ao Estado”. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. Op. cit., p. 683.

⁴⁴⁸ A título de exemplo, no final de 2018 o jornalista Paulo César de Andrade Padro, que já havia sido condenado à pena de 1 mês e 23 dias de detenção em regime semi aberto pela prática de injúria contra o também jornalista Milton Neves, teve a sua prisão preventiva decretada, uma vez que haveria um suposto mandado de prisão em aberto em outro processo que respondia por difamação. Após cerca de 1 mês preso, o jornalista foi solto graças a Habeas Corpus impetrado no Tribunal de Justiça de São Paulo, onde os desembargadores verificaram que não havia nenhum mandado de prisão pendente. Nesse sentido cf.: <http://artigo19.org/blog/2018/12/03/artigo-19-repudia-prisao-de-jornalista-por-injuria-e-difamacao/>.; <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2018/12/22/preso-por-ofensa-a-milton-neves-jornalista-obtem-ordem-de-soltura.htm>.

⁴⁴⁹ É de se destacar que há ampla possibilidade de nesses processos haver a transação penal, a suspensão condicional do processo, *sursis*, aplicação de multas ou mesmo de retratação. Ainda assim, o querelado pode negar as condições ou mesmo “desobedecer” uma ordem judicial, no que pode ser executada a pena de prisão. O risco de meras previsões abstratas de prisão foi constatado por Jonatas Machado e Iolanda Brito que ao analisarem a legislação portuguesa na matéria constatam: “(...) o problema agrava-se perante a previsão expressa de penas privativas de liberdade, com tudo o que elas implicam do ponto de vista pessoal, familiar, social e profissional. Os jornalistas, pelo simples facto de exercerem uma importante função de interesse público, que naturalmente pode afetar a honra e consideração de pessoas físicas e coletivas, privadas e públicas, veem-se imediatamente colocados no mundo da marginalidade e da ilicitude, podendo enfrentar duras consequências pessoais e patrimoniais. Isso coloca-os numa posição de significativa fragilidade e vulnerabilidade, na medida em que são presa fácil da utilização abusiva de processos penais contra eles”. MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Op. cit., p. 97.

⁴⁵⁰ No item 5.9 do Plano de Ação das Nações Unidas sobre a segurança dos jornalistas e a questão da impunidade há a proposta de encorajar estados-membros a tratar a difamação como uma ação civil e não criminal. Ver: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/04/plano-de-acao-seguranc3a7a-dos-jornalistas-onu.pdf>.

⁴⁵¹ A relatoria Especial da OEA para a liberdade de expressão assim se manifestou ao tratar especificamente de delitos de desacato e de difamação por ocasião da análise de sua compatibilidade com a CADH: “Preocupa também à Relatoria que os geralmente chamados ‘delitos contra a honra’, entre os que se incluem a injúria e a calúnia, são usados com os mesmos fins que o delito de desacato. Uma regulação deficiente nesta matéria, ou uma aplicação arbitrária está em desacordo com a recomendada derrogação das leis de desacato. Embora esta observação esteja contida nos relatórios da Relatoria antes citados, não foram registrados avanços sobre a questão”. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>.

⁴⁵² Pela Resolução 1.577 a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa afirmando que a “criminalização acaba se convertendo em um desequilíbrio entre a liberdade de expressão e a honra” e recomendando que deveria “caminhar-se para a descriminalização da difamação (especialmente de figuras públicas) ou abolir a pena de prisão”.

da responsabilidade penal nos crimes contra a honra e que as suas violações sejam reparadas apenas pelo direito civil⁴⁵³, muito em razão da desproporcionalidade das sanções sobre as condutas tidas como ofensivas e, obviamente, da possibilidade de um ilegítimo efeito resfriador.

Por fim, não se pode ignorar o peso dos subjetivismos do juiz do caso concreto na avaliação da configuração dos tipos penais de injúria e difamação, o que na seara penal tende a ser ainda mais grave. Nesse sentido, estudo empírico desenvolvido por Fábio Carvalho Leite, Ivan Hannikainen e Flávia Nhuch demonstrou que a configuração do crime de injúria estará essencialmente relacionada com as avaliações e percepções particulares diante de um caso concreto, não havendo maiores critérios seguros para determinar se uma manifestação é ou não injuriosa na perspectiva criminal⁴⁵⁴. Ou seja, há uma patente insegurança jurídica circundando os crimes contra a honra, o que, conseqüentemente, pode gerar efeitos resfriadores indesejáveis.

Em suma, a legislação brasileira na matéria, é antiquada e não dá o devido peso à liberdade de expressão em sentido amplo, que como visto é uma liberdade preferencial. Ao revés, estabelece ônus excessivos sobre este direito fundamental, tornando possível a banalização da movimentação de um aparato que deveria ser considerado a “*ultima ratio*”. Tal desconsideração sobre a liberdade de expressão e de Imprensa nos delitos contra a honra é no mínimo curiosa, uma vez que, como afirma Fábio Carvalho Leite, a honra ou a sua violação

⁴⁵³ A Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP) realizou uma conferência hemisférica sobre Liberdade de Imprensa no Castelo de Chapultepec, na cidade do México, em 1994, onde o princípio de número “X” expressa essa ideia: “nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público”. A declaração traduzida se encontra disponível no site da ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão: <https://www.abert.org.br/web/images/Biblioteca/Liberdade/DeclaracaodeChapultepec.pdf>.; Além disso, a Organização Artigo 19 publicou em 2000 um conjunto de princípios atinentes à liberdade de expressão e reputação, no qual trata do tema nos arts. 4 e 8. No Brasil, a ABRAJI – Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – já se manifestou contra a criminalização de calúnia, injúria e difamação. Cf. <http://abraji.org.br/noticias/abraji-critica-penalizacao-de-injuria-calunia-e-difamacao>.

⁴⁵⁴ A pesquisa se baseou em uma “metodologia correlacional” entre as avaliações de cem profissionais do direito sobre decisões reais a respeito da configuração ou não do crime de injúria com decisões jurisprudenciais que se orientaram tanto pela condenação quanto pela absolvição, a fim de se examinar a “consistência das fundamentações apresentadas”. Os resultados apontaram justamente para a existência de uma insegurança jurídicas na jurisprudência penal a respeito dos crimes de injúria, uma vez que as fundamentações utilizadas para absolver poderiam ter sido utilizadas em processos em que houve a condenação e vice e versa. Nesse sentido, v. LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar A. Rodriguez; NHUCH, Flavia Kamenetz. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. In: Revista da Faculdade de Direito (UFPR), v. 61, p. 259-276, 2016.

sempre vai se referir à liberdade de expressão como “contra” valor, mas a recíproca não é verdadeira⁴⁵⁵.

Em resumo, consigne-se que embora a responsabilização penal seja amparada pelo direito positivo, o processo penal tem um notório potencial de se constituir como mais um instrumento a disposição de um suposto ofendido para a intimidação da liberdade de imprensa. Todavia, é certo que a proposta aqui deve ser ponderada. Não se visa a abolir completamente todos os tipos penais a partir de uma concepção libertária, uma vez que estes ainda podem vir a desempenhar funções sociais relevantes. Nesse aspecto, o presente trabalho considera relevante que, ao menos, o direito penal não seja manejado em “crimes de imprensa” praticados contra pessoas públicas, sobretudo agentes estatais⁴⁵⁶.

3.5. Análise jurisprudencial.

Como afirmado anteriormente, os dados sobre a litigância pouco dizem sobre o *chilling effect* propriamente dito, uma vez que o relevante para a doutrina é mais o que não foi dito ou publicado em termos de debates públicos (resfriamento) do que aquilo que foi publicado e eventualmente foi judicializado. Apesar disso, a presente seção realizará uma análise de alguns dados jurisprudenciais, sobretudo, no âmbito do STJ e, em menor medida, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a fim de demonstrar o funcionamento das responsabilizações subsequentes em face da liberdade de Imprensa no Brasil. No presente tópico, serão realçados, sobretudo, os custos referentes às indenizações e não propriamente os custos de litigância de uma forma geral. A utilidade aqui será dupla: trazer indícios de que os elevados custos oriundos da sistemática de responsabilização ulterior podem resfriar a liberdade de imprensa e, que as informações levantadas e sistematizadas possam de alguma forma auxiliar futuros monitoramentos no tema.

⁴⁵⁵ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 404.

⁴⁵⁶ Na atual sistemática de responsabilização por difamação existe uma regra especial para funcionários públicos no art. 139, PU, CP que permite a exceção da verdade. Em síntese o acusado deverá provar que o que alegou era verdade para ser eximido da responsabilidade penal. Isso, contudo, soa um tanto quanto estranho, na perspectiva penal, na medida em que o emissor (réu) terá que provar que o que falou é verdade – e portanto é inocente – e não o ofendido provar a falsidade. Mas é preciso destacar que, segundo os penalistas, a notoriedade do fato nesses delitos seria elemento que torna a conduta atípica. TAVARES, Juarez. Anotações dos crimes contra a honra. Op. cit., p 98-99.

Todavia, antes de ingressar propriamente na análise jurisprudencial dos dois Tribunais, é preciso realçar dois casos emblemáticos, julgados nos últimos anos, que envolvem de alguma forma considerações sobre o *chilling effect* no Brasil. O primeiro é relativo à atriz e jornalista Mônica Iozzi⁴⁵⁷. O caso ocorreu após a jornalista compartilhar em uma de suas redes sociais imagem do Ministro Gilmar Mendes com a expressão indagativa “*Cúmplice?*”. Tal manifestação ocorrera após o Ministro do Supremo Tribunal Federal ter concedido Habeas Corpus em favor do médico Roger Abdelmassih, que posteriormente viria a ser condenado a 278 anos de prisão pela prática de 58 estupros. Além disso, comentara na mesma foto a seguinte frase “*Se um Ministro do Supremo Tribunal Federal faz isso... nem sei o que esperar...*”.

Diante disso, o Ministro Gilmar Mendes ingressou com ação reparatória por danos morais, pleiteando a indenização de 100 mil reais por ofensa pública a sua imagem pessoal e profissional. O juízo cível entendeu configurada a violação da esfera moral do autor, sob o fundamento de que teria havido abuso de direito da liberdade de expressão. Em outras palavras, entendeu que a referida manifestação se configuraria como ilícita e, portanto, ensejadora de dano moral. Mais do que isso, considerou agravante o fato de que a jornalista era pessoa pública e a sua rede social bastante popular, ao passo que seria irrelevante o fato de que ela não era autora da postagem, mas apenas uma das pessoas que compartilhou o material. Ao final, houve a condenação da jornalista e atriz ao pagamento de 30 mil reais a título de danos morais.

Ocorre que tal sentença merece ser criticada à luz do que foi desenvolvido ao longo do presente trabalho. Em primeiro lugar, desconsiderou a posição preferencial que a liberdade de expressão em sentido amplo goza no ordenamento jurídico pátrio. Em segundo lugar, em nenhum momento realizou qualquer juízo ponderativo explícito e sequer se valeu de *standards* ponderativos, uma vez que tratou a liberdade de expressão da jornalista, de plano, como ilícita ou como um abuso de direito. Por fim, sequer apresentou reflexões acuradas a cerca do efeito resfriador que poderia ser causado sobre a liberdade de expressão da ré e de terceiros. Ao contrário, passou por cima de qualquer exame mais sofisticado ao evocar um suposto “caráter pedagógico da responsabilidade civil”. Além do mais, pode-se dizer, analisando o conteúdo das manifestações, que não se tratavam de expressões inequivocamente

⁴⁵⁷ Trata-se do processo de nº 2016.01.1.062108-0 da Quarta Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

ilícitas, diante do que poderiam facilmente ser inseridas na mencionada “zona de segurança”⁴⁵⁸.

É interessante notar que meses após a condenação na esfera cível a jornalista comentou sobre o ocorrido em programa televisivo, onde evidenciou que a repercussão do caso contribuiu para que resolvesse abandonar todas as suas redes sociais e se abstinhasse de entrar em discussões de temas de maior saliência. Apesar disso, é preciso destacar que o estudo desses fatos também é envolto de algumas dificuldades práticas. Primeiro porque pode ser um tanto quanto problemático qualificar o compartilhamento de montagens em redes sociais privadas – de caráter meramente opinativo – como exercício da atividade jornalística. Em segundo lugar, há dificuldades de parametrizar o resfriamento com base apenas em relatos pessoais em um programa de entrevistas. Todavia, apesar de todas as dificuldades apontadas, não se pode ignorar a existência de indícios de que tenha ocorrido o resfriamento sobre a liberdade de expressão em termos amplos.

Outro caso emblemático que merece realce trata-se da decisão que afirmou que “jornalista não poderia criticar falecido dentro do período de luto”⁴⁵⁹. O caso tratava-se de manifestação do jornalista e apresentador, Zeca Camargo, que narrou, por meio de crônica em programa televisivo, a sua surpresa em torno da grande comoção gerada pela morte do cantor sertanejo Cristiano Araújo, visto que, em seu ponto de vista, ele não seria tão popular quanto outros ícones da música e celebridades para receber tal reconhecimento. O pano de fundo de suas “reflexões opinativas”, segundo o alegado, era tecer críticas mais profundas sobre o cenário musical brasileiro, em que “artistas de uma música só se colocavam em uma agenda incessante de shows”. O jornalista ainda ressaltou que em nenhum momento teve a intenção de injuriar, caluniar ou difamar o falecido. Por sua vez, através da ação judicial, empresa de produções artísticas e parente do cantor fundamentaram os seus pedidos indenizatórios no número de seguidores e visualizações em redes sociais para provar que o cantor não era figura desconhecida e que se tratava de manifestação preconceituosa, além de fundamentarem o seu

⁴⁵⁸ Na sentença, a confusão fica muito clara quando por vezes o juiz se refere às expressões como: “seriam capazes de suscitar a dúvida se este seria cúmplice de um crime de estupro” ou “A partir do momento em que a requerida imputa a um jurista reconhecido, ministro da Suprema Corte, cumplicidade a práticas criminosas”. Ou seja, pela primeira o juízo reconhece que as expressões trazem um questionamento e pela segunda que elas seriam afirmativamente responsáveis por imputar a conduta criminosa ao autor da ação.

⁴⁵⁹ Muito embora não se tenha localizado o número do processo para consulta, a íntegra da sentença pode ser acessada através do seguinte link: <https://www.conjur.com.br/dl/zeca-camargo-cristiano-araujo.pdf>. Por sua vez, o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Goiás fornece informações sobre o processo no seguinte link: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/17011-zeca-camargo-e-condenado-por-cronica-jornalistica-veiculada-apos-morte-de-cristiano-araujo>.

pedido na Constituição Federal, no Código Civil e, curiosamente, na revogada Lei de Imprensa. Por fim, além do dano moral pediram que o jornalista se abstinhasse de “emitir qualquer opinião preconceituosa” sob pena de multa de 50 mil reais.

A decisão considerou que apesar de a redação do artigo 220 da Constituição determinar que “a liberdade de informação jornalística não sofrerá quaisquer restrições”, isso não significava que haveria uma licença para o jornalista “agredir, desprestigiar e humilhar a pessoa humana” em veículo de Imprensa de grande repercussão nacional. Diante disso, houve a condenação ao pagamento de indenização de 30 mil reais a cada um dos autores – totalizando 60 mil reais – a título de danos morais, além de 15% da condenação a título de honorários advocatícios ressaltando, nesse particular, que a jurisprudência do STJ se orienta na fixação de “valores consideráveis” em casos análogos. Ou seja, a decisão desconsiderou qualquer aspecto relacionado à posição preferencial da liberdade de expressão e de Imprensa e também qualquer consideração sobre o conteúdo da crítica jornalística sobre assuntos de grande repercussão. Ao revés, a manifestação opinativa foi considerada agressão gratuita, humilhação, desprestígio e desrespeito ao momento de luto da família, fãs e empresário. Além do mais, a sentença ressalta a desnecessidade de prova cabal de dolo decorrente de violação da honra pela divulgação da imagem e informação através da Imprensa. Por fim, ressalta que a crítica poderia ser feita, mas fora do período de luto, o que evidentemente não guarda correspondência com nenhuma regra jurídica. Posteriormente, o jornalista apelou para o Tribunal de Justiça de Goiás, que, não obstante, manteve a decisão questionada⁴⁶⁰.

Todavia, esses são apenas dois casos de grande repercussão integrantes de um cenário mais amplo. Conforme afirmado anteriormente, no ano de 2017 o Conselho Nacional de Justiça realizou um estudo sobre a situação processual da Liberdade de Imprensa no Brasil⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ O resumo dos argumentos dos desembargadores do TJGO pode ser acessado no seguinte link: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/162-destaque2/18624-tjgo-mantem-condenacao-de-jornalista-zeca-camargo-por-cronica-sobre-a-morte-de-cristiano-araujo>. É curioso notar que um dos argumentos utilizados na fundamentação foi de que a liberdade de expressão goza de primazia quando a manifestação for verdadeira, o que no caso em análise seria uma impropriedade, uma vez que a crônica se tratava essencialmente de uma crítica ou opinião e não propriamente de divulgação de fatos e de informações objetivas. Por outro lado, o Tribunal realçou expressamente o “efeito pedagógico” que a responsabilização civil deveria ter.

⁴⁶¹ O estudo, de início, esclarece que o objetivo foi identificar e tipificar os processos que tratam da liberdade de Imprensa, a partir de levantamentos da Comissão Executiva do Fórum Nacional do Poder Judiciário e Liberdade de Imprensa, criado a partir da resolução 163/2012 do CNJ (especialmente o art. 2º, I da resolução). A composição da referida comissão foi regulada pela portaria 30/2018 do CNJ, por meio da qual houve a participação de associações e organizações de Imprensa, como a ABERT, a ANJ e a ABI, levando-se em conta os processos registrados nos bancos de dados daquelas associações. Além disso, é preciso esclarecer que houve uma delimitação temática restrita aos veículos que estão diretamente relacionados com a atividade jornalística, o que abrangeu a totalidade de 2.373 processos. Excluíram-se, assim, processos relativos a redes sociais ou a

Em um primeiro momento, analisando os processos constantes nos bancos de dados de associações, como a ANJ, ABERT e ABI, constatou a existência de 2.373 processos. Desse total, 68,7% estaria tramitando na Justiça Estadual, 25% na Justiça Eleitoral, 3,46% na Justiça Federal, 2,75% em Tribunais Superiores e 0,05% na Justiça Militar. No geral, a curva de distribuição, ao longo dos últimos 20 anos apresenta uma crescente, no qual o pico foi o ano de 2016 com 618 novas ações ajuizadas. O ano de 2017, com 117 processos distribuídos, não foi analisado integralmente. Nominalmente, os Estados com a maior quantidade de processos foram Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná. Além disso, apesar de em 59,7% dos processos levantados o campo “motivo da ação” não estar devidamente preenchido, constatou-se que a maior parte deles se referia a ações por difamação (59,5%), por violações à legislação eleitoral (19,4%) e por violações à privacidade (10,9%). Ou seja, 70,4% dos processos discutiam a violação de direitos da personalidade por meio da Imprensa.

Quanto à situação processual da Liberdade de Imprensa propriamente dita, em termos de características gerais e tempo de tramitação, levantou-se, inicialmente, que 13% dos processos já haviam sido baixados enquanto que 87% se encontravam em tramitação. Do total, mais da metade se referia a pedidos de indenização por dano moral (44,65% ou 1.302 processos) ou a questões de Direito Eleitoral (18,35% ou 535 processos). Apenas 0,31% (ou 9 processos) versavam sobre Direito Penal. Os processos baixados foram resolvidos, em média, em 1 ano e 4 meses, enquanto que os pendentes de julgamento estavam sendo processados, em média, há 3 anos e 2 meses.

Importante destacar que o relatório do CNJ ainda se preocupa com a consistência dos dados levantados. Dessa forma, em outra etapa buscou pesquisar por processos não a partir de listas fornecidas por associações, mas na base de dado do “Selo Justiça em Números”, a partir de palavras-chaves que se vinculavam com o objeto da pesquisa. Nesse sentido, foram localizados 13.359 processos, mesmo considerando que a referida base de dados do projeto favorece um “subregistro”. Com isso, os resultados foram os seguintes: 48,8% (ou 4.480) dos processos localizados se referiam a danos morais, 24,8% (2.274) se referiam a danos materiais e 19,1% (1.752) a crimes relacionados à atividade de Imprensa. Além disso, desse total, 61,9% dos processos (ou 8.270) tramitavam na Justiça Estadual e apenas 1% no STJ (ou 128).

provedores de busca, nos quais notícias e matérias jornalísticas estão meramente hospedadas ou compartilhadas. Nesse primeiro momento, foram levantados tanto os casos já transitados em julgado, quanto aqueles ainda em tramitação. O relatório está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/fe4133ad3d044846ba3b8ff5594bb7a7.pdf>. Acesso em 24.07.2018.

Contudo, o levantamento constatou uma imprecisão no cadastramento processual e o diagnóstico foi a necessidade de uma maior precisão e eficiência do Poder Judiciário nesse sentido.

Em linhas gerais, pode-se dizer que as conclusões mais relevantes desse valioso estudo foram: (i) As ações envolvendo a Liberdade de Imprensa estão fundamentalmente relacionadas a casos de danos morais e de propaganda eleitoral; (ii) O “Grupo Globo”, incluindo jornais, revistas e reportagens via internet, é o veículo de Imprensa mais acionado na justiça brasileira; (iii) No Rio de Janeiro está a maior incidência de processos, com o dobro da média nacional; (iv) Nas capitais brasileiras o número de demandas corresponde ao quádruplo do verificado nos demais municípios; (v) Mesmo nas ações penais, os processos versam, sobretudo, sobre difamação e/ ou calúnia; (vi) Há um problema sério de consistência dos dados. Enquanto as informações provenientes das associações constituíram um universo de análise com 2.373 processos, na base de dados do CNJ foram localizados 13.359. Além disso, considerando que esta última é “subregistrada”, em razão da falta de cadastramento adequado de assuntos segundo tabelas processuais unificadas, e, por meio de uma simulação, onde a base de dados do “Selo Justiça em Números” corresponde a apenas 4,5% do universo total de casos, a estimativa do órgão estatal é a existência de aproximadamente 300 mil processos relacionados à Liberdade de Imprensa no Brasil.

Obviamente que a inconsistência de dados no registro processual sobre a Liberdade de Imprensa – verificada pelo próprio CNJ – é algo grave e evidencia dificuldades práticas em termos de pesquisa e conclusões abrangentes sobre o tema. Todavia, de início, um relevante dado pode ser verificado nas referidas conclusões: a tendência de alta litigiosidade em face da liberdade de Imprensa no Brasil, o que se tomado de forma isolada pode levar a conclusões dúbias. Explique-se. Por um lado, uma alta litigiosidade poderia sugerir que jornalistas não se sentem intimidados por ações judiciais e que qualquer efeito resfriador seria fictício. Por outro lado, pode apenas evidenciar que se instalou uma verdadeira “indústria do dano moral” nos últimos anos nos Tribunais brasileiros – através dos próprios incentivos que a jurisprudência “generosa” tem proporcionado aos autores dessas demandas –, onde os demandantes buscam o enriquecimento pessoal através de “aventuras judiciais”, quando verificadas quaisquer críticas ou referências pessoais, não necessariamente de cunho difamatório. Por sua vez, caso essa última hipótese esteja de fato ocorrendo o resfriamento é uma realidade, que tende a afetar desproporcionalmente jornalistas independentes e pequenos veículos de Imprensa.

Nesse aspecto, ressaltar que as maiores e mais ricas empresas jornalísticas são as mais acionadas na justiça pode também acabar escondendo o maior nível de sufocamento, intimidação e resfriamento que sofrem aqueles jornalistas que não contam com as mesmas condições de financiamento e de assessoria jurídica.

Nesse particular, ainda que não traga resultados conclusivos é preciso que seja feita uma análise estatística da porcentagem de sucesso das ações judiciais que envolvam a liberdade de Imprensa e de Expressão e, igualmente, o levantamento da média das indenizações concedidas nesses casos. Como afirmado, a falta de consistência global na maior parte dos Tribunais brasileiros traz limitações em termos de pesquisas exaustivas. No entanto, uma pesquisa minuciosa sobre a jurisprudência do STJ é um bom representativo nesse particular. Isso porque, por um lado, as demandas envolvendo a liberdade de expressão em termos amplos em conflito com os direitos da personalidade acabam tendo o seu possível deslinde efetivamente nessa Corte, uma vez que o STF tem uma jurisprudência majoritariamente defensiva em relação à análise de indenizações por danos morais na matéria. Por outro lado, os Tribunais de Justiça Estaduais – que concentram o maior número de demandas –, tal qual a decisão descrita acima do Tribunal de Justiça de Goiás, salvo algumas exceções, costumam convergir para o entendimento majoritário verificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, analisar-se-á, a seguir a jurisprudência do STJ no tema e subsidiariamente, serão destacados alguns julgados em sede estadual, principalmente a respeito de ações cíveis propostas contra jornalistas e veículos de comunicação social, para que os apontamentos sobre o *chilling effect* não fiquem apenas no plano abstrato das cogitações. No direito comparado, alguns trabalhos acadêmicos se orientaram exclusivamente nesse sentido de tentar, ao menos, esmiuçar evidências de que os respectivos arcabouços legais são permissivos com um desarrazoado efeito resfriador⁴⁶². Antes de querer apontar categoricamente a ocorrência do *chilling effect*, o objetivo deste tópico, portanto, é trazer evidências de que a jurisprudência do STJ está em dissonância com o entendimento de que a liberdade de expressão possui uma posição preferencial, especialmente em razão da “super proteção” conferida pela Corte aos direitos da personalidade. Com isso, espera-se que possa ser construída uma agenda para

⁴⁶² TOWNEND, Judith. *Online chilling effects in England and Wales. Internet Policy Review*, 3(2), 2014.; DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. *Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers*. Op. cit.

futuros trabalhos tentarem quantificar a medida do resfriamento ou pelo menos para a criação de mecanismos institucionais e não institucionais de monitoramento do problema.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que o levantamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem passado despercebido pela doutrina nacional mais preocupada com a efetiva tutela da liberdade de expressão e de Imprensa. Assim, cite-se inicialmente o levantamento jurisprudencial realizado por Paula Chueke Rabatov, sob a orientação de Fábio Carvalho Leite, sobre conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra no âmbito do STJ, no período entre 2002 e 2010, que evidenciou a prevalência da primeira em apenas 12 dos 58 (ou 21%) acórdãos levantados⁴⁶³. Além desse estudo, Rodrigo Gaspar Melo deu prosseguimento a esse levantamento cobrindo o período da jurisprudência do STJ entre os anos de 2011 e 2015 – no qual localizou 34 acórdãos – o que, diante da interpretação conferida pela Corte à colisão específica, denomina de “direito vigente no país”⁴⁶⁴.

Em uma análise quantitativa dos julgados percebeu-se, no primeiro período, que havia uma probabilidade entre 60 e 70% de a honra prevalecer sobre a liberdade de expressão no STJ⁴⁶⁵ e 79% nas instâncias ordinárias. Por sua vez, no segundo período 64,7% das decisões no STJ foram a favor dos direitos da personalidade e 67,65% nas instâncias ordinárias. Nesse aspecto, há aqui a preocupação fundamental em se analisar a taxa de prevalência da liberdade de expressão e de imprensa, ou seja, quantificar o resultado concreto das colisões entre os direitos, o que, ressalte-se, é apenas um dos possíveis lados do resfriamento das responsabilidades ulteriores.

Como forma de atualizar os dados, aproveitando-se daqueles já levantados em períodos passados, cobriu-se aqui o período de 2016-2018, com os mesmo parâmetros de pesquisa. Desse modo, foram localizados 34 acórdãos que tratam de alguma forma sobre a liberdade de expressão, na modalidade liberdade de imprensa ou liberdade de informação

⁴⁶³ O relatório completo se encontra em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Paula%20Chueke%20Rabacov.pdf. Ver também: LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 405.

⁴⁶⁴ 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. Op. cit., p. 159.

⁴⁶⁵ 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. Op. cit., p. 151.

jornalística. É de se destacar que não se ignora a possibilidade de no período ter havido outros julgados sobre o mesmo tema que não foram eventualmente cobertos pelos parâmetros utilizados. No entanto, preferiu-se a manutenção dos mesmos parâmetros de pesquisa utilizados pelos trabalhos citados anteriormente, para que houvesse uma unidade e racionalidade nos resultados em análise⁴⁶⁶. Desse modo, os resultados obtidos indicam que “os direitos da personalidade” prevaleceram perante as liberdades comunicativas em aproximadamente 67% dos casos analisados (ou 23 decisões). Além do mais, em apenas 2 casos houve a reversão do julgamento das instâncias ordinárias em favor da liberdade de informação jornalística. Isto é, em nove das onze decisões em que a liberdade de expressão e de Imprensa prevaleceu no STJ trataram-se de situações em que houve o recurso da parte demandante, que não obtivera sucesso nas instâncias ordinárias, e a Corte Superior se arvorou, sobretudo, em argumentos de revolvimento de matéria fático probatória para a manutenção da decisão. Verificou-se, assim, um baixo índice de reversão de decisões contrárias à liberdade de expressão no âmbito do STJ no período coberto pela pesquisa.

Novamente pode-se chegar à mesma conclusão de outros trabalhos: que a jurisprudência da Corte alça os direitos da personalidade a uma posição preferencial⁴⁶⁷. Mais do que isso, é praticamente inexistente nos votos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça qualquer referência expressa ao entendimento já fixado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à posição preferencial da liberdade de expressão e de Imprensa. Apesar desse alto índice de prevalência dos direitos da personalidade, não se pode ignorar que em muitos dos casos levantados, de fato, houve um excesso ou abuso da Liberdade de Imprensa.

Todavia, ainda assim alguns pontos da jurisprudência do STJ e da fundamentação comumente desenvolvidas por seus Ministros merecem críticas. O primeiro é que a utilização da Súmula 7 da Corte para aduzir que determinado caso envolve revolvimento de matéria fático probatória aparenta ser um tanto quanto arbitrária, apenas sendo superada pela vontade pessoal do intérprete do Direito. Quando isso ocorre e a Corte decide de fato analisar mais a fundo as peculiaridades da questão jurídica posta, utiliza-se do argumento de que não se trataria de revolvimento de matéria fático probatória, mas apenas de uma “atividade valorativa das premissas das instâncias inferiores”. Contudo, não fica muito claro quando efetivamente

⁴⁶⁶ Os parâmetros de pesquisa utilizados no banco de dados do STJ foram: “liberdade de imprensa”, liberdade de expressão”, “direito à honra”, “censura” e “autocensura”.

⁴⁶⁷ 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. Op. cit., p. 162.

ocorre uma atividade valorativa e quando ocorre revolvimento de matéria fático probatória. Ou seja, aparentemente há uma escolha bastante discricionária dos casos que serão efetivamente reexaminados pela Corte.

Porém, o problema mais aparente na jurisprudência do STJ – que acaba se refletindo na concessão do *quantum* indenizatório – é o casuísmo (e a insegurança) em matéria de ponderação entre “direitos da personalidade” e liberdade de expressão em sentido amplo, que, do ponto de vista desta última, se constitui como uma jurisprudência caótica. Em primeiro lugar, é de se destacar que a Corte procura de alguma forma pautar os seus julgados por meio de parâmetros ou *standards*⁴⁶⁸, o que será objeto do próximo capítulo. Entretanto, é preciso destacar alguns aspectos relevantes. Um parâmetro bastante enunciado é a veracidade ou a verdade da matéria. Todavia, em alguns casos a ausência de veracidade é aplicada ao exercício do direito de crítica ou aos juízos de valores opinativos – o que é impróprio –, onde, por exemplo, “a ausência de ‘*animus narrandi*’ se converte em um “abuso do direito de informar”. Além disso, não é incomum que o STJ afirme que pessoas públicas devam se submeter a maiores níveis de exposição pública e de críticas jornalísticas ou ainda deveriam se orientar por um padrão diferenciado de responsabilização. Todavia, essa é uma fundamentação meramente retórica, uma vez que: (i) existe efetivamente pouca tolerância com discursos que possam ser considerados mais ofensivos, sobretudo em relação a funcionários públicos e agentes políticos e (ii) a posição de figura pública acaba justificando maiores indenizações do que ofensas ou inverdades publicadas a respeito de figuras privadas, uma vez que “dependem do seu bom nome para o exercício de suas atividades”. Em terceiro lugar, a jurisprudência da Corte por vezes é contraditória sobre o elemento intenção difamatória das informações. Isso porque, em alguns casos os votos prevaletentes referem-se expressamente que um dos elementos da responsabilização é a prova da intenção de injuriar, caluniar ou difamar. Em outros precedentes, por outro lado, estabelece-se autêntica incidência de danos morais *in re ipsa* – isto é, sem a necessidade de prova volitiva da intenção de injuriar, caluniar ou difamar – chegando a Corte a negar expressamente a aplicação dos parâmetros da malícia real.

⁴⁶⁸ Em algumas decisões, como por exemplo, o AgInt no AREsp 1053145/RS ressalta-se que os parâmetros que guiam o STJ em casos envolvendo a colisão da liberdade de expressão e de informação com os direitos da personalidade são: “a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa - *animus injuriandi vel diffamandi*”.

Em relação ao *quantum* indenizatório, é preciso ressaltar que nos precedentes levantados no período entre 2016-2018, das 23 decisões contrárias à liberdade de expressão e de imprensa em 3 delas não há a indicação do montante indenizatório, apenas destaca-se a manutenção das decisões das instâncias ordinárias. Nas outras 20 decisões o montante global de indenização concedida a título de danos morais ou extrapatrimoniais alcançou o total de 1.854.500,00 (um milhão oitocentos e cinquenta e quatro mil e quinhentos) reais ou uma média aproximada de 92.700 (noventa e dois mil e setecentos) reais a título de indenização por processo⁴⁶⁹. Todavia, esse levantamento pode ser um tanto quanto enganoso. Isso porque poucos casos – apenas 4 – concederam indenizações maiores que 100.000,00 (cem mil) reais, dois dos quais o valor total de 500.000,00 (quinhentos mil) reais. Por outro lado, em apenas dois casos houve a concessão de indenização igual ou menor que 10.000,00 (dez mil reais). No geral, conforme destaca expressamente o relator do REsp 1.322.264/AL, as indenizações na Corte pairam, e, especificamente nos casos estudados, “na faixa dos 25 mil aos 50 mil reais”.

Ocorre que, na prática, a fixação ou a manutenção das indenizações costumam ser bastante problemáticas. Nesse sentido, o presente trabalho constatou que na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao *quantum* indenizatório dos danos morais concedidos em face do exercício da liberdade de imprensa, existem os seguintes problemas que podem ser assim resumidos: (i) O amplo reconhecimento de que as indenizações por dano moral devem desempenhar, além da função compensatória, as funções pedagógicas e punitivas, o que, como ressaltado no tópico anterior, é inconsistente com o artigo 944 do Código Civil, que determina que as indenizações se medem, em regra, pela extensão do dano; (ii) O reconhecimento explícito de que a fixação de indenizações por dano moral está sujeita, em grande parte, aos subjetivismos do julgador e que os parâmetros desenvolvidos para tentar minimizar esse problema, como levar em conta a condição social da vítima e do ofensor também não são de aplicação tão transparentes ou objeto de maiores fundamentações, na maior parte dos casos; (iii) A aplicação do chamado “método bifásico” – que será abordado a seguir – no cálculo da indenização por dano moral também não é nada seguro, uma vez que a seleção dos casos análogos e a avaliação das peculiaridades do caso concreto também estão

⁴⁶⁹ Há cerca de uma década, o levantamento da ONG artigo 19 foi no sentido de que a média das indenizações contra a imprensa seria de 80 mil reais, enquanto que o salário médio dos jornalistas seria de 1.500,00 reais, além do que haveria uma média de um processo de indenização por danos morais por jornalista, o que no entendimento da Organização levava a uma postura de autocensura. Informações coletadas em CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie*, op. cit., p. 230-231.

sujeitas a muitos subjetivismos; (iv) Os valores concedidos a título de danos morais a favor de figuras públicas são proporcionalmente inconsistentes, em uma análise comparativa, com danos mais graves, como lesões físicas ou dano morte; (v) Além disso, não se verifica a existência de ônus argumentativos mais elevados nas fundamentações quando a fixação ou manutenção de danos morais forem maiores ou menores ao patamar considerado “médio” pela Corte. Ademais, pode-se dizer que mesmo que as indenizações maiores que 100 mil reais a favor de figuras públicas não sejam a regra, ainda assim constituem-se como forte estímulo para uma ampla litigiosidade das mesmas contra a liberdade de Imprensa. A seguir serão descritos alguns casos decididos pelo STJ, que evidenciam uma insegurança na jurisprudência da Corte sobre a liberdade de expressão em termos amplos, sobretudo em se tratando de conteúdo ofensivo das manifestações e opiniões e fixação do *quantum* das indenizações.

Inicialmente se faz necessária a análise em conjunto de dois casos julgados pelo STJ, em que os próprios Ministros demonstraram divergência em seus votos. No primeiro – AgRg no AREsp 127.467/SP – o jornalista Elio Gaspari havia sido condenado nas instâncias ordinárias ao pagamento de indenização a título de danos morais no montante de 70 salários mínimos, que à época, beirava a quantia aproximada de 35.000,00 reais, por “descrever e emitir opinião sobre a atuação de procuradora da fazenda nacional em processo judicial”. O jornalista criticou a competência profissional da Procuradora da Fazenda Nacional, ante a manifestação da mesma em uma contestação, no bojo de ação declaratória em que particular pleiteava apenas o reconhecimento de que sofrera torturas durante a Ditadura Militar, chegando a sugerir que até mesmo um “vestibulando de direito” sabia que defender o Estado não significava defender os crimes dos Governantes. Diante disso, o STJ, por maioria, reverteu a condenação, considerando que teria havido o exercício legítimo do direito de crítica, uma vez que, apesar de mordazes, deveria haver espaço maior de tolerância sobre o conteúdo das manifestações quando retratassem figuras públicas. Mais do que isso, o Ministro Luis Felipe Salomão defendeu que não se trataria de revolvimento de matéria fática probatória, mas mera valoração da conclusão das instâncias ordinárias. Ocorre que a decisão não foi unânime, visto que o relator, Ministro Marco Buzzi, entendeu que o caso demandava reanálise fático-probatória. Além disso, a Ministra Isabel Gallotti foi ainda mais expressa em seu voto-vencido, ao considerar que teria havido um excesso no direito de crítica, uma vez que atribuir a alguma pessoa posição conivente com a tortura seria “inequívoco estigma”.

O segundo caso trata-se do REsp 1.627.863/DF em que o jornalista Paulo Henrique dos Santos Amorim, por meio de seu blog, criticou a atuação de Superintendente Regional da Polícia Federal. Nas instâncias ordinárias a demanda restou improcedente, em razão de ter sido considerada um exercício legítimo da liberdade de expressão e de informação, apesar das críticas terem natureza ácida ou mordaz. O título de sua reportagem possuía o seguinte conteúdo: “O que a PF quer? Ludibriar o Ministro da Justiça?”. Nesse sentido, as instâncias ordinárias reconheceram que a matéria sugeria que o delegado da Polícia Federal “não estaria cumprindo com seus deveres funcionais e que estaria fingindo investigar algo”. O STJ, novamente por maioria, reverteu o entendimento das instâncias ordinárias. Para tanto o voto prevalente buscou traçar alguns parâmetros como interesse público da notícia e a razoabilidade do conteúdo, no qual concluiu pelo excesso do direito de crítica. Além disso, parece ter invocado de forma meramente retórica que pessoas públicas se sujeitam a um espaço maior de críticas e a um sistema diferenciado de responsabilização. Por fim, a fundamentação é um pouco confusa em termos de se admitir ou não o dolo para a verificação da responsabilidade, visto que, de um lado aduz pela desnecessidade de prova da má fé, mas por outro ressalta que o “jornalismo responsável se faz com compromisso ético com a verdade e ausência de vontade de difamar”. Ademais, ressalta que o jornalista já havia sofrido outras condenações, mas em nenhum momento leva em conta o impacto que o montante dessas condenações poderia ter sobre a liberdade de Imprensa. Ao contrário, fixou justamente o *quantum* de 40 mil reais pela “reiteração de condutas”. Em conclusão da análise do presente caso, ressalte-se algo no mínimo peculiar. No voto divergente, o Ministro Raul Araújo aduziu que em seu entendimento não havia ocorrido ofensas, mas críticas ácidas ou galhofas ou de que tratar-se-ia de um caso “limítrofe”. Mais do que isso, afirma que seriam críticas admitidas em uma sociedade democrática e para a responsabilização seria preciso clara ofensa no que se diz. Todavia, ainda assim e estranhamente vota pela condenação do jornalista, sugerindo apenas a redução do *quantum* indenizatório para 30 mil reais. Ou seja, em seu entender uma manifestação não ofensiva ou legítima do direito de crítica pode ensejar a responsabilização civil.

Em segundo lugar, é preciso analisar-se em conjunto as decisões no AgRg no REsp 1343287/DF e no REsp 1408120/DF, uma vez que uma mesma reportagem ensejou decisões em sentido contrário. O trecho da reportagem que ensejou as duas ações pode assim ser transcrita:

“Na semana passada, VEJA ouviu de um ex-integrante da república petista a seguinte história: um dos responsáveis por arregimentar candidatos à bolada foi Carlos Augusto Borges, atual vice-presidente de Transferência de Benefícios da Caixa. Borges, um sindicalista que chegou a presidente da Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, é homem de confiança de Lula. Na Caixa, sua nomeação foi explicada como cota pessoal do presidente. De acordo com o relato obtido por VEJA, Borges fez a oferta a pelo menos dois funcionários do banco. Um deles, Clarice Coppetti, também vice-presidente, da área de Tecnologia da CEF, teria aceitado assumir a responsabilidade pela quebra. Mas a oferta esbarrou em um problema: Clarice é casada com Cesar Alvarez, assessor especial da Presidência da República e, por isso mesmo, muito próximo a Lula. A emenda poderia sair pior que o soneto e a crise acabaria batendo às portas do Palácio do Planalto. Tanto Borges como Clarice, por meio da assessoria de imprensa da Caixa, negaram participação e disseram que, caso tivessem seus nomes citados, processariam a revista. A única coisa certa que se sabe desse "jogo do milhão" é que ninguém pegou a bolada”.

A primeira decisão foi desfavorável à Imprensa, no sentido de considerar que a autora, Clarisse Coppetti, então funcionária da Caixa Econômica Federal, havia sido caluniada pela matéria jornalística, de modo a manter a condenação da revista ao pagamento de 26.000,00 reais a título de danos morais. Ademais, argumentou-se que não poderia ser analisada mais a fundo a pretensão de reforma da decisão das instâncias ordinárias uma vez que importaria em revolvimento de matéria fática-probatória, esbarrando nas limitações da Súmula 7 do STJ. Por sua vez, a segunda decisão, foi favorável à liberdade de Imprensa, na medida em que considerou que não havia qualquer violação à honra de Carlos Augusto Borges. Para tanto, o relator busca criar uma distinção com o caso de Clarisse Coppetti, afirmando que a “matéria tinha viés informativo”, que havia um nítido “interesse público” na divulgação das informações e que a verdade não poderia ser entendida de “forma absoluta”, mas sim como uma verossimilhança. Além disso, considerou que não haveria responsabilidade civil uma vez que teria ocorrido uma mera ilação em relação ao autor da demanda. Ocorre que, comparando o conteúdo da matéria em relação aos dois indivíduos retratados, não é possível dizer objetivamente que um tenha tido a sua honra violada e o outro não. Em outras palavras: se houve o reconhecimento de que a honra foi violada em um dos casos e a liberdade de informação jornalística não deveria prevalecer, a solução mais adequada seria uma decisão análoga para o outro jurisdicionado. Uma tentativa tão artificial de distinção entre os casos não passou despercebida na própria Corte, onde o Ministro Raul Araújo constatou que Carlos Augusto Borges também havia sido caluniado, ao ter havido, sem provas, a divulgação de que

o demandante teria ofertado “*soma em dinheiro para que algum servidor da Caixa Econômica Federal assumisse a responsabilidade pela ilícita quebra do sigilo bancário do caseiro, embaraçando ou obstruindo, assim, a atuação da Justiça na apuração daquele outro crime*”. Apesar de seu voto ter sido no sentido de condenar a revista *Veja* ao pagamento de indenização por danos morais na mesma monta do outro precedente, o seu entendimento restou vencido.

Mais do que isso, é interessante notar que, no período analisado, outro caso em que teria havido ilações ou inferências por parte do veículo de Imprensa não implicou no mesmo desfecho. Trata-se do REsp 1582069/RJ, ajuizado pelo famoso cantor sertanejo Zezé di Camargo, por ocasião de reportagem em revista de fofocas que especulava sobre a sua paternidade em um caso extraconjugal. A notícia que ensejou a responsabilização civil foi a seguinte:

“Grávida de 7 meses de Victoria, Mariana Kupfer esconde a sete chaves a identidade do pai de sua filha. Quando questionada, a moça ri, faz rodeios, sai pela tangente. As amigas mais próximas da moça, no entanto, andam espalhando por São Paulo que ela está grávida de Zezé di Camargo e que só não contou antes para preservar o casamento do cantor. Procurada, a assessoria de imprensa de Zezé negou que ele seja o pai do bebê de Mariana e afirmou que os dois não se conhecem. O cantor classifica a história como 'absurda' e diz que 'não há a menor possibilidade de ele ter engravidado Mariana'.”

Ainda que se possa questionar o valor que notícias sobre a vida de celebridades merecem ter, é interessante notar que de alguma forma as inferências apresentadas em nenhum momento afirmam ou atribuem condutas ao cantor. Apenas apresentam duas hipóteses para uma mesma história, inclusive com a versão oficial do cantor. Em um primeiro momento, o relator Ministro Marco Buzzi, apresentou um voto substancial e protetivo à liberdade de informação. No seu entender não teria havido dano à honra ou à privacidade do cantor, tendo ressaltado a notoriedade individual do retratado, bem como o esforço de se garantir a resposta ou o “outro lado da história”. Todavia, a divergência foi iniciada com o voto da Ministra Isabel Gallotti, para quem as notícias seriam parte de uma coluna de fofocas, que teria divulgado informação completamente inverídica ao, especialmente não ter observado diligências mínimas de colher a versão da grávida, mantendo assim a condenação das instâncias ordinárias. Por sua vez, o voto do Ministro Antônio Carlos Ferreira – que ao final prevaleceu – realçou a ausência de interesse público da notícia, apenas corrigindo o valor indenizatório para 25.000,00 reais. Não se pretende realizar aqui qualquer juízo de valor sobre

o conteúdo da notícia em si ou mesmo sobre a condenação do veículo de Imprensa, mas apenas o fato de que a aplicação de *standards* ponderativos no âmbito do STJ, a depender do caso, pode se revelar caótica, visto que, diante de uma mesma manifestação ou informação, não raro há discordâncias internas entre os Ministros da Corte a respeito da valoração e importância que cada parâmetro merece ter, o que, repita-se, enseja uma desproporcional insegurança jurídica na matéria⁴⁷⁰.

Mas é preciso explorar com um pouco mais de profundidade a questão da notoriedade das figuras públicas na responsabilização civil no âmbito do STJ. Como afirmado acima, por vezes, os votos dos Ministros se orientam no sentido de que as figuras públicas deveriam suportar um nível maior de críticas ou de exposição, mas isso não se reflete claramente na jurisprudência da Corte. Ademais, outro critério comumente utilizado nas fundamentações da Corte é o caráter prevalente em determinada notícia ou publicação, isto é, se é informativo ou persegue um escopo meramente econômico. Ou seja, quanto maior o caráter informativo, teoricamente, maior deveria ser o nível de tolerância sobre a liberdade de imprensa.

Com isso em vista, é preciso destacar que ofensas ou violações aos direitos da personalidade de particulares ou mesmo de agentes estatais que não estão sujeitos ao mesmo nível de exposição pública que, por exemplo, agentes políticos ou ocupantes de cargos estratégicos, em regra⁴⁷¹, não logram obter as mesmas cifras indenizatórias que estes. Nesse sentido, é preciso citar alguns exemplos. Assim, segundo o entendimento recente da Corte, a exploração econômica ou sensacionalista de imagem do corpo de mulheres que não se constituem como “figuras públicas”, sem autorização, especialmente com conotações ou objetivos sexuais – o que diga-se de passagem é fato abjeto e de extrema gravidade – não enseja indenização por danos morais acima de 20 mil reais⁴⁷². Do mesmo modo, no AgInt nos EDcl no AREsp 1.217.527, indivíduo que fora associado em reportagem ao evento conhecido como “Massacre da Estrutural”, à época policial militar do DF, mesmo após 4 anos da sentença de sua impronúncia, também logrou indenização de 20 mil reais. Por sua vez, no

⁴⁷⁰ No caso em questão, o Ministro relator ressaltou com maior peso a personalidade pública do retratado, a Ministra Isabel Gallotti ressaltou o aspecto veracidade e o Ministro Antônio Carlos Ferreira ressaltou o *standard* do interesse público subjacente à notícia.

⁴⁷¹ A exceção no grupo de casos analisados foi o REsp 1.652.588, em que advogada e sua filha obtiveram – cada uma – indenização de 50 mil reais por comentários inverídicos e ofensivos veiculados por emissora de rádio e televisão, por ocasião de recusa da primeira em se submeter ao exame de bafômetro em blitz policial.

⁴⁷² Esse foi o valor considerado razoável e proporcional pela Corte em dois casos recentes: Isso pode ser verificado, por exemplo, no REsp 1243699, em que revista erótica se utilizou de foto individualizada tirada sem conhecimento de banhista de biquíni em uma praia carioca e no REsp 1728040, em que programa humorístico igualmente se utilizou de imagem de banhista de biquíni, sem autorização, em conotação ofensiva e sexual.

AgInt no AREsp 1.063.540 houve a manutenção da indenização de 15 mil reais para cada particular retratado em matéria jornalística que os havia acusado falsamente – com a apresentação distorcida de imagens – de terem agredido e acuado policiais no bojo de manifestação, quando na verdade haviam intercedido em favor daqueles a fim de protegê-los. Por fim, no AgInt no AREsp 1.065.422 houve a manutenção de condenação de veículo de Imprensa ao pagamento de 30 salários mínimos a título de danos morais por difamar pessoa privada, ao atribuir falsamente a ela diversas condutas, dentre as quais a prática de zoofilia.

Por sua vez, condenações em favor de figuras políticas ou que ocupam algum cargo ou posição estratégica ou corporativa ou mesmo de pessoa jurídica – e que, portanto, “devem naturalmente estar sujeitas a maiores exposições e por isso a um regime menos favorável de responsabilidade” –, salvo raras exceções⁴⁷³, não foram beneficiadas com indenizações menores que 50 mil reais. Citem-se alguns exemplos. O primeiro que pode ser mencionado é o REsp 1.324.568, no qual houve a manutenção de condenação solidária em face editora de revista, jornalista e entrevistado em 50 mil reais, uma vez que este último, no bojo de matéria que comparava esquemas de arrecadação de valores nos Governos Lula e Collor, teria designado expressões como “ladrão” e “corrupto” para descrever a gestão do ex presidente e então Senador da República por Alagoas, Fernando Collor de Mello. Em segundo lugar, pode ser citado o REsp 1.473.393, no qual emissora e apresentadores foram condenados a pagar 250 mil reais a Oscar Roberto Godói por conta de episódio conhecido como a “farsa do PCC”, no qual o programa televisivo veiculou uma entrevista fictícia com falsos integrantes da organização criminosa ameaçando de morte diversas figuras públicas, dentre os quais o referido comentarista policial e esportivo. Em terceiro lugar, no REsp 1.322.264 reduziu-se o *quantum* indenizatório de 300 mil reais arcado por empresa de comunicação social para 50 mil reais, por ocasião de matérias veiculadas em jornal impresso e na internet consideradas ofensivas ao então presidente do Tribunal de Justiça de Alagoas, visto que as expressões que sugeriram a ligação do magistrado com “gangues fardadas” – ante a concessão de liminares em diversos processos criminais – seriam ofensivas e sensacionalistas. É curioso notar que, as decisões das instâncias ordinárias que foram reproduzidas e reputadas como corretas em termos ponderativos enfatizam que as expressões desferidas seriam capazes de afetar a honra

⁴⁷³ Isso se verificou, por exemplo, no AgInt no AREsp 804548 em que o então deputado federal Eduardo Cunha logrou a indenização de 10 mil reais por três manifestações distintas de colunista de veículo de Imprensa que foram consideradas grosseiras, ofensivas, abusivas e pejorativas.

e a imagem de qualquer indivíduo, “mas no caso eram potencializadas em razão de o retratado ocupar a época o cargo de presidente de Tribunal de Justiça”.

Além disso, merecem ser citados dois outros julgados que tratam da liberdade de informação e de expressão veiculada por meio de livros e não propriamente por matérias publicadas em jornais, em revistas ou em sítios eletrônicos. A despeito disso, pelo aspecto informativo e crítico que ambas as publicações pretendiam ter, não podem ser consideradas de todo apartadas de um viés jornalístico de exposição. O primeiro caso é o REsp 1.637.880 em que editora e o escritor e roteirista Ricardo Tiezzi foram condenados ao pagamento de 124.500,00 reais a título de danos morais pela publicação de livro intitulado “A Usina da Injustiça – como um homem está destruído uma cidade”, em que pretendiam discutir os impactos da Companhia Siderúrgica Nacional sobre a cidade de Volta Redonda, no Rio de Janeiro. A condenação em favor do empresário e então diretor-presidente da CSN, Benjamin Steinbruch, se justificava em razão de expressões que o associavam a um papel de “destruidor de cidades” e “malfeitor”, além de epítetos como “aventureiro” e “arrogante”. A indenização parece ter sido agravada, no entendimento do STJ, justamente em razão de que para o exercício da função profissional dependia de uma boa fama de administrador. Em síntese, uma das razões pelas quais a indenização elevada não foi considerada desproporcional foi a personalidade pública do retratado. O segundo caso é o REsp 1.440.721, no qual o então Deputado Federal, Ronaldo Caiado, logrou indenização total de 500 mil reais – 250 mil de cada demandado – em face de publicação do livro “Na toca dos leões – a história da W/Brasil”. Isso porque uma página específica da referida obra literária teria atribuído falsamente ao político falas de caráter “eugênico e racista”. Não se ignora aqui a extrema gravidade de informações inverídicas de tal espécie. Todavia, é preciso apenas ressaltar o uso retórico do argumento da pessoa pública no âmbito do STJ. Isso porque, no caso, a Corte afirma, inicialmente, que as pessoas públicas devem estar sujeitas a um campo maior de exposição, mas, em um segundo momento, na fundamentação da legitimidade da condenação na referida monta o relator se orienta no sentido de que a imagem da figura pública seria fator relevante para tanto, na medida em que “o êxito político dependeria de sua boa imagem perante os seus eleitores”.

As dificuldades aqui são acentuadas na medida em que, como afirmado, a Corte fixa as indenizações por dano moral nas colisões envolvendo a liberdade de expressão em sentido amplo e direitos da personalidade, geralmente, de acordo com o chamado “método bifásico”.

Segundo alguns votos na Corte, o método bifásico de fixação das indenizações extrapatrimoniais surge justamente com o “intuito de reduzir a influência de subjetivismos e a possibilidade de arbitrariedades neste processo”. Isso porque leva em conta, em uma primeira fase, a fixação de um valor básico, ao comparar o bem jurídico lesado de acordo com o exame de um grupo de casos análogos. Por sua vez, em um segundo momento, esse valor básico pode ser majorado ou reduzido de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ocorre que, a seleção inicial de casos análogos para a fixação de um valor base não é um processo seguro, uma vez que há precedentes na Corte em faixas muito discrepantes de valores, como visto acima.

Além do mais, nem sempre os precedentes mencionados guardam similitude fática com o caso em análise. Isso pôde ser verificado, por exemplo, no REsp 1.473.393, que tratava da “Farsa do PCC”. Muito embora o processo de fixação de indenização, ao final, tenha sido facilitado em razão da existência de precedente de vítima que fora ofendida pela mesma reportagem⁴⁷⁴, os outros sete precedentes mencionados na decisão, que atribuíram indenizações na faixa de 100 mil a 300 mil reais, não tratavam propriamente de ameaças proferidas em rede nacional em reportagem falsamente e maliciosamente construída. Na verdade, os casos envolveram desde atribuições falsas de condutas criminosas até comentários jocosos e depreciativos contra atuação religiosa individual⁴⁷⁵.

Por fim, mencione-se que a aplicação rígida da “similitude de casos”, levando-se em conta aspectos essenciais como a notoriedade ou personalidade pública do retratado, pode indicar para resultados um tanto quanto distorcidos do que o presente trabalho considera como corretos. Isso porque, como mencionado anteriormente, a Corte parece apenas adotar de forma retórica o argumento de que pessoas públicas devem suportar um nível mais intenso de críticas e fatos desabonadores ou mesmo não verídicos. Todavia, os casos em que são verificados os maiores *quantum* indenizatórios – tanto no presente estudo, quanto em levantamentos jurisprudenciais anteriores –, em regra, são fixados justamente em favor de figuras políticas, figuras corporativas ou funcionários públicos. Assim, tomando como parâmetro tais precedentes, a fixação do valor básico já se iniciaria de forma distorcida.

⁴⁷⁴ Trata-se do AgRg no Ag 1.151.052/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 07.12.2010.

⁴⁷⁵ Os precedentes citados foram: REsp 731.593/SE; REsp 351.779/SP; REsp 438.696/RJ; REsp 838.550/RS; AgRg no AREsp 768.560/MT; AgRg no AREsp 313.672/SP.

Nesse sentido, além dos casos cobertos pelo período da pesquisa podem ainda ser mencionados o REsp 1.120.971, no qual a Corte concedeu indenização de 500 mil reais a favor do ex Presidente da República Fernando Collor pelas expressões “corrupto desvairado” publicadas em matéria de revista de grande circulação, mesmo sendo reconhecido nos votos dos Ministros que no passado o político sofrera processo de impeachment. É interessante realçar alguns votos como o do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas que destacou a razoabilidade da indenização justamente pelo fato de Collor ser figura pública, no caso Senador da República, ou o da Ministra Nancy Andrighi que destacou que era preciso “ter respeito em relação à figura de projeção, supremo mandatário da Nação”. Apesar de um pouco mais antigo, pode-se citar também o REsp 162.545, que por vezes é indexado como precedente representativo da matéria. No caso, as expressões “caloteiro, partícipe de Governo de roubaheira geral e de grande mancha moral da vida brasileira” reproduzidas em editorial de jornal contra o ex Presidente da República, José Sarney, deram ensejo à indenização de 194.400,00 reais.

Por fim, poder-se-ia argumentar que o patamar médio das indenizações em desfavor da Imprensa geralmente não ultrapassa 50 mil reais. No entanto, apesar de não considerar-se 50 mil uma média ínfima, diante da realidade socioeconômica nacional, é preciso que essa “média” seja posta em linha de comparação com indenizações por dano moral por decorrência de outras espécies de danos. Assim, em primeiro lugar, em uma análise de um grupo de julgados recentes⁴⁷⁶ em que o STJ examina danos à integridade física individual e que também geraram danos estéticos verificou-se que a Corte fixou as indenizações a título de danos morais⁴⁷⁷ em patamares que variavam de 8 mil reais a 450 mil reais. No entanto, na maior parte dos casos as indenizações foram fixadas na faixa entre 20 mil a 80 mil reais. Isso foi verificado em vinte e dois dos vinte e nove precedentes analisados⁴⁷⁸. Nesses precedentes

⁴⁷⁶ É preciso destacar aqui que, ante a existência de universo bem abrangente de precedentes, procurou-se analisar casos julgados pelo STJ ao longo do ano de 2018 e que envolvessem danos à integridade psicofísica, possivelmente com repercussões estéticas e na capacidade laborativa. Todavia, não se ignora a necessidade de que seja feito um trabalho pormenorizado que se ocupe exclusivamente de levantar as médias de indenizações em cada categoria de dano no âmbito do STJ e dos TJs.

⁴⁷⁷ Destaque-se que a Corte, por meio da Súmula 387, entende que a cumulação de danos morais e danos estéticos é possível e, na prática, é independente, logo a análise aqui, por questão de coerência, deve recair apenas sobre o *quantum* fixado a título de danos morais e não sobre danos estéticos, ainda que possa se considerar que estes tenham uma natureza não totalmente desvinculada daqueles.

⁴⁷⁸ Os casos apresentam uma grande variedade desde danos físicos permanentes, como amputações, ou muito graves, como por exemplo, perda de visão, afundamento de crânio e cortes profundos, até a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa, oriundos de intervenções médicas, de negativas indevidas de cobertura por plano de saúde, de agressões físicas, de acidentes rodoviários, de acidentes ferroviários, de danos envolvendo alunos ou profissionais de instituições de ensino ou até mesmo em razão do fornecimento de prótese femoral

o total concedido ou mantido pela Corte a título de danos morais foi de 625 mil reais e a média foi de 29.762 reais. É preciso destacar que os outros sete casos analisados envolviam, de fato, circunstâncias excepcionais que justificaram a concessão de indenizações por danos morais acima do patamar de 100 mil reais⁴⁷⁹, mas destaque-se, nenhum deles foi capaz de ultrapassar a quantia de 500 mil reais concedida ao ex presidente Fernando Collor, no REsp 1.120.971⁴⁸⁰. Por sua vez, em dezesseis precedentes do STJ em matéria de “dano-morte”, a concessão de indenização por danos morais também apresentou uma grande variação. Nesse sentido, o *quantum* indenizatório variou de 30 mil reais a 250 mil reais⁴⁸¹, muito embora o relator do AgRg no REsp 1.362.073 tenha afirmado que a jurisprudência da Corte normalmente fixe a indenização nesses casos entre 300 e 500 salários mínimos⁴⁸². Com essa singela comparação, percebe-se que há uma aparente inconsistência entre danos morais concedidos por ocasião de dano morte (que deveria ser o mais grave no ordenamento jurídico brasileiro) ou por graves violações à integridade psicofísica individual com os danos morais concedidos por violação à honra, à privacidade e à imagem de figuras públicas, uma vez que, como demonstrado, comumente são fixados em patamares muito próximos.

Por outro lado, nem tudo na jurisprudência do STJ merece ser criticado. Em diversos acórdãos analisados, ainda que a Corte não tenha proferido especificamente e expressamente preocupações em relação ao resfriamento sobre a liberdade de Imprensa – e mesmo que as

defeituosa. É preciso destacar, que em um desses precedentes a quantia não foi computada no cálculo final, uma vez que fora fixada em salários mínimos. Muito embora à época da sentença não tenha ultrapassado 100 mil reais, não há a indicação precisa do valor atualizado.

⁴⁷⁹ Em três desses sete casos o dano moral parece ter sido arbitrado em patamares elevados ante a cumulação de danos à integridade física com o dano morte de um ou mais parentes. Além disso, houve ainda dois casos em que as vítimas ficaram paraplégicas ou tetraplégicas após o evento danoso, sendo, nesse último caso, a maior indenização concedida – 450 mil reais – o que foi possivelmente agravado em razão de ter o dano recaído sobre menor de idade que a época possuía 12 anos.

⁴⁸⁰ Em alguma medida, pode-se tentar explicar esse fato ante a possibilidade de cumulação dos danos morais com danos estéticos ou mesmo em certas hipóteses com concessões de pensões temporárias ou vitalícias no valor de um salário mínimo, apesar do que, não justificaria a valoração a menor, na média, desses danos morais em comparação com danos morais decorrentes de violações à honra, privacidade ou imagem de figuras públicas.

⁴⁸¹ Tamanha discrepância talvez se explique pelo fato de que ações que pleiteiam dano moral por decorrência de falecimento de ente querido tenham em seu polo ativo a presença de inúmeros parentes que se sentiram moralmente afligidos pelo evento morte. Assim, as Cortes normalmente realizam uma gradação onde, na maior parte dos casos, os genitores (no caso de morte de filhos) ou filhos (no caso de morte de genitores) logram obter as maiores somas indenizatórias – em patamares superiores a 100 mil reais – enquanto que outros parentes como irmãos e avós obtêm indenizações em patamares menores – por volta de 50 mil reais. Outra explicação possível é o fato de que em diversos dos casos de dano-morte há a concessão, além do dano moral, de um pensionamento vitalício em favor de alguns demandantes até o período em que o finado alcançaria a idade referente à atual expectativa de vida do brasileiro ou da morte do favorecido, o que – quando há a concessão dessa pensão vitalícia – torna o levantamento do valor total concedido, em cada caso concreto, uma tarefa quase impossível.

⁴⁸² É curioso notar que em 2015, ano em que o Ministro Tarso Sanseveriano proferiu o referido voto, tal valor equivalia aproximadamente entre 236.400,00 e 394.000,00 reais. Ocorre que, o dano concedido à mãe de vítima de acidente aéreo não ultrapassou, no caso, os 100 mil reais.

críticas em relação à ponderação e ao *quantum* indenizatório persistam – há uma incipiente preocupação na Corte com a “sobrevivência” econômica e financeira da Imprensa e dos jornalistas. Nesse sentido, a utilização com maior rigor do critério “capacidade econômica do ofensor” na fixação de indenização por dano moral, pode ser um caminho para atenuar possíveis resfriamentos. Não obstante, a conclusão no estudo da jurisprudência do STJ continua a mesma de outros trabalhos⁴⁸³: na prática é dado pouco valor aos mecanismos de tutela específica, que, ao contrário da mera reparação pecuniária civil, caracterizam-se por acrescentar ou enriquecer o debate público⁴⁸⁴.

No âmbito dos Tribunais Estaduais, algumas pesquisas também apontam a existência de uma jurisprudência casuísta e ensejadora de muita insegurança no tema. A título de exemplo confira-se aquela desenvolvida no âmbito do grupo de Pesquisa sobre liberdade de expressão (PLEB) da PUC-RIO por Paula Guedes Fernandes da Silva, sob a orientação de Fábio Carvalho Leite⁴⁸⁵. A referida pesquisa constata, no período de 2010 a 2016, em primeiro lugar, a insegurança em processos que se discutia eventual ofensa contra políticos no âmbito do TJRJ. Em segundo lugar, analisou casos em que houve a imputação de fatos ou críticas à administração do político.

No primeiro grupo de decisões constatou-se a ausência de critérios seguros e objetivos nas sentenças uma vez que haveria casos em que expressões grosseiras foram tuteladas como exercício legítimo da liberdade de expressão, enquanto que em outros casos violadoras da honra⁴⁸⁶. Por outro lado, decisões que foram qualificadas no segundo grupo também evidenciaram um notório subjetivismo do julgador, capaz de trazer insegurança aos jurisdicionados. Nesse aspecto, verificou-se, por exemplo, que notícias parcialmente falsas,

⁴⁸³ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit.; 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. Op. cit.

⁴⁸⁴ Uma das razões para a pouca atenção que é dispensada aos meios de tutela específica – retificação, retratação e resposta – no âmbito do STJ talvez seja o longo período que transcorre entre a publicação da matéria jornalística e o efetivo exame da questão pela Corte. Isso porque, diversos dos casos recentes analisados são de ações indenizatórias oriundas de reportagens publicadas há mais de 10 anos. Ora, é bastante evidente que qualquer efeito reparador e informativo da reposta, retificação ou retratação somente é factível se exercida enquanto a matéria discutida ainda esteja “quente” (*HotNews*) na sociedade e na opinião pública.

⁴⁸⁵ O relatório completo da pesquisa pode ser acessado em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2017/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Paula%20Silva.pdf.

⁴⁸⁶ A título de exemplo, mesmo que nem todos os casos tenham se referido à Liberdade de Imprensa propriamente dita, em um deles, em que houve comparações de político com Adolf Hitler, foi considerada violada a honra, mas em outro, em que outro político foi comparado com o ditador da Líbia Muamar Kadafi, considerou-se que a manifestação era tutelada pela liberdade de expressão. Por outro lado, expressões como “mentiroso”, “cara de pau” e “canalha” foram consideradas violadoras da honra, enquanto que expressões como “chantagista”, “caloteira” e “despreparada” não.

ensejaram soluções diversas, onde, em um caso, o fundamento foi de que seria dever da Imprensa garantir a licitude de suas notícias e, em outro, fundamentou-se que a Imprensa não precisaria comprovar as suas afirmações de forma objetiva e absoluta, além do que a fundamentação da primeira seria plenamente aplicável para a segunda e vice versa. Portanto, a pesquisa concluiu que no âmbito do TJRJ as decisões judiciais envolvendo direitos da personalidade e liberdade de expressão se pautaram, no período analisado, por um particularismo, o que prejudica a previsibilidade da jurisprudência por parte dos jurisdicionados.

Igual conclusão advém de pesquisa realizada por Cláudio Chequer, para quem haveria verdadeiro cenário de incoerência entre doutrina e jurisprudência no Brasil⁴⁸⁷. Tais incoerências foram verificadas pelo autor justamente nas colisões a posteriori, de forma que a maior parte dos julgados analisados os fundamentos jurídicos apontou que a liberdade de expressão somente poderia ser exercida se não atingisse os direitos da personalidade, em verdadeira “postura de preferência destes últimos”. Uma das conclusões do autor é de que certas decisões de instâncias ordinárias pareciam impor um dever de certeza ou de verdade absoluta aos jornalistas, especialmente ao relatarem matérias criminais⁴⁸⁸. Porém, assevera que apenas o recurso à “verdadeira ponderação” – que leva em conta um profundo conhecimento sobre a liberdade de expressão – poderia levar a resultados satisfatórios⁴⁸⁹.

Todavia, aparentemente a jurisprudência recente do TJRJ tem se mostrado um pouco mais protetiva à liberdade de Imprensa do que a verificada no âmbito do STJ. Em uma pesquisa em relação às apelações que foram julgadas pelo Tribunal no ano de 2018 a respeito de pleitos indenizatórios por ocasião de publicação de matéria jornalística, a expressão “liberdade de imprensa” resultou na localização de 48 processos. Desse universo, foram apenas 20 decisões desfavoráveis à liberdade de Imprensa (42%). Além do mais, verifica-se que foi concedida uma média de 28 mil reais a título de danos morais, onde apenas uma decisão ultrapassou a faixa de 50 mil reais e nenhuma superou a faixa de 100 mil reais. Além disso, a tendência de uniformidade no *quantum* das condenações verifica-se inclusive sem uma distinção nítida entre figuras públicas e figuras privadas.

⁴⁸⁷CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie, op. cit., p. 203.

⁴⁸⁸CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie, op. cit., p. 215-217.

⁴⁸⁹CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie, op. cit., p. 218.

Ademais, acrescente-se que, mesmo que de forma tímida, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na contramão de outros Tribunais de Justiça Estaduais⁴⁹⁰ e do próprio STJ possui precedentes em que evidencia uma preocupação direta com o efeito resfriador sobre a liberdade de imprensa. Nesse sentido, em nova consulta à jurisprudência da Corte Estadual, foram localizados sete acórdãos em que os relatores, ao fundamentarem a proteção à liberdade de Imprensa, se referiram expressamente a uma possível incidência de “efeito intimidador” com as condenações ou responsabilizações⁴⁹¹⁴⁹².

A título de conclusão é preciso destacar que a recente jurisprudência do TJRJ, ainda parece ser a exceção, enquanto que a jurisprudência “caótica” do STJ a regra. Nesse sentido, é possível enumerar três problemas principais com a colisão entre a liberdade de expressão e de imprensa e os direitos da personalidade de expressão no Brasil, que trazem consequências diretas em termos de resfriamento pernicioso sobre as liberdades comunicativas: (i) a insegurança jurídica na matéria; (ii) altas indenizações e (iii) a pouca relevância prática às reparações com o escopo de tutela específica.

⁴⁹⁰ A título de exemplo foram pesquisados também no sistema de busca do TJDF, TJPR e do TJSP – uma vez que segundo o relatório do CNJ são os Tribunais que possuem, junto com o TJERJ, proporcionalmente e globalmente, o maior número de demandas envolvendo liberdade de Imprensa – palavras-chave que pudessem estar relacionadas com preocupações a respeito de um resfriamento sobre a liberdade de Imprensa. Nos dois primeiros não foram localizados quaisquer resultados. Por sua vez, no âmbito do TJSP foram localizados pelo sistema de busca 4 processos em que em algum trecho do acórdão mencionam as expressões “efeito resfriador” ou “*chilling effect*”. Todavia, apenas a Apelação nº 0941630-31.2012.8.26.0506 parece estar relacionada com o objeto deste trabalho e se orienta pela proteção à liberdade de informação jornalística. No caso, o relator entendeu que seria plenamente aplicável a doutrina da malícia real, uma vez que não se verificava nenhuma intenção deliberada (dolo) do jornalista na publicação de equívocos e informações não verdadeiras na matéria jornalística. A expressão “*chilling effect*” apenas aparece em reprodução bibliográfica na fundamentação do voto do relator.

⁴⁹¹ Em ordem cronológica as decisões localizadas foram: Apelação 0006357-07.2010.8.19.0045; Apelação 0006729-05.2010.8.19.0061; Apelação 0012451-64.2010.8.19.0014; Apelação 0273497-75.2011.8.19.0001; Apelação 0038587-94.2008.8.19.0038; Apelação 0001768-02.2009.8.19.0014; Apelação 0215989-69.2014.8.19.0001.

⁴⁹² Nesse sentido, a título de exemplo, merece transcrição a ementa da Apelação 0006357-07.2010.8.19.0045: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO. DIREITO DA PERSONALIDADE. COLISÃO DE INTERESSES IGUALMENTE PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM JOGO. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NÃO CONFIGURADO. DANO MORAL INOCORRENTE. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. Os direitos fundamentais não mais devem ser entendidos unicamente sob a ótica individual, porquanto figuram em um sistema de valores objetivos perseguidos pela sociedade organizada democraticamente. Em se tratando de informações, o direito de divulgar fatos está condicionado à verdade da informação. Critério da verdade subjetiva que não exige que o veiculador da notícia prove a verdade das informações, sendo proibido apenas de veicular fatos que sabia ser inverídicos. Proteção da liberdade de expressão quanto às informações não objetivamente verídicas, mas que o divulgador tinha legitimamente como verdadeiras ainda que, mais tarde, surja prova em sentido contrário. Matéria jornalística que se refere a fato social relevante, atinente à notícia de cometimento de crime, que se insere no direito da coletividade à informação. **A liberdade de expressão tem que ser ponderada para que o excesso de zelo ao direito à privacidade e intimidade não funcionem como efeito intimidador do dever de informar.** Manutenção da sentença. Conhecimento e desprovimento do recurso”. (Grifou-se)

3.6. Conclusão.

Diante do que se expôs no presente capítulo, a questão do *chilling effect* analisado se coloca no intrincado tema de se tentar achar um ponto ótimo ou um equilíbrio perfeito na relação entre liberdades comunicativas e os direitos da personalidade associados à honra, à privacidade e à imagem. Conforme se demonstrou, não é qualquer *chilling effect* que é indesejável, mas apenas aquele que prejudica a discussão pública e o legítimo fluxo de informações sobre assuntos de interesse político e público. O cuidado que deve ser inerente à matéria não pode ser suficiente para assumir a posição de que seria um fenômeno fantasioso ou inexistente. Até mesmo autores que costumam criticar a metáfora do resfriamento por falta de embasamento empírico relutam em negar as conclusões da teoria⁴⁹³. Diante disso, mesmo que se admita que o principal problema do *chilling effect* seja a sua demonstrabilidade inequívoca, o melhor caminho é o de propor alternativas complementares que (i) busquem reduzir o grau de incerteza nos processos judiciais que ponderem a liberdade de informação jornalística com os direitos da personalidade e (ii) que possam ser qualificadas como “zonas de segurança”, de forma a se constituírem como verdadeiros incentivos para o aumento do fluxo de informações legítimas na sociedade, ante a redução de custos para que as mesmas sejam produzidas. Nesse aspecto, a primeira alternativa será associada ao estudo do processo ponderativo e de *standards* comumente propostos pela doutrina e jurisprudência que, dada a sua importância, serão objeto exclusivo do próximo capítulo. Por sua vez, propostas atinentes à segunda alternativa serão estudadas no capítulo final deste trabalho, sobretudo relacionadas ao parâmetro da malícia real, a uma análise crítica sobre as indenizações por dano moral e custos de litigância e ao direito de resposta.

⁴⁹³ TOWNEND, Judith. Freedom of Expression and the Chilling Effect. Op. cit., p. 79.

4. A Liberdade de Imprensa e a colisão de direitos: ponderação e *standards* ponderativos.

Uma parte de mim
 pesa, pondera;
 outra parte
 delira.

(Traduzir-se – Ferreira Gullar)

4.1. Considerações iniciais.

A despeito de juízes e Cortes judiciais atuarem sempre com o objetivo de preservar a coerência e a integridade do direito por meio de suas decisões, a ponderação judicial relativa às liberdades comunicativas e a aplicação de *standards* jurídicos por vezes, acaba ocorrendo de forma caótica, conforme demonstrado no capítulo anterior. Assim, uma vez que através da ponderação sobre a liberdade de expressão em sentido amplo sempre será possível que advenha algum grau de restrição sobre este direito fundamental, essencial que haja preocupações maiores no sentido de que este procedimento opere com maior nível de racionalidade e certeza, a fim de que não incida um desproporcional *chilling effect* sobre o legítimo fluxo de informações na sociedade. Ao revés, admitir que esse processo seja aplicado de modo *ad hoc*, sujeito aos subjetivismos e particularidades do intérprete, como é a prática no STJ, é trazer para esse campo uma indesejada insegurança jurídica.

Diante disso, o presente capítulo possui dois objetivos principais. O primeiro é, sem qualquer pretensão de exaustão do tema, delinear aspectos inerentes à técnica da ponderação, demonstrando como que esse procedimento pode e deve se reconciliar com alguma pretensão de objetividade. A partir de então, buscar-se-á sistematizar *standards* ponderativos específicos e a demonstração de sua aplicação em exemplos concretos. Tais parâmetros serão embasados em trabalhos doutrinários, decisões jurisprudenciais e alguns apontamentos já realizados por este trabalho. O ponto a ser ressaltado é que o desenvolvimento de *standards* ponderativos – e a sua aplicação concreta – pode ser um valioso instrumental para evitar a ocorrência ou diminuir a incidência do efeito resfriador. A relevância desses apontamentos se justifica em face do elevado índice de prevalência dos direitos da personalidade sobre a Liberdade de

expressão e de Imprensa, verificado no capítulo anterior na jurisprudência do STJ, o que se encontra em descompasso com o tratamento desta como uma liberdade preferencial.

4.2. A técnica da ponderação.

4.2.1. Direitos fundamentais, regras, princípios e ponderação.

A título de esclarecimento inicial é preciso destacar que as premissas que embasam o presente trabalho – uma vez que basilares para o estudo da ponderação judicial entre direitos fundamentais – são a do suporte fático amplo e da teoria externa dos direitos fundamentais. As discussões são muito ricas e expostas com maiores detalhes em trabalhos específicos. No entanto, destaque-se aqui a ideia central que circunda ambos⁴⁹⁴.

Inicialmente, o suporte fático, mais do que a mera incidência de uma situação fática à previsão abstrata do direito fundamental, se subdivide em outros elementos, variáveis a depender de se tratar de um direito fundamental tipicamente de defesa ou de um direito prestacional. Nesse sentido, para os fins deste trabalho a Liberdade de Imprensa está sendo estudada essencialmente a partir de sua dimensão defensiva, ou do direito de informar. Nesse sentido, o suporte fático pode ser compreendido na relação do âmbito de proteção do direito fundamental com as suas possíveis intervenções, a partir do que advém alguma consequência jurídica. Em síntese, trata-se de especificar o que uma norma de direito fundamental protege (âmbito de proteção), contra que tipo de atos (intervenção estatal) e qual a consequência jurídica de uma intervenção indevida ou não fundamentada constitucionalmente (cessação da intervenção)⁴⁹⁵.

Ocorre que o âmbito de proteção e, conseqüentemente, o suporte fático dos direitos fundamentais podem ser delineados de forma ampla ou de forma restrita⁴⁹⁶. Através da concepção restrita certas posições jurídicas ou ações já estariam abstratamente – e, portanto,

⁴⁹⁴ Para um estudo bastante aprofundado no tema v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Op. cit.

⁴⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. cit., p. 71. O autor ainda esclarece que é importante que a “fórmula” seja desenhada de modo a que as intervenções estatais consideradas sejam aquelas que não encontrem qualquer fundamento constitucional. Isso porque a existência de um fundamento constitucional para a interferência daria ensejo a uma restrição e não violação de direito fundamental, o que seria admitido pela natureza não absoluta destes. A existência de uma restrição de direitos fundamentais não daria ensejo à consequência jurídica de cessação da interferência estatal, através da declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*. Idem, p. 74-75.

⁴⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. cit., p. 79-80.

de forma prévia – excluídas do âmbito de proteção de alguma norma de direito fundamental. Por sua vez, a concepção ampla parte da premissa de que não deve haver propriamente uma tentativa em se definir previamente o âmbito de proteção de cada direito fundamental⁴⁹⁷. Ao contrário, esta só restaria completa no momento da fundamentação de determinada intervenção sobre esse direito fundamental.

Igualmente pertinente destacar a relevante distinção apontada pela doutrina referente às teorias interna e externa dos direitos fundamentais, nas quais o enfoque se centra na relação dos direitos e suas delimitações ou restrições. De acordo com aquela o delineamento dos limites dos direitos seria um processo interno à sua própria definição. É nesse sentido que comumente se fala em limites imanentes, uma vez que de antemão e sem a necessidade de se recorrer a sopesamentos já seria traçada a linha fronteira que define o conteúdo de um direito fundamental⁴⁹⁸. Por sua vez, a teoria externa parte da premissa de que o conteúdo do direito e as suas restrições são duas coisas distintas. Com isso, assume que as restrições não tem qualquer influência no conteúdo do direito, apenas em seu exercício diante de casos concretos⁴⁹⁹.

Ocorre que a relação entre discursos protegidos e discursos não protegidos – estes últimos compreendidos como restrições legítimas à liberdade de expressão em sentido amplo – não é estanque e pré-fabricada como o recurso aos “limites imanentes” poderia sugerir. Em verdade, tal classificação é imprescindível no plano abstrato para que se saiba até onde “podem ir” as liberdades comunicativas. Por exemplo, é uma obviedade enunciar que a Liberdade de Imprensa não abrange manifestações que violem a honra. No entanto, a qualificação de determinada manifestação como difamatória vai estar necessariamente sujeita a um processo de avaliação das expressões desferidas, por meio da ponderação e não através de um processo mecânico e subsuntivo⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. cit., p. 94.

⁴⁹⁸ Virgílio Afonso da Silva inclusive ressalta que a teoria dos limites imanente e o sopesamento seriam conceitos “mutuamente exclusivos”. Nesse sentido cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. cit., p. 133.

⁴⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. cit., p. 138. Para discussões mais aprofundadas sobre o tema das teorias interna e externa cf. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 241-284; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Op. cit., p. 179-234.

⁵⁰⁰ Em resumo, a assunção de que aqui se adotaria a teoria interna ou os limites imanentes seria equívoca uma vez que tal teoria “nega os conflitos entre direitos fundamentais e, por conseguinte, a ponderação de interesses como método apto a solvê-los”, sob pretextos de redução do subjetivismo e do decisionismo que a técnica proporcionaria. Ainda assim, mesmo levando-se a sério tais críticas e, igualmente, considerando que a teoria externa também possui os seus defeitos e desvantagens, para Rodrigo Brandão diversas seriam as razões que

Nesse sentido, por mais que existam regras claras, precisas e objetivas, será muito difícil que não ocorra algum juízo ponderativo *in concreto*, especialmente em relação à colisão entre a Liberdade de Imprensa e os “direitos da personalidade”. E isso simplesmente porque o objeto da liberdade de expressão em sentido amplo – as manifestações, opiniões e informações –, mais do que em qualquer outro direito, estão sujeitas a análises de conteúdo, forma e contexto, o que, por sua vez, significa dizer que uma mesma expressão dita ou escrita, em diferentes circunstâncias, pode implicar soluções concretas diversas. Assim, ainda que se reconheça, por exemplo, que difamações, discursos de ódio ou a pornografia infantil não são formas constitucionalmente tuteladas de expressão e manifestação do pensamento, isso não significa que se tenha aqui adotado a teoria interna dos direitos fundamentais e que não seja cabível qualquer ponderação judicial na matéria.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, também não são aqui despidiendas referências às já consolidadas lições de Ronald Dworkin⁵⁰¹ e de Robert Alexy⁵⁰², sobre a teoria dos princípios, uma vez que é costume afirmar que os direitos fundamentais teriam a estrutura típica de princípios jurídicos⁵⁰³. Ainda que essa assertiva não seja universalmente verdadeira, ao menos a liberdade de expressão em termos amplos possui, na maior parte das vezes, uma estrutura tipicamente de princípio jurídico.

Nesse sentido, Dworkin, ao asseverar sobre as espécies normativas – regras e princípios – indica que elas teriam algumas marcas distintivas⁵⁰⁴. A principal delas, de

conduziriam à opção pela teoria externa, dentre as quais: (i) a estrutura das normas de direitos fundamentais, que são compostas de princípios e regras e não apenas por esta última espécie normativa; (ii) as deficiências hermenêuticas da teoria interna – ante a existência de casos difíceis – onde o recurso a uma metodologia de caráter conceitualista apenas “oculta” o problema da racionalidade e da objetividade, visto que simplifica em demasia a atividade interpretativa e dispense maiores pautas argumentativas; (iii) a solução alternativa à ponderação de se estabelecer uma hierarquização apriorística dos direitos fundamentais seria incompatível com o princípio da unidade da Constituição. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Op. cit., p. 245-254.

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução e notas: Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁰² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. In: Ratio Juris. Vol. 16 No. 2, pp. 131–40, 2003 e ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. In: Ratio Juris. Vol. 16 No. 4, pp.433–49, 2003.

⁵⁰³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 86. Todavia, deve-se destacar que essa assertiva seria apenas uma meia verdade. É inequívoco que muitos direitos fundamentais funcionariam estruturalmente como princípios jurídicos. No entanto, outros possuiriam estruturas de regras jurídicas. No Brasil, um exemplo claro dessa assertiva seria o direito fundamental estampado no artigo 5º, III da Constituição Federal, que veda toda e qualquer forma de tortura.

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Op. cit., p. 36-37. Os princípios jurídicos, na obra de Dworkin, podem ser compreendidos como um gênero que abrangeria “política” e “princípios” em sentido estrito, mas, como o próprio autor deixa claro, o seu objetivo é diferenciar o gênero princípios das regras. A título de observação consigne-se que para Dworkin políticas se referem ao “tipo de padrão que estabelece um objetivo a

natureza lógica, se refere ao fato de que enquanto as regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, os princípios, por representarem estados ideais, não implicam em uma automática consequência jurídica quando as condições são dadas. Consequentemente isso implicaria afirmar que os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância, visto que devem sempre ser levados em consideração os pesos relativos de cada princípio antagônico ou colidente. Além do mais, ao contrário do que ocorre com os princípios jurídicos, em um eventual conflito entre regras, ambas não poderiam ser tidas ao mesmo tempo como válidas⁵⁰⁵.

Robert Alexy retoma essa dicotomia entre regras e princípios ressaltando que a sua boa compreensão é essencial para a resolução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como por exemplo, no que concerne à colisão, à restrição e ao papel que os direitos fundamentais desempenham⁵⁰⁶. O jusfilósofo alemão afirma que o ponto decisivo da dicotomia reside no fato de que os princípios devem ser tidos como mandados de otimização. É dizer, isso implica em afirmar que princípios jurídicos são normas que orientam que seus comandos sejam realizados na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e as possibilidades jurídicas, estas últimas referindo-se às regras e aos princípios com ele colidentes. Por sua vez, as regras são caracterizadas como mandados definitivos, isto é, sempre serão ou não serão satisfeitas. Em regra, não haveria espaço para um “meio termo”, uma vez que a sua estrutura já define de antemão aquilo que é fático e juridicamente possível. Portanto, conclui que a distinção entre regras e princípios seria qualitativa e não propriamente de grau⁵⁰⁷.

ser alcançado”, normalmente vinculadas a alguma demanda econômica, política ou social. Por sua vez, princípios em sentido estrito se referem ao padrão que deve ser observado por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma dimensão da moralidade e não simplesmente porque visa a alcançar algum objetivo social, econômico ou político.

⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Op. cit., p. 39-43. Além disso, sendo as regras aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada” – ou, na teoria de Robert Alexy, mandados definitivos – um ordenamento que se pautar apenas por sua aplicação não costuma encarar com naturalidade antinomias normativas. Para evitar o conflito entre regras algumas “meta regras” foram desenvolvidas. Assim, pode-se falar, preliminarmente, que uma forma de evitar colisões abstratas seria através da definição de cláusulas de exceção. A aparente antinomia é resolvida através da constituição da segunda regra como uma cláusula de exceção à primeira. Todavia, nem sempre isso será uma solução possível, de modo que, para superar conflitos entre regras será preciso a declaração de invalidade de delas. Nesse sentido, ganham destaque as meta regras da “lei superior invalida lei inferior” (critério hierárquico), “da lei posterior derroga lei anterior” (critério cronológico) e “lei especial derroga lei geral” (critério da especialidade). Nesse sentido, v. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 92.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 86.

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 91.

Diante dessas considerações é importante destacar as diferenças nas formas pelas quais regras e princípios são aplicados. Primeiramente, as regras jurídicas, normalmente⁵⁰⁸, são aplicadas segundo um processo de subsunção, que, embora nem sempre seja algo simples ou mecânico, em muito se assemelha a um método silogístico, onde a constatação de uma consequência jurídica ocorre por meio de um processo de dedução.

Por sua vez, considerar princípios como mandados de otimização implica em uma forma diversa de aplicação⁵⁰⁹. Isso porque estabelecem deveres *prima facie*, isto é, posições jurídicas que serão cumpridas na maior medida possível, moldadas segundo peculiaridades do caso concreto. Em síntese: princípios naturalmente estão sujeitos a colisões com outros princípios de mesma hierarquia, podendo ou não ceder a depender das circunstâncias de fato e de direito, sem que isso fulmine as suas respectivas validades jurídicas⁵¹⁰. Assim, a aplicação de princípios se dá através da técnica da ponderação, porquanto, ao contrário da antinomia entre regras, as colisões entre princípios não são resolvida no plano da validade, mas no estabelecimento de pesos, que serão as medidas pelas quais os princípios em jogo prevalecerão ou cederão diante das peculiaridades concretas.

⁵⁰⁸ Fala-se “normalmente” porque alguns autores destacam a possibilidade de regras jurídicas serem aplicadas não de acordo com o modelo subsuntivo, mas por meio de uma autêntica ponderação. Nesse sentido, reconhecendo que as regras podem ser suscetíveis de comportarem uma dimensão de peso e, portanto, admitirem a ponderação em um caso concreto cf. NEVES, Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 77-81. Da mesma forma: BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 201-220.

⁵⁰⁹ Apesar disso, merece ser transcrita a advertência feita por Jane Pereira no sentido de que: “Assim, diversamente do que advoga a doutrina tradicional, o conceito de ponderação não se opõe ao de subsunção, mas o complementa. O juiz, em qualquer caso – seja ele fácil ou difícil – inicia e finaliza o processo hermenêutico com uma operação de tipo subsuntivo. De fato, mesmo nas hipóteses em que cabe aplicar o juízo ponderativo, o intérprete, antes de ponderar, deverá identificar, mediante um raciocínio subsuntivo, quais são as normas *prima facie* aplicáveis à situação em análise. E uma vez feita a ponderação e determinada a norma que deverá prevalecer na solução do caso, o processo hermenêutico é concluído com a construção de uma regra de solução do conflito que é aplicada mediante subsunção. Assim a ponderação não configura uma alternativa excludente à subsunção, mas constitui uma etapa da interpretação destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável, mediante subsunção, ao caso concreto. O problema, portanto, consiste em saber qual o *iter* interpretativo será empregado para determinar a premissa maior do raciocínio jurídico”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Op. cit., p. 259-260.

⁵¹⁰ Esse caráter *prima facie* dos princípios fica ainda mais cristalino nas próprias palavras de Alexy: “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. Grifos no original. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 103-104.

Portanto, a ponderação surge assim como uma técnica propícia à otimização entre princípios colidentes⁵¹¹. Ou seja, busca-se que a concretização de todos os princípios em tensão seja assegurada na maior medida possível, onde a realização de um não implique no aniquilamento dos demais. Em suma, aqui objetiva-se a concordância prática⁵¹². Ademais, pelo fato de as colisões serem resolvidas de acordo com as particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto, a sua solução implica em uma relação de precedência condicionada, isto é, a prevalência de um princípio sobre o outro será sempre relativa.

A partir dessas premissas, Alexy elaborou a chamada “lei geral da colisão”, que determina que as condições sobre as quais um princípio toma preferência sobre outro, constituem suportes fáticos de uma regra que traz efeitos jurídicos ao princípio considerado prioritário⁵¹³. É importante assinalar que a solução de uma ponderação, no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, visa à formulação de uma regra, que acaba por descrever a consequência jurídica do princípio que tem a precedência na colisão⁵¹⁴. Mas isso não deve causar estranheza uma vez que, como deixa claro o autor, “*decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos*”⁵¹⁵.

Diante dessa breve introdução, é preciso que sejam delineadas a ordenação metodológica e a racionalidade que estão por traz da técnica da ponderação. Isso porque não desenvolver aspectos essenciais do procedimento que deve pautar a ponderação pode implicar em decisionismos ou em posições arbitrárias dos julgadores – sobretudo na atribuição de pesos – que em última instância daria razão para as recorrentes críticas a respeito do déficit de racionalidade da ponderação⁵¹⁶. Nesse ponto, uma maior pretensão de objetividade e

⁵¹¹ Isso explica-se a partir da assertiva de Alexy de acordo com a qual se fossem tomados de forma isolada os princípios colidentes implicariam em uma contradição. Dessa constatação, exsurge a noção de que a realização de um princípio encontrará óbice na realização de outros princípios antagônicos, que podem ser considerados como as chamadas possibilidades jurídicas, inerentes ao processo ponderativo. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 96.

⁵¹² A concordância prática é a ideia oriunda do princípio da unidade da constituição, segundo a qual o intérprete deve buscar a harmonização das normas constitucionais em tensão, com vistas a preservar, na maior medida possível, a proteção aos valores, interesses e bens jurídicos contrapostos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 439-440.

⁵¹³ No original: “*The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior*”. ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. In: *Ratio Juris*. Vol. 13 No. 3 September 2000 (294-304), p. 297.

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 99.

⁵¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 108.

⁵¹⁶ Para outras críticas apontadas pela doutrina ao procedimento da ponderação v. JESTAED, Matthias. *The doctrine of balancing – its strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 152-173; SCHAUER, Frederick. *Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text*. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 307-316;

racionalidade em relação à ponderação é um valioso instrumental para a redução da incerteza e insegurança jurídica, evitando, assim, indevidos efeitos resfriadores sobre a Liberdade de Imprensa.

4.2.2. A ponderação judicial e o ideal da racionalidade.

Diante das considerações no encerramento do tópico anterior, com muita razão, Robert Alexy se preocupou em demonstrar que toda a sua elaboração teórica não carecia de racionalidade⁵¹⁷. Inicialmente, pode-se falar na existência de uma lei da ponderação, que, segundo o autor seria resumida na seguinte assertiva: “quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfação do outro⁵¹⁸”. A fim de parametrizar a ponderação, Alexy afirma que esta seria aplicada em três estágios. O primeiro envolveria em determinar o grau de não satisfação ou de detrimento do primeiro princípio em colisão. O segundo estágio seria estabelecer o grau de importância em satisfazer o princípio colidente. Por fim, o estágio derradeiro implicaria em avaliar se o grau de importância do segundo princípio justifica a não satisfação do primeiro⁵¹⁹. Assim, afirma

ALEINIKOFF, Alexander T. *El derecho constitucional en la era de la ponderación. Traducción: Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 73-111.*

⁵¹⁷ Em artigo acadêmico, Alexy chega a defender que a ponderação não se diferenciaria em alguns aspectos da subsunção. Nesse sentido, o autor afirma: “*We started with the question of whether there exists a formal structure of balancing which is in some way similar to the general scheme of subsumption. The answer that can now be given is positive. In spite of some important differences the similarity is striking. In both cases a set of premises can be identified from which the result can be inferred. Neither the Subsumption Formula nor the Weight Formula contributes anything directly to the justification of the content of these premises. To this extent both are completely formal. But this cannot diminish the value of identifying the kind and the form of the premises which are necessary in order to justify the result. The relation between these premises and the result is, however, different. The Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic. But this difference must not be overestimated. The real premises of the Weight Formula are not numbers but judgments about degrees of interference, the importance of abstract weights and degrees of reliability. The Subsumption Formula and the Weight Formula are to this extent on the same footing, as judgments remain in both cases the basis*”. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p. 448.

⁵¹⁸ No Original: “*The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other*”. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. In: *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 4, pp.433–49, 2003., p. 436.

⁵¹⁹ É importante deixar claro que a ponderação é comumente associada à etapa derradeira da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse último subteste é que serão comparados os ônus e bônus de determinada medida para se aferir a sua proporcionalidade. Em sua essência essa etapa derradeira nada mais significa do que sopesar direitos. Destaque-se a título de observação que a doutrina enuncia que a proporcionalidade seria composta de três subtestes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Autores como Mathias Klatt, contudo, apontam – especialmente no contexto da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão – para a existência de duas outras etapas, que consistem na identificação de objetivos e meios legítimos da ação estatal. KLATT, Matthias. *A máxima da proporcionalidade:*

que a questão da racionalidade da ponderação gira em torno de fazer julgamentos racionais a cerca da “intensidade da interferência”, o “grau de importância” e a relação entre esses dois fatores⁵²⁰.

Para tanto, o autor desenvolve a chamada “fórmula do peso”, onde através da redução da colisão a uma relação aritmética busca que a comparação entre os bens jurídicos em jogo possa ser melhor visualizada e compreendida⁵²¹. Nessa equação matemática, cada princípio seria representado por três variáveis – intensidade da intervenção, peso abstrato e a certeza ou qualidade das premissas epistêmicas – aplicadas de acordo com uma escala triádica, que varia segundo uma progressão geométrica⁵²². Assim, por exemplo, a interferência concreta sobre algum princípio poderia ser séria, média ou leve, que seriam substituídas na fórmula, concretamente, pelos algoritmos 4, 2 e 1, respectivamente⁵²³.

Segundo Alexy a grande vantagem da fórmula do peso seria justamente indicar que o peso de um princípio é relativo⁵²⁴, uma vez que cada expoente da equação pode sofrer alterações de acordo com o caso concreto. Ademais, apesar de todas as dificuldades que giram em torno de uma pretensa simplificação das relações entre intensidade, peso abstrato e confiabilidade de premissas epistêmicas, há a inegável vantagem de que o processo ponderativo seja facilitado e também que o *iter* assumido na ponderação seja melhor compreendido. Isso porque as escalas mais refinadas trazem a dificuldade de entendimento sobre o próprio processo de justificação e, conseqüentemente, sobre a própria racionalidade do processo⁵²⁵.

Por outro lado, é certo que de forma recorrente, a crítica sobre a ponderação não ser um procedimento racional muitas vezes se desenvolve com questionamentos sobre a

um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução: João Costa Neto. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014, p. 27-28.

⁵²⁰ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p. 437.

⁵²¹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p.442.

⁵²² É de se destacar que o elemento confiabilidade das premissas epistêmicas e normativas diz respeito ao grau de confiança que pode ser aferido daquilo que se assume como correto, a partir das classificações “certa”, “plausíveis” ou “não evidentemente falsas”, também representadas por uma escala triádica. A diferença é que para esse último elemento da fórmula da ponderação os algarismos 1, 2 e 4 são apresentados em uma relação inversamente proporcional. Ou seja, premissas certas seriam substituídas pelo algarismo 1, as plausíveis pelo algarismo ½ e as não evidentemente falsas pelo algarismo ¼. Esse aspecto da fórmula do peso seria oriundo da segunda lei da ponderação, que afirma que “quanto mais pesar uma interferência sobre direitos fundamentais, maior deve ser o grau de certeza que permeia tais premissas. No original: “*The more heavily an interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premises*”. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p. 446.

⁵²³ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p. 440-443.

⁵²⁴ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p. 444.

⁵²⁵ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Op. cit., p. 445.

impossibilidade de se comparar bens jurídicos “incomparáveis”. É dizer, a ponderação implicaria na tentativa de se comparar “laranjas com maçãs”, ou seja, bens que não podem ser inseridos em uma mesma escala de medida. Nesse aspecto, atribuir pesos concretos a bens jurídicos distintos seria uma tarefa decisivamente influenciada pelas valorações pessoais. Dessa forma, qualquer tentativa de comparação implicaria em resultados irracionais ou com alto teor de subjetividade do intérprete responsável pela decisão final⁵²⁶.

Em artigo acadêmico, Virgílio Afonso da Silva rebate a tese de que incomensurabilidade seria sinônimo de incomparabilidade. Segundo o autor a tomada de decisão de forma racional seria possível ainda que estejam em jogo valores incomensuráveis⁵²⁷. Na verdade, a tese da incomparabilidade e da irracionalidade seria marcada por uma série de más compreensões terminológicas e conceituais. Em seu ponto de vista, para fins de sopesamento, a suposta incomparabilidade entre direitos fundamentais não seria propriamente algo relevante⁵²⁸. Isso porque o que está em jogo não é simplesmente uma comparação abstrata, por exemplo, se a liberdade de expressão seria melhor do que a privacidade individual, mas, ao revés, entre o grau de satisfação concreto entre tais valores. A partir de então, um ponto decisivo para fins de racionalidade é a criação de escalas que possam suportar essa comparabilidade, assim como o faz Alexy, que justamente ilustra as relações concretas entre o grau de satisfação e de não satisfação entre os direitos colidentes.

No mesmo sentido, é lapidar o esforço doutrinário de Ana Paula de Barcellos em elaborar parâmetros precisos e objetivos para a aplicação consistente da ponderação. Inicialmente, e mais relevantes para fins desta seção, a autora ordena metodologicamente o procedimento da ponderação em três etapas. A primeira deve ser aquela em que são delimitados todos enunciados normativos relevantes e que aparentemente estão em conflito, onde inclusive restará visível se este não poderá ser solucionado por outra técnica que não a

⁵²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 279.

⁵²⁷ Nesse sentido, o autor se vale de um exemplo banal, mas que ilustra bem essa situação. Apesar de serem gêneros musicais a princípio incomensuráveis, seria plenamente possível e aceitável que alguém prefira as músicas de Bach às músicas de Madona, ou vice-versa. O ponto decisivo não seria colocar os dois gêneros musicais em uma mesma escala de medida, mas ao contrário, realizar a “eleição de um valor de fundo”, que permita a comparação entre bens ou valores a princípio incomensuráveis. No exemplo em questão o valor de fundo seria simplesmente a qualidade musical. Virgílio prossegue afirmando que quanto mais precisa for a definição desse valor de fundo, maior é a possibilidade de que sejam tomadas decisões racionais. SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 284-286.

⁵²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 287-288.

ponderação⁵²⁹. A segunda etapa consiste na identificação dos fatos relevantes para solução do caso e as repercussões que estes possuem sobre os elementos normativos⁵³⁰.

Por fim, a terceira etapa consiste na decisão da ponderação propriamente dita. Nesse sentido, enumera algumas diretrizes para auxiliar o intérprete, uma vez que tende a ser a de maior complexidade. Primeiramente, fala-se em uma pretensão de universalidade, tanto na argumentação jurídica do intérprete, quanto na decisão final⁵³¹. Em essência, tratam-se, respectivamente, da necessidade de que os argumentos trazidos pelo intérprete se pautem por uma razão pública⁵³² e não por razões de grupos sociais parciais, e da possibilidade de generalização da decisão proferida para casos futuros. Em segundo lugar, na ponderação deve haver uma busca pela concordância prática, isto é, objetiva-se na maior medida possível que ambos os enunciados colidentes sejam harmonizados sem que nenhum deles seja completamente excluído. Assim, deve-se adotar a solução que melhor satisfaça esta demanda, ainda que em alguns casos reconheça-se que seja uma tarefa muito difícil ou quase impossível⁵³³. Em terceiro lugar, deve-se atentar para a delimitação do núcleo essencial dos

⁵²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Op. cit., p. 92-96. É relevante destacar que para a precisão do procedimento é necessário que haja a boa compreensão do que se compreende como enunciado normativo. Nesse sentido, a autora se preocupa em distinguir o enunciado normativo (conjunto de signos linguísticos que compõem o texto legal ou constitucional, implícitos ou explícitos) de interesses gerais que não guardam correspondência com o enunciado normativo, das normas propriamente ditas – uma vez que estas são o resultado da interpretação de enunciados normativos, que é o comando que dará concretude e solução para o caso específico – e das situações ou posições jurídicas individuais.

⁵³⁰ Aqui impende especificar o que se trata por “fatos relevantes”, segundo Ana Paula de Barcellos. Para a autora dois elementos principais podem justificar o enquadramento de um fato na categoria de relevante. Em primeiro lugar, através do senso comum de uma dada sociedade, que é oriundo de suas particularidades históricas e culturais. Em segundo lugar, através da existência de disposições normativas que autorizam uma tal conclusão. Nesse aspecto, é fundamental a observação da autora no sentido da importância de delimitação de fatos relevantes para fins de proposição de *standards* ponderativos específicos, uma vez que levam justamente em conta os fatos relevantes que com maior frequência figuravam em tais colisões. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Op. cit., p. 116-120.

⁵³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Op. cit., p. 126.

⁵³² Em síntese, o conceito de Razão Pública se associa à obra de John Rawls e, basicamente, se opõe às chamadas doutrinas abrangentes – isto é, doutrinas de grupos particulares com a pretensão de cobrir, de forma abrangente, muitas dimensões da vida em sociedade. A razão pública busca, justamente, aquilo que é tido como consensual ou razões que podem razoavelmente ser aceitas por todas as doutrinas abrangentes. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n. 1, 200, p. 213-214.

⁵³³ Ana Paula de Barcellos afirma que haverá hipóteses em que mesmo após o uso metodologicamente correto, inclusive com a busca da concordância prática, a conciliação de dois enunciados normativos será inviável. É dizer, a incidência de um exclui totalmente a incidência do outro, e deverá se optar por um deles. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Op. cit., p. 138.

direitos fundamentais em colisão, que deve ser tido como o limite efetivo a quaisquer conformações⁵³⁴.

Ocorre que o recurso bem ordenado à ponderação não significa necessariamente que as escolhas serão sempre corretas ou racionais. Ou seja, a simples compreensão do que significa e como funciona a ponderação não pode ser suficiente para apontar a irracionalidade do processo. Reforce-se, a ponderação é apenas um procedimento formal, que deve ser preenchido por valorações, pesos concretos e *standards*, para fundamentar a decisão jurídica. É por esta razão que é imprescindível que sejam tecidas algumas considerações a respeito da racionalidade e da objetividade propriamente ditas deste procedimento.

No que se refere especificamente à racionalidade legal, Aulis Aarnio afirma que esta pode ser apreendida em primeiro lugar de acordo com padrões interpretativos que a justificação deve se pautar. Mas não é só. A racionalidade ainda poderia ser definida de forma institucional, se referindo à própria racionalidade do sistema legal, isto é, a coerência interna entre os princípios e normas que compõem um ordenamento jurídico e que seria uma pré-condição para todo o raciocínio jurídico⁵³⁵.

Mais relevante para os fins do presente tópico é a concepção de aceitabilidade racional. Segundo o autor, este seria um aspecto inerente à fase final de justificação ou fundamentação. Nesse ponto, Aarnio destaca que a interpretação legal é um processo dialógico e comunicativo e que para que seja tido como racional deve se pautar pela argumentação e pelo convencimento. Assim, a racionalidade se ligaria a dois aspectos essenciais: à forma do raciocínio, que seria através da dedução – ou de inferências lógicas – ou à justificação externa propriamente dita. Por sua vez, o conceito de aceitabilidade corresponde ao conteúdo material da justificação, isto é, que a decisão corresponda ao sistema de valores e conhecimentos do sistema legal de dada comunidade. Assim, qualquer teoria

⁵³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Op. cit., p. 141. Como a doutrina bem acentua a delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é objeto de disputa entre teorias absolutas e teorias relativas. Embora qualquer tentativa maior de esclarecimento do tema fuja aos fins deste estudo, a autora parece adotar uma posição intermediária, ao criticar a insuficiência de ambas as teorias. Afirma assim que a impossibilidade de se alcançar o ideal das teorias absolutas não implica em se adotar automaticamente a flexibilidade das teorias relativas. Desse modo, o núcleo essencial poderia ser aferido através de uma contínua reflexão abstrata e do estudo de precedentes judiciais que auxiliariam na construção de *standards* específicos para evidenciar o seu sentido, que não seria um núcleo duro ou permanente e nem mesmo completamente flexível, mas ao menos um núcleo consistente. Idem, p. 139-141.

⁵³⁵ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 188-189.

interpretativa deveria se pautar tanto pelos conteúdos procedimentais (racionalidade)⁵³⁶, quanto pelos conteúdos substantivos (aceitabilidade)⁵³⁷⁵³⁸. Nesse sentido, o autor pontua inicialmente que a racionalidade é um dado cultural e intersubjetivo, que deve se constituir como uma medida para avaliação o comportamento individual. Especifique-se ainda que o elemento aceitabilidade racional da argumentação jurídica é medido a partir da possibilidade de convencimento do “auditório”, de forma que torna-se não apenas guia para o intérprete na tomada de decisão, mas também uma medida para a avaliação externa, sobretudo na forma de controle social⁵³⁹.

⁵³⁶ É interessante que o autor enumera ao longo de sua obra algumas condições gerais ou as regras e os princípios básicos da racionalidade, que podem ser assim resumidos: I-regras de consistência, que abrangeriam, por exemplo, a ausência de conflitos internos (uma afirmação e sua negação não podem coexistir na mesma justificação), a lei da “terceira exclusão” (uma proposição não pode ser ao mesmo tempo verdadeira e falsa) e a regra da transitividade (aceitação de silogismos). II- regras de eficiência, segundo o qual, como exigência para a racionalidade, o discurso deve resultar em uma conclusão, o que pressupõe igualmente a ausência de discordâncias linguísticas entre os participantes (princípio dos significados similares) e o uso das expressões de uma maneira uniforme. III- regras de sinceridade, que abrangem uma série de subregras como, por exemplo, a validade de um discurso não pode avançar com base no prestígio pessoal do interlocutor, mas de acordo com as suas bases materiais; a proibição de coerção; o direito de que todos os interlocutores possam questionar qualquer assertiva apresentada (princípio da abertura material); a exigência da boa fé ou honestidade do interlocutor, isto é, que ele não se valha de um argumento que saiba ser falso ou inválido; a exigência de imparcialidade para aquele que queira convencer outrem, estabelecendo uma espécie de contraditório, inclusive dos pontos de vista que não concorda. IV- regras de generalização, segundo as quais deve haver a tentativa de universalização das premissas assumidas, ou seja, não se pode se referir a um julgamento como válido se este não estiver pronto para ser generalizado para casos similares. Essas seriam regras básicas da racionalidade, que auxiliariam na busca por coerência e evitariam o recurso a argumentos *ad hoc*. Além do mais, regras de generalização devem abranger a hipótese de que para se aceitar as consequências de uma norma, deve-se inclusive admitir a possibilidade de que esta afete a sua posição pessoal e que as consequências de uma norma beneficiando um determinado interesse devem ser aceitáveis para todos, V- regras de suporte, segundo as quais, quando demandadas todas as proposições devem estar em ponto de ser justificadas, veda-se, novamente, qualquer argumento de autoridade ou com base no prestígio individual. Afirma-se ao final que a palavra-chave aqui seria a coerência. Ainda que a racionalidade não garanta com absoluta certeza a existência de coerência, ela maximiza a possibilidade de se produzir um argumento coerente para justificar a interpretação jurídica. Nesse sentido, v. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Op. cit., p. 195-201.

⁵³⁷ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Op. cit., p. 190-191.

⁵³⁸ É interessante pontuar a posição de Carlos Bernal Pulido que parece se aproximar de autores como Habermas e o próprio Aarnio, para quem a objetividade jurídica somente seria concebível a partir da noção de aceitabilidade racional. Ao discorrer sobre o conceito de racionalidade, Pulido afirma que o termo racionalidade é ambíguo e pode ser apreendido a partir de quatro concepções: uma capacidade, uma habilidade, uma tendência ou uma avaliação. Seria este último sentido que importaria para o discurso jurídico, segundo o qual a racionalidade e a irracionalidade formam um binômio responsável pela “acusação” das condutas humanas, que estejam de acordo ou não com o que se considera racional. Assim, a racionalidade se referiria a uma propriedade do comportamento dos destinatários do direito ou das atuações e decisões dos operadores do direito. Em seguida, afirma que nesse ponto o principal sentido seria a avaliação da racionalidade da decisão judicial, isto é, saber quais são as condições que devem ser satisfeitas pelo juiz para que a sua decisão seja reputada como racional. Nesse aspecto, cita as seguintes condições: consistência da justificação, clareza da exposição das valorações, a correção lógica da argumentação, a adequada relação entre argumentos, a capacidade para gerar consenso, a observância de regras processuais e o prognóstico das consequências da decisão e seus efeitos no sistema jurídico. BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador*. 4ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 294-299.

⁵³⁹ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Op. cit., p. 225-229.

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva assevera que a precisão matemática que se espera de fórmulas inseridas no campo da hermenêutica dos direitos fundamentais talvez não seja de toda tangível ou alcançável. É dizer, a própria definição, por exemplo, de uma restrição a direitos fundamentais como séria, moderada ou leve, não é um processo em si isento de qualquer valoração subjetiva⁵⁴⁰. A viabilidade de que a ponderação leve a resultados racionais poderia ainda ser objeto de maiores controvérsias no que tange aos casos em que a fórmula do peso resulte em “empates”⁵⁴¹. Nesse sentido, a grande vantagem do processo ponderativo é trazer o que o autor denomina de “objetividade possível”⁵⁴².

O sentido dessa objetividade possível é basicamente considerar que por mais que haja esforços de ordenação racional do processo ponderativo, não será possível eliminar por completo qualquer subjetividade do intérprete. É irreal pensar que esse seria um problema inerente apenas à ponderação de bens e valores. Por vezes, até mesmo o processo subsuntivo, tido como lógico ou dedutivo, será permeado por subjetivismos ou pelas pré-compreensões do intérprete⁵⁴³. Além disso, por mais que se busque sintetizar o processo interpretativo em alguma fórmula aritmética, essa não é a natureza da interpretação jurídica, uma vez que esta não pode ser sinônimo de única resposta correta ou de demonstrabilidade inequívoca⁵⁴⁴. Assim, a objetividade jurídica (possível) deve se desdobrar em dois aspectos fundamentais: possibilidade de controle intersubjetivo e a previsibilidade da decisão.

⁵⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 291.

⁵⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 293. Nessas situações, fala-se na existência de uma “discricionariedade estrutural” na ponderação. Seriam situações em que o intérprete se veria diante de verdadeiros dilemas ou de escolhas trágicas. Para tanto, alguns autores defendem, com algum grau de razão, que justamente quando o intérprete se depara com uma situação de discricionariedade estrutural na ponderação deveria haver um grau maior de deferência às escolhas legislativas ou administrativas, a não ser que demonstre de forma inequívoca a inconstitucionalidade em sua atuação. Todavia, essa tese não responde como o juiz deve se portar diante de uma situação de empate ou de escolha trágica em que não haja propriamente uma lei ou ato normativo em disputa, mas uma colisão entre direitos fundamentais – como a honra e a liberdade de expressão – e que, por exigências da inafastabilidade da jurisdição, uma decisão tenha que ser tomada. É intuitivo que para tais casos, o único controle viável é aquele oriundo da motivação e da argumentação das decisões judiciais.

⁵⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 366-368.

⁵⁴³ O processo de interpretação através da subsunção nem sempre implicará em um silogismo mecânico e isento de críticas e falhas. Basta apenas rememorar que por mais objetivo e completo que o processo legislativo busque ser é inequívoco que qualquer ordenamento jurídico possui suas lacunas e seus conceitos jurídicos indeterminados. Para as lacunas o intérprete sempre terá a seu dispor o recurso à analogia e aos costumes jurídicos. Já para o preenchimento do sentido de conceitos jurídicos indeterminados, em certa medida será necessária uma dose de discricionariedade, o que nem sempre será uma tarefa transparente. Assim, pode-se dizer que nem mesmo nos ordenamentos oitocentistas que viviam sob a égide do mito da completude do ordenamento jurídico, da objetividade do direito, da jurisprudência dos conceitos e do juiz boca da lei a aplicação do direito nem sempre foi “mecânica”.

⁵⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 367.

Esses dois aspectos da objetividade somente são viáveis através da conjugação de fatores como: a fundamentação do escalonamento de valores realizados pela decisão (aspecto metodológico), uma vez que a ponderação não pode ser vista como uma simples relação de escolha puramente potestativa, a explicitação dos pontos de partida teóricos para a tomada de decisão (aspecto teórico), visto ser necessário que se especifique a “substância” que preencherá o processo argumentativo da ponderação, e, por fim, o respeito aos precedentes e a possibilidade de controle social (aspecto institucional), caso contrário a decisão final em nada se distinguiria de uma ponderação *ad hoc*⁵⁴⁵. Em resumo, a objetividade possível estará associada à transparência ou *accountability* do processo ponderativo, criando ônus argumentativos específicos ao intérprete.

Apesar disso, repita-se: é importante considerar que tanto Alexy, quanto outros autores entendem que a ponderação trata-se apenas de uma estrutura formal e que ela mesma não traz maiores respostas sobre o peso que deve ser, por exemplo, atribuído à honra ou à liberdade de expressão em sentido amplo⁵⁴⁶. Tendo em vista a impossibilidade de extrair uma aplicação isenta de qualquer subjetivismo os *standards*, que serão formulados a seguir, buscarão contribuir para que se alcance essa “objetividade possível”, com vistas a uma maior previsibilidade e a facilitar o controle externo das argumentações jurídicas.

4.3. *Standards* ponderativos⁵⁴⁷.

4.3.1. Conceito, necessidade e importância.

Uma das traduções literais possíveis da palavra “*standard*” é padrão⁵⁴⁸. Exatamente essa é a ideia que se quer passar com o presente tópico. De todo o exposto, retome-se a ideia de que em uma ponderação específica entre direitos fundamentais a solução que o intérprete

⁵⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. Op. cit., p. 368-378.

⁵⁴⁶ NETO, João Costa. Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional. Op. cit., p. 163.

⁵⁴⁷ É importante deixar claro aqui que a especificação e proposição de *standards* não pode ser um “tiro no escuro” ou algo arbitrário. É preciso que os mesmos encontrem fundamentação jurídica anterior, que será de fato o aspecto teórico que o intérprete deverá guiar a sua decisão. Assim, pode-se dizer que os *standards* jurídicos que buscam auxiliar o intérprete na busca de racionalidade e objetividade das decisões da ponderação estarão em essência em uma fronteira entre o aspecto metodológico, porque auxiliam na formulação dos pesos concretos, e o aspecto teórico, porque são construídos segundo os pontos de partida que guiam a decisão judicial. Assim, pode-se dizer que o aspecto teórico que deve permear as decisões que tratem da liberdade de expressão e todas as suas subespécies ou manifestações específicas é a sua posição preferencial, que já conta com amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil e no direito comparado. O tema foi desenvolvido com maior detalhamento no capítulo 1, para onde remete-se o leitor.

⁵⁴⁸ De acordo com o dicionário escolar WMF, *standard* possui as seguintes traduções possíveis: (1) padrão; (2) critério, valor; (3) norma; (4) modelo; (5) protótipo. Dicionário Escolar WMF: inglês-português, português-inglês. Coordenação geral: Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

chegará será tida como uma relação de precedência condicionada. É justamente “condicionada” visto que a resposta não será absoluta ou inflexível, no sentido de que diante de outras de outros casos concretos o resultado da colisão poderá ser diverso. Todavia, é intuitivo que quanto mais um Tribunal resolva colisões concretas em uma mesma matéria a solução (ou as soluções) tende (m) a se padronizar. No direito brasileiro essa situação ganhou contornos concretos e recorrentes na medida em que os Tribunais passaram a valorizar e se vincular, cada vez mais, aos seus próprios precedentes⁵⁴⁹.

Conceitualmente, os *standards* podem ser definidos como diretrizes ou pontos de apoio teórico-prático para a tomada de decisões judiciais, administrativas ou legislativas. A sua existência decorre de uma relação ponderativa, na qual foram estabelecidas relações de precedência condicionada entre os direitos. A partir da definição dessas relações os aspectos essenciais da atividade ponderativa podem ser objeto de um processo de generalização, por meio do qual os elementos comuns ou recorrentes, em casos similares, transformam aquelas experiências práticas em um “padrão decisório para casos futuros”⁵⁵⁰.

A utilização de *standards* jurídicos como apoios às decisões judiciais ou ônus argumentativos que o intérprete deve se desincumbir é bastante presente no direito norte-americano. Na verdade a sua aplicação concreta – sobretudo no âmbito da 1ª Emenda à Constituição – seria uma terceira via entre o absolutismo da liberdade de expressão e o recurso ao *ad hoc balancing*, sendo denominada de *categorical balancing*⁵⁵¹. Essa concepção justamente buscaria combinar as vantagens de ambos os modelos teóricos, na medida em que os *standards* se constituiriam como densificações do real significado dos direitos constitucionais, guiando interpretações futuras, mas sem tornar o direito “engessado”. Em

⁵⁴⁹ Sem dúvidas, um dos objetivos das recentes reformas no direito processual brasileiro foi a de valorizar a aplicação e criação de precedentes vinculantes pelos Tribunais, com vistas a concretizar a segurança jurídica e a coerência nas decisões judiciais. Veja, por exemplo, o caso do artigo 927 do Código de Processo Civil, que trouxe várias hipóteses de precedentes da referida espécie. Para um estudo minucioso sobre os precedentes judiciais v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁵⁰ LEGALE, Siddharta. Standards: O que são e como criá-los?. In: THEMIS- Revista da ESMEC, v. 7, p. 15-56, 2009, p. 29-30.

⁵⁵¹ Sobre o tema cf. NIMMER, Melville B. *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*. In: California Law Review, Vol. 56, No. 4., 1968, p. 935-942. No mesmo sentido, Rodrigo Brandão, ao examinar o contexto norte-americano, constata que naquele ordenamento jurídico a adoção de *standards* foi uma solução pragmática que buscou combinar as vantagens e evitar os defeitos de concepções absolutistas sobre o conteúdo de certos direitos fundamentais (*absolutism approach*) e a concepção ponderativa (*balancing*). BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263. Nesse sentido, v. também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Op. cit., p. 277-280.

verdade, os *standards* jurídicos, no contexto da liberdade de expressão, evidenciaríamos preocupações a respeito de uma forma maximalista de resolução dos conflitos⁵⁵².

É interessante assinalar que essa visão “criativa” de *standards* por parte do intérprete já podia ser vislumbrada no início do século XX, na doutrina de Roscoe Pound⁵⁵³. O jurista norte-americano escrevia em um momento em que se vivenciava a chamada crise da lei formal em seu ordenamento, de onde começava a perceber a falibilidade prática das noções oitocentistas. Em verdade, já reconhecia a necessidade de balanceamento ou compatibilização dos diversos interesses na sociedade, assim como de alguma medida de atividade criativa na interpretação⁵⁵⁴. A ideia básica por trás desse pensamento era justamente a preocupação em satisfazer na maior medida possível todos os interesses humanos, com o menor grau de sacrifício possível⁵⁵⁵. Além disso, o reconhecimento de que a aplicação mecânica do direito ou a separação rígida e estrita entre as funções estatais não se sustentava na prática também contribuía para que se admitisse a atividade criativa judicial via *standards* jurídicos⁵⁵⁶.

Apesar disso, no direito norte-americano existem debates doutrinários sobre a possibilidade de realmente poder se afirmar que os *standards* se diferenciam das regras jurídicas e em que medida. Nesse sentido, Pierre Schlag enumera algumas características que comumente são apontadas como traços distintivos nessa dicotomia. Assim, por exemplo, as regras trariam as virtudes da certeza, uniformidade, estabilidade e segurança, enquanto que os *standards* trariam a flexibilidade, a individualização, a abertura e o dinamismo na solução de casos concretos⁵⁵⁷. Todavia, o autor aduz que essa dicotomia clássica, que se embasa nos

⁵⁵² Melville Nimmer, ao discorrer sobre o *categorical balancing*, afirma que as concepções absolutistas incorreriam no problema de ignorar a 1ª Emenda em face de “direitos concorrentes”. Por sua vez, o *ad hoc balancing*, também traria uma série de problemas como considerações de que “não haveria nenhuma regra a ser aplicada”, isto é, a ausência de parâmetros seguros; a dissuasão sobre certas formas de discurso ante a ausência de certeza na matéria; e o aparente maior peso concreto que seria dado aos direitos contrapostos. Como forma de demonstrar as vantagens do *categorical balancing* traz o exemplo do precedente *New York Times Co. vs. Sullivan*, que, segundo o seu entendimento, caso fosse decidido apenas de acordo com considerações a respeito dos direitos dos particulares envolvidos naquela demanda específica, não somente nada diria para a orientação de casos futuros como também geraria uma desnecessária incerteza sobre outras demandas que envolvessem questionamentos sobre a reputação de oficiais públicos. NIMMER, Melville B. *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*. Op. cit., p. 935-948.

⁵⁵³ POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press, 1922.

⁵⁵⁴ POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. Op. cit., p. 95

⁵⁵⁵ POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. Op. cit., p. 98-99.

⁵⁵⁶ POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. Op. cit., p. 102.

⁵⁵⁷ É preciso destacar que o autor sistematiza além de virtudes de ambas as espécies, os vícios que comumente são enumerados pela doutrina. Assim, os vícios das regras estão comumente associados, sobretudo, à sua rigidez e intransigência, enquanto que os vícios dos *standards* seriam “manipulativos” e “indeterminados”. SCHLAG, Pierre J. *Rules and standards*. In: *33 UCLA Law Review*, 379, 1985, p. 7. Nesse sentido, merece ser transcrita uma definição precisa da dicotomia: “In general, rules are legal directives that define the content of the law ex ante through prescription of concrete empirical triggers that dictate determinate responses. Standards, in

vícios e virtudes de ambas as espécies, poderia incorrer em tautologias, na medida em que, contextualmente, as soluções que as diretrizes apontam podem não corresponder, concretamente, para consequências ideais e predefinidas dos modelos teóricos. Ou seja, na prática uma regra pode se evidenciar flexível, mesmo para fins de angariar uma maior certeza jurídica, de igual modo que os *standards* podem se revelar “estáveis”, a fim de que possam permitir algum grau de abertura⁵⁵⁸.

Não obstante todas as possíveis críticas à substância da dicotomia entre regras e *standards* judiciais, o exposto no parágrafo anterior não implica dizer que estes seriam desimportantes no contexto brasileiro. Isso porque a noção básica que os circunda, como visto, é de extrema valia – sobretudo nas colisões envolvendo a Liberdade de expressão e de Imprensa – a fim de sejam estabelecidas diretrizes inteligíveis e racionais para o aplicador do direito, evitando-se, portanto, os perigos de uma ponderação extremamente casuística (*balancing ad hoc*). Repita-se, se constituem como uma terceira via entre a discricionariedade ampla e ilimitada e a interpretação estrita ou mecânica do direito. Isso porque a utilização de *standards* judiciais na aplicação do direito, sobretudo no tocante a normas carregadas de maior abertura e sujeitas a uma maior leitura moral, não afasta, por um lado, a discricionariedade necessária do Judiciário e a adaptabilidade do Direito, ao mesmo tempo que demonstra preocupações lógicas com a racionalidade das decisões e com a segurança jurídica⁵⁵⁹.

É relevante ainda destacar que são apontadas algumas classificações quanto aos *standards* jurídicos, mas a que se mostra mais pertinente na presente seção é aquela que leva em conta a sua origem. Segundo tal classificação, os *standards* podem ser normativos,

contrast, leave the determination of directive's content to the applier of the standard ex post, rely on evaluative triggers rather than empirical ones, and guide rather than determine the choice of response. Rules are said to be 'fixed' and standards to be flexible; rules are blunt and bright and standards are soft and opaque". COVEY, Russell D. *Rules, Standards, Sentencing, and the Nature of Law*. In: *104 California Law Review* 447, 2016, p. 450.

⁵⁵⁸ Além do mais, a fim de reforçar as circularidades que tal distinção podem provocar o autor afirma, como exemplo, que o próprio devir jurisprudencial no aperfeiçoamento da aplicação de *standards* pode vir a fazer com que os mesmos passem, na prática, a contar com uma estrutura típica de regras jurídicas. Desse modo, em sua concepção a dialética seria uma questão de forma. SCHLAG, Pierre J. *Rules and standards*. Op. cit., p. 12-13 e 19-20.

⁵⁵⁹ Cite-se, por exemplo, a doutrina de Roscoe Pound: "For justice come to be administered in large measure through the application of legal standards which admit of wide margin for the facts of particular cases, and the application of these standards is committed to layman or to the discretion of the tribunal. Moreover a certain judicial individualization goes on. Partly this take the form of a margin of discretionary application of equitable remedies, handed down from the stage of equity and natural law. Partly it takes the form of ascertainment of the facts with reference to the legal result desired in view of legal rule or of choice between competing rules in effect covering the same ground, although nominally for distinct situations". POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. Op. cit., p. 114-115.

jurisprudenciais ou doutrinários. Em primeiro lugar, isso decorre do reconhecimento de que todos os três Poderes da República e outros atores também podem se engajar no processo de interpretação e aplicação do direito e da Constituição⁵⁶⁰. Todavia, os *standards* de caráter normativo são distinguíveis dos jurisprudenciais na medida em que, por terem uma margem muito maior de ponderação, se constituem mais como diretrizes normativas do que como relações de precedência condicionada⁵⁶¹. Por outro lado, os parâmetros jurisprudenciais seriam aqueles de contornos mais precisos e menos genéricos, a partir da ampla competência interpretativa conferida ao Poder Judiciário, dentro dos limites legais e constitucionais⁵⁶². Dessa forma, deve-se assinalar que a preocupação precípua aqui não é com a construção de todo e qualquer *standard* jurídico, mas aqueles desenvolvidos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, é preciso destacar também quais seriam as principais vantagens oriundas da utilização de *standards* jurídicos na ponderação judicial. Conforme destaca Cláudio Pereira de Souza Neto, a padronização de soluções evita todo o trabalho de reconstrução argumentativa em uma dada ponderação, trazendo, assim, maior previsibilidade⁵⁶³. Portanto, a importância de se construir parâmetros ponderativos se liga especialmente ao dever de segurança jurídica estatal, principalmente em sede judicante, possuindo nesse particular vinculação direta com o que já se discorreu anteriormente sobre racionalidade e objetividade. Em verdade, mais do que apenas segurança jurídica, a utilização de *standards* bem definidos – como fruto de uma ponderação metodologicamente bem realizada – contribui na preservação da unidade, coerência e integridade do sistema jurídico, uma vez que a reconstrução do direito por meio da interpretação estará sujeita a menores graus de aleatoriedade e apresentará um maior nível de sinergia interna entre as suas normas⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Tradicionalmente destaca-se com maior ênfase o papel das Cortes Judiciais na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição. Todavia, há de se destacar que o Poder Judiciário não possui o monopólio da atividade. É natural e até recomendável, como corolário da Separação de Poderes, que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo se empenhem constantemente na interpretação constitucional. Ademais, a tarefa de interpretar a Constituição não está adstrita somente aos Poderes estatais, abrangendo outros atores relevantes, como movimentos sociais ou o próprio cidadão, no que se denomina de abertura pluralista da interpretação constitucional. Essa abertura aos intérpretes da Constituição é fator de grande relevância para a legitimação democrática da interpretação constitucional. Sobre o tema cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. In: *Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais*, v. 11, n. 60, 2014.

⁵⁶¹ LEGALE, Siddharta. *Standards: O que são e como criá-los?*. Op. cit., p. 32.

⁵⁶² LEGALE, Siddharta. *Standards: O que são e como criá-los?*. Op. cit., p. 33.

⁵⁶³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. Op. cit., p. 221.

⁵⁶⁴ LEGALE, Siddharta. *Standards: O que são e como criá-los?*. Op. cit., p. 36.

Mas não é só. Os *standards* judiciais bem desenvolvidos e aplicados ajudam inclusive na concretização de uma prestação judicial mais célere, justa e efetiva, na medida em que reduzem a necessidade de que seja feito todo o processo de argumentação e fundamentação de decisões sobre um mesmo tema. Além do que, auxiliam na tomada de uma postura de coerência por parte do Judiciário, no que fomenta a confiança e boa fé dos jurisdicionados. Outro fato de extrema importância é que a prática de argumentação por meio de *standards*, assim como as que devem se valer necessariamente de precedentes vinculantes, facilitam o controle intersubjetivo e social das decisões judiciais que os utilizem ou deixem de utilizar. Portanto, a aplicação judicial de *standards* desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, na medida em que diminuem a incerteza que circunda as ponderações concretas, tendem a contribuir para a redução sobre o resfriamento indevido que pode advir do ordenamento jurídico e de sua aplicação. Por fim, vale a pena mencionar que desenvolvimento de parâmetros e orientações precisas, especificamente em se tratando de liberdade de expressão, trariam duas vantagens complementares: (i) a de possibilitar uma avaliação de uma forma mais ampla e geral das decisões judiciais sobre a liberdade de expressão e não apenas de acordo com particularidades do caso concreto e (ii) criar – a partir dos ônus argumentativos que impõem – uma presunção favorável para fins de tutela da liberdade de expressão, em que o seu afastamento por parte do aplicador do direito seria mais difícil⁵⁶⁵.

Todavia, repita-se, a adoção de *standards* judiciais não implica em recair em uma indevida imutabilidade das relações de precedência condicionada ou o exercício abusivo da jurisdição na seara legislativa. Ao contrário, dado o dever de consistência e integridade nas atividades judicantes, traça-se a necessidade de ônus argumentativos daquele que devida por afastar uma dada orientação já fixada. Assim como ocorre com os precedentes judiciais, seria preciso demonstrar argumentativamente a ocorrência de um *distinguishing* ou *overruling*⁵⁶⁶ para a superação de um *standard*.

Diante do exposto, percebe-se que a fixação de critérios de valoração ou fundamentação de precedências condicionadas é um passo essencial para conferir ao processo

⁵⁶⁵ TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte americano. In: Universitas JUS, v. 27, n.1, 2016, p. 184-185.

⁵⁶⁶ O *distinguishing* – ou distinção entre casos – trata-se da indicação de que um dado caso concreto, por alguma particularidade, não se amolda totalmente ao precedente suscitado e, por esta razão, merece solução diversa. Ou seja, constitui-se como autêntica exceção. Já o *overruling* trata-se de uma das formas possíveis de superação dos precedentes judiciais, hipótese na qual há a revogação completa em razão de uma regra posterior. Sobre o tema da forma de superação dos precedentes judiciais v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Op. cit., p. 234-236.

de ponderação, especialmente aquela levada a cabo pelo poder Judiciário, maior racionalidade. Busca-se com isso um reforço à argumentação jurídica – ou melhor, o estabelecimento de ônus argumentativos claros – do intérprete que se veja diante de uma inevitável colisão entre direitos fundamentais, evitando-se assim tanto decisões judiciais pautadas por um decisionismo, quanto o manejo inconsistente e metodologicamente equivocado do sopesamento, de forma a reduzir qualquer o nível de incerteza nos processos judiciais.

4.3.2. A posição doutrinária e jurisprudencial. Alguns *standards* no direito nacional e comparado atinentes à liberdade de expressão.

Talvez o *standard* pioneiro nas colisões envolvendo a liberdade de expressão foi aquele desenvolvido no ordenamento jurídico norte-americano: o do perigo claro e iminente (*clear and present danger*). Conforme já mencionado no primeiro capítulo, tem a sua origem no voto dissidente do justice Oliver Wendell Holmes Jr., da Suprema Corte Americana no caso *Schenk vs. United States*, de 1919⁵⁶⁷. A ideia subjacente era justamente legitimar certas restrições sobre a liberdade de expressão, apesar de buscar trazer um grande ônus argumentativo para a sua legitimidade – o perigo claro e iminente. Isso porque, naquele contexto percebeu-se que tal liberdade não poderia se constituir como um direito absoluto⁵⁶⁸.

O referido parâmetro judicial ainda teria os méritos de uma relativa precisão, ao menos em sua formulação abstrata⁵⁶⁹. O seu sentido seria basicamente o de limitar o discurso apenas quando dirigidos diretamente à produção de comportamentos ilegais e que tal resultado fosse provável. Mas não apenas o parâmetro do *clear and present danger* foi desenvolvido pela jurisprudência norte-americana. Além disso, haveria um princípio forte aplicado também em relação a restrições prévias, segundo o qual o Estado deve demonstrar inequivocamente que

⁵⁶⁷ 249 U.S. 47 (1919). Para um resumo das circunstâncias do referido precedente v. JENSON. Carol E. *Schenck v. United States*. In: HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B (Edt.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 885-886.

⁵⁶⁸ Apesar de contar com uma tutela bastante robusta – talvez mais ampla que em qualquer outra parte do mundo – a ideia de que a 1ª Emenda à Constituição americana, que assegura que “o Congresso não aprovará nenhuma lei restringindo a liberdade de expressão”, seja absoluta é minoritária mesmo naquela realidade. Na Suprema Corte Americana foi defendida, por exemplo, por justices como Hugo Black e J.J. Douglas. A maior parte da doutrina, ao revés, reconhece amplamente a possibilidade de restrições judiciais ou legislativas à liberdade de expressão. E é nesse sentido que deve ser compreendido o parâmetro do *clear and present danger*: a despeito da sua relevância ímpar, a liberdade de expressão não pode se constituir como um direito absoluto. A esse respeito, cf. BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 49.

⁵⁶⁹ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 50.

caso não seja adotada a ordem questionada (restrições prévias), sofrerá danos diretos, imediatos e irreparáveis⁵⁷⁰.

Acrescente-se que, no ordenamento jurídico norte-americano, o sopesamento em demandas envolvendo o conteúdo da liberdade de expressão se pauta, em regra, pelo *strict scrutiny* (escrutínio estrito)⁵⁷¹, o que acaba se constituindo como uma relevante diretriz jurisprudencial. Por meio do *strict scrutiny*, leis questionadas devem perseguir objetivos ou interesses persuasivos (*compelled interest*) e que os meios utilizados devem ser quase que perfeitamente adequados a eles (*narrow tailored*)⁵⁷². Além do que, o ônus da prova do “*compelled interest*” e de sua perfeita adequação recairia exclusivamente sobre o Governo⁵⁷³. E nesse sentido, diversos são os interesses persuasivos que poderiam ser balanceados com a liberdade de expressão, como a ordem pública e decência, a segurança nacional, os direitos atinentes à reputação e os direitos relativos a julgamentos justos. Diante do paradigma da posição preferencial da liberdade de expressão, defendida do capítulo 1, o processo ponderativo no direito brasileiro, pode se valer de considerações a respeito de um escrutínio mais estrito, como será apontado no próximo tópico.

⁵⁷⁰ Esse parâmetro é enunciado por Eric Barendt referente ao caso julgado pela Suprema Corte Americana conhecido como “*Pentagon Papers*”, 403 U.S. 713 (1971). Além disso, o autor considera que o *actual malice*, previsto pela primeira vez no caso *New York Times Co. vs. Sullivan* 376 U.S. 254, 265 (1964) – que será estudado no próximo capítulo – também seria um *standard* judicial. Deve-se aqui esclarecer que preferiu-se não inclui-lo aqui por entender que está mais vinculado a uma diretriz jurisprudencial de responsabilização e distribuição de ônus probatórios.

⁵⁷¹ Na jurisprudência norte-americana existem pelo menos três níveis de intensidade de controle, também denominados de *standards of review*, que revelam em seu conteúdo o grau de deferência que deve ser dado às escolhas dos poderes majoritários. Assim, em primeiro lugar há o *strict scrutiny*, o nível mais intenso e rígido de controle, segundo o qual há quase que uma inversão da presunção de constitucionalidade de medidas que interfiram ou restrinjam certos direitos e liberdades, de modo que há uma probabilidade maior de declaração de inconstitucionalidade. Em segundo lugar, há o *intermediate scrutiny*, que justamente se coloca entre o controle mais rígido e o menos rígido, e que tem como parâmetro a necessidade de a medida normativa questionada fomentar importante interesse estatal, relacionando-se com este de maneira substancial. Por fim, há também o *rational basis review*, por meio do qual a medida estatal deve demonstrar pura e simplesmente a relação racional existente entre um objetivo estatal legítimo e a medida restritiva adotada. Por essa última modalidade, maior deferência é atribuída pelo Judiciário ao Legislador, em respeito ao princípio democrático, sendo a regra geral no direito norte-americano. NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional*. Op. cit., p. 181-185.

⁵⁷² FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Op. cit., p. 128.

⁵⁷³ SIEGEL, Stephen A. *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*. In: *The American Journal of Legal History* 48(4) · August 2006, p. 57. Embora seja amplamente referido que a origem remota do *strict scrutiny* seja a nota de rodapé n. 4 do voto do justice Stone no caso *Carolene Products*, em que se falava em um controle mais robusto sobre medidas que interferissem em certos direitos, o autor destaca que o maior desenvolvimento teórico da doutrina teria ocorrido justamente em casos envolvendo a Primeira Emenda à constituição norte-americana nas décadas de 1950 e 1960, portanto, em discussões envolvendo a liberdade de expressão. Idem, p. 59-63.

Todavia, é preciso destacar que o ordenamento jurídico norte-americano não se resume apenas à aplicação simplista dos referidos parâmetros⁵⁷⁴. Na verdade, a jurisprudência da Suprema Corte, através de um profundo processo reflexivo sobre as diversas formas de discurso e as diversas colisões com outros direitos e restrições estatais, criou um intrincado e complexo sistema de proteção à liberdade de expressão⁵⁷⁵. Verifica-se naquele contexto uma tentativa de categorização ampla de discursos protegidos e não protegidos, o que para alguns se assemelharia a um processo de codificação dessa liberdade fundamental⁵⁷⁶.

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão também é proeminente em casos de balanceamento da liberdade de expressão com outros direitos, e, por conseguinte, no desenvolvimento de parâmetros para casos futuros. Além da diferença da postura quanto ao peso do direito em si – para o tribunal alemão a liberdade de expressão deve ser apreendida em pé de igualdade com os demais direitos fundamentais – deve-se destacar que o artigo 5º da Lei Fundamental alemã, que prevê a liberdade de expressão, é muito mais detalhada que a Constituição norte-americana, o que por si só já funciona como importante diretriz na ponderação judicial⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Em estudos abrangentes sobre a jurisprudência da Suprema Corte Americana Felipe Mendonça Terra sistematiza ao menos três espécies de parâmetros judiciais. O primeiro, o parâmetro geral, seria justamente o que se orienta no sentido de criar maiores ônus argumentativos (*strict scrutiny*) para restrições estatais que toquem no conteúdo de determinada expressão, ao mesmo tempo em que restrições neutras (local, tempo e maneira) estariam sujeitas ao escrutínio intermediário. Posteriormente, contudo, dada a abrangência desse parâmetro geral, o mesmo foi temperado a partir da legitimação de distinções entre restrições sobre a matéria e restrições sobre os pontos de vista. As primeiras, que atingiriam todo um campo de discussões, ao contrário das segundas, não implicariam em discriminações sobre pontos de vistas específicos, razão pela qual devem ser submetidas à mesma intensidade de controle de restrições neutras. Em segundo lugar, a Suprema Corte desenvolveu parâmetros paralelos. Ou seja, são parâmetros que não substituem os parâmetros gerais, mas podem legitimar uma menor deferência da Corte às restrições estatais com base em outros argumentos, como por exemplo, a superinclusividade da medida (*overbreadth*), a vagueza das disposições estatais (*vagueness*), a vedação à censura prévia (*prior restraints*) e a motivação estatal. Por sua vez, análises sobre efeitos secundários das leis também já foram tecidas para a manutenção de medidas estatais, sobretudo em relação a restrições de caráter neutro. Por fim, o autor cita a existência de parâmetros aplicáveis somente em colisões específicas – e que em alguma medida já foram realçados ao longo do trabalho – como, por exemplo, o *clear and present danger*, em torno de discursos subversivos, um patamar de menor proteção ao discurso comercial, o parâmetro do precedente *Miller v. California* para a obscenidade, o parâmetro da malícia real (*actual malice*) para a difamação e a diferenciação de espécies de locais públicos, a fim de fossem toleradas certas restrições em certos ambientes. TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte americano. Op. cit., p. 169-180.

⁵⁷⁵ TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte americano. Op. cit., p. 181.

⁵⁷⁶ SCHAUER, Frederick. *Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. Faculty Publications*, 884, 1982, p. 308-317.

⁵⁷⁷ O referido dispositivo possui a seguinte redação: “Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da

Uma vez que o elemento decisivo na jurisprudência Tribunal Constitucional alemão é a dignidade da pessoa humana, por vezes as suas decisões se aproximam de uma ponderação *ad hoc*⁵⁷⁸. No entanto, algumas diretrizes foram estabelecidas pela Corte, sobretudo em casos relacionados à privacidade e à honra, que podem influir na compreensão dos *standards* que serão propostos a seguir. Assim, pode-se dizer que há uma presunção em favor da liberdade de expressão em torno de discussões e publicações de cunho político e questões de debate contemporâneo, além do que, opiniões possuem uma proteção maior do que alegações de fato⁵⁷⁹. Além disso, nessas colisões também se atribui relevância ao contexto em que a expressão foi emitida, a personalidade pública dos envolvidos e a malícia das expressões desferidas.

Por sua vez, algumas valiosas lições podem ser extraídas do Direito Australiano. Como afirmado no capítulo anterior, no precedente *Lange v. Australia Broadcasting Corporation* a Alta Corte teceu considerações e preocupações a respeito de *chilling effects* que ações por difamação poderiam causar sobre a liberdade de expressão. É preciso destacar que no referido precedente a Corte clarificou parâmetros que já haviam sido desenvolvidos anteriormente em sua jurisprudência⁵⁸⁰. O caso é paradigmático naquele ordenamento jurídico uma vez que consolidou a necessidade de que todo o direito infraconstitucional fosse alinhado com a liberdade de expressão política, uma vez que seria uma consequência do regime político adotado pela Constituição da Austrália, inclusive elaborando um teste para verificar eventuais violações daquela. Todavia, mais do que isso estabeleceu um parâmetro amplo de defesa (*qualified privilege*) para matérias jornalísticas relativas a assuntos políticos e governamentais.

Assim, sobretudo com embasamentos de ordem democrática e interesse público o precedente sistematizou o que deveria ser entendida por “publicação razoável”, que ensejaria a legitimidade da liberdade de expressão, ainda que as informações veiculadas não fossem

honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição”. Tradução disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

⁵⁷⁸ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 63.

⁵⁷⁹ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 63.

⁵⁸⁰ Eric Barendt afirma que o primeiro caso relevante no tema seria *Theophanous v. Herald & Times Ltd.* (1994) 182 CLR 104, a partir do qual foi reconhecida a liberdade de expressão na modalidade política como decorrente da Constituição. Nesse precedente específico, houve um esforço em delimitar-se o que deveria ser entendido por liberdade de expressão política, que acabou abrangendo as possibilidades de privilégios qualificados (*qualified privileges*) como forma de defesa em processos de difamação, que apesar de então previstas na Seção 22 do *Defamation Act* de 1974, eram interpretadas de maneira muito restrita. A partir desse precedente, passou-se a entender no ordenamento australiano a existência de um dever de a mídia publicar assuntos políticos ao mesmo tempo em que o público possuiria um interesse em receber as informações (*duty-interest*). CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie*, op. cit., p. 191-193.

verdadeiras. Assim, tal parâmetro se desdobraria na necessidade de avaliar se o demandado, se expressando em termos de discurso político ou de interesse público, possuía bases razoavelmente sólidas em acreditar que as suas alegações eram verdadeiras, se o mesmo seguiu os passos apropriados para checar a precisão da informação e se houve a tentativa de obter e publicar a versão do ofendido⁵⁸¹⁵⁸².

Da mesma forma, o Direito Inglês pode ser citado nesse particular. Também foi visto no capítulo anterior que a jurisprudência inglesa trouxe indagações expressas em termos de *chilling effects* em *Reynolds v. Times Newspapers*. O referido precedente alterou o então padrão jurisprudencial daquele ordenamento jurídico no sentido de que, em regra, seria preciso que o réu em processos de difamação provasse a verdade do que havia manifestado. Ante a impossibilidade de o jornal, no caso concreto, provar que as suas alegações não eram falsas a Casa dos Lordes entendeu que, em algumas circunstâncias, haveria espaço para um privilégio qualificado (*qualified privilege*) para mídia em relação à publicação de informações imprecisas⁵⁸³.

Nesse sentido, a Corte afirmou inicialmente que todas as circunstâncias capazes de determinar se a publicação era valiosa para o público deveriam ser levadas em conta, o que dependeria, ao mesmo tempo, da qualidade do conteúdo e da matéria veiculada. Isto é, deveria ser atribuída uma adequada proteção aos interesses reputacionais, de forma que para que a matéria pudesse efetivamente se beneficiar do *qualified privilege* seria necessária a satisfação de elementos objetivos. Assim, em um segundo momento, a *House of Lords* lançou

⁵⁸¹ É interessante notar que Cláudio Chequer aborda os três parâmetros do precedente Lange em outros termos, ainda que com sentido semelhante. Assim, seriam equivalentes, respectivamente, que “(a) o responsável pela matéria não tenha conhecimento a respeito da falsidade do material publicado; (b) que ao publicar o material, o responsável não aja com negligência em relação à veracidade da matéria a ser publicada; e (c) que seja dada oportunidade à pessoa atingida pela reportagem para contar sua versão sobre os fatos, desde que haja essa possibilidade”. CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*, op. cit., p. 200.

⁵⁸² BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 211-212. Segundo o autor, esse seria um parâmetro “intermediário” que combinaria elementos de uma ponderação pautada em parâmetros rígidos (*definitional balancing*) e flexíveis.

⁵⁸³ Conforme sistematiza Cláudio Chequer, pela lei inglesa existiriam apenas algumas defesas possíveis contra ações de difamação como as *justifications*, em que seriam trazidas provas da verdade da declaração, o *fair comment* em matérias de interesse público, que se refere, sobretudo, a comentários opinativos, mas não de declarações de fato e o privilégio. Para os interesses da presente seção, o privilégio é a defesa por meio da qual o acusado lança mão, para fins de que a presunção de difamação ceda e o demandante tenha que provar a malícia de suas alegações. Nesse sentido, os privilégios estariam associados ao binômio *duty-interest*, isto é uma avaliação de que o emissor das expressões tinha um dever de relatar as suas informações e que o receptor da mensagem tem o interesse em recebe-la. No caso em questão, a *House of Lords* entendeu que a atuação da mídia em assuntos de interesse público, uma vez que atenderia exigências do *duty-interest*, seria qualificada como uma espécie de privilégio. CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*, op. cit., p. 176-177.

diretrizes e *standards* sobre o que deveria ser considerado um “jornalismo responsável” para esses fins, como por exemplo, a seriedade das alegações, a medida pela qual o assunto tratado é de interesse público, os passos para a checagem e verificação e se buscou-se a versão do retratado na matéria⁵⁸⁴.

É interessante notar que em *Loutchansky v. Times Newspaper (No. 2)*, precedente posterior à *Reynolds*, a Corte de Apelações considerou que os *standards* do jornalismo responsável não poderiam ser alçados a um patamar muito rígido ou elevado, de modo que remeteu o caso à instância inferior para que realizasse um exame adequado do *standard* do jornalismo responsável⁵⁸⁵. Isso porque caso os padrões de conduta que o Judiciário entendesse pertinentes aos jornalistas fossem muito exigentes isso provocaria uma dissuasão indevida sobre a liberdade de expressão em assuntos de interesse público, portanto, um ilegítimo *chilling effect*. Dessa forma, seria preciso que as Cortes estivessem sempre atentas aos impactos de suas decisões sobre a mídia em geral, a fim de não causar um indevido resfriamento⁵⁸⁶.

Nesse particular, também é válido destacar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol. Segundo Edilson Pereira Farias a jurisprudência espanhola, diante de colisões entre “direitos da personalidade” e a liberdade de expressão e de informação possui ao menos três fases distintas de orientações⁵⁸⁷. A primeira seria denominada de fase da exclusão, de acordo com a qual, a partir de uma interpretação meramente literal da disposição constitucional que alçava direitos da personalidade como limites à liberdade de expressão, havia certa margem de preferência para os primeiros. A segunda fase, denominada de “necessária ponderação”, se inicia com a sentença 104/86, na qual o Tribunal Constitucional

⁵⁸⁴ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 220. Cláudio Chequer afirma que ao todo a Corte teria trazido uma lista não exaustiva composta por dez diretrizes para a avaliação se uma matéria deve ou não ser protegida pelo privilégio qualificado, que podem ser assim enumeradas: (i) seriedade das alegações, que se assemelharia à veracidade; (ii) natureza da informação e a medida pela qual o assunto veiculado é de interesse público; (iii) a fonte de informação; (iv) os passos tomados para a verificação; (v) o *status* da informação; (vi) a urgência da matéria; (vii) a oportunidade de o outro lado ter apresentado informações; (viii) se o artigo contém a versão do querelante; (ix) o tom do artigo; (x) as circunstâncias da publicação, como por exemplo, o *timing*. CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie*, op. cit., p. 180

⁵⁸⁵ O caso foi oriundo de publicação de matérias no jornal Times a respeito de cidadão de nacionalidade russa e israelita que teria sido apontado pela CIA como autor de práticas criminosas internacionais, especialmente lavagem de dinheiro e contrabando de armas nucleares. Diante da reportagem, Grigori Loutchansk ingressou com ação por difamação contra o jornal, na qual este restou condenado em uma primeira decisão. A despeito de a Corte de Apelação ter determinado um novo exame em Primeiro Grau, o jornal ainda assim foi condenado, sobretudo em razão de a reportagem não ter trazido a versão do ofendido.

⁵⁸⁶ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Op. cit., p. 221.

⁵⁸⁷ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 144.

alude que os direitos da personalidade não são meramente limites à liberdade de expressão, mas autênticos direitos fundamentais de estatura constitucional, que ao entrarem em rota de colisão devem necessariamente dar lugar à ponderação casuística. Por fim, na terceira fase, denominada de regime de concorrência normativa, que, a partir de influências da jurisprudência norte-americana, passa a conceber a liberdade de expressão a partir de uma posição preferencial⁵⁸⁸.

A partir de uma análise da jurisprudência espanhola poder-se-ia então conceber os seguintes parâmetros ou etapas para realização da ponderação. Primeiramente, há a análise se trata-se de expressão ou informação, ou leva-se em consideração o elemento predominante caso ambas estejam imbricadas (sentença 6/88; sentença 107/88; sentença 104/86), uma vez que o limite para as expressões (opiniões ou ideias) seria a injúria ou a carência de interesse para a opinião que se difunde, enquanto que a difusão de informações tem como limite a veracidade e a diligência do informador. Em segundo lugar, estabelece-se a natureza pública ou privada da pessoa afetada, para fins de atendimento da opinião pública (sentença 165/87). Em terceiro lugar, leva-se em conta o veículo através do qual a informação foi transmitida (sentença 165/87). Em quarto lugar, na necessária ponderação, deve-se levar em conta o peso dos direitos da personalidade e a possível afetação de seus respectivos núcleos essenciais (sentença 11/81). Em quinto lugar, deve-se atentar para a avaliação dos danos e prejuízos, materiais e morais, que podem ser causados. Por último, após a realização da ponderação, necessariamente o Tribunal deverá realizar a sua revisão, para verificar o atendimento de princípios constitucionais e critérios anteriormente elucidados (sentença 107/88)⁵⁸⁹.

Na jurisprudência pátria, o Min. Roberto Barroso, na posição de relator da reclamação 22.328, já teve a oportunidade de decidir com base em parâmetros que anos antes já havia proposto em trabalhos acadêmicos⁵⁹⁰. Todavia, não se pode categoricamente afirmar que essa seja a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, uma vez que trata-se

⁵⁸⁸ FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Op. cit., 1996, p. 144-145.

⁵⁸⁹ FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Op. cit., p. 146.

⁵⁹⁰ Os critérios serão apresentados a seguir, mas transcreva-se o seguinte trecho da aludida decisão: “No estudo acima referido, defendi a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Ao menos uma boa parte desses parâmetros parece ter sido acolhida pelo STF ao julgar a ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, no acórdão ora invocado como paradigma”.

apenas de um caso isolado, decidido pela 1ª Turma da Corte. Apesar disso, espera-se que critérios ponderativos sejam fixados por ocasião do julgamento do RE 662.055⁵⁹¹, que conta com repercussão geral reconhecida, conforme destacado no capítulo 2.

Além do mais, conforme demonstrado no capítulo anterior, ainda que de maneira não tão sistemática ou até mesmo caótica, o STJ costuma aplicar por vezes alguns *standards* ponderativos. De uma forma geral, a jurisprudência da Corte admite amplamente a veracidade dos fatos no processo ponderativo. No entanto, é possível verificar também que a Corte se vale de forma casuística – especialmente na forma de votos isolados – para a solução de casos envolvendo a liberdade de expressão ou a Liberdade de Imprensa dos parâmetros local do fato⁵⁹², personalidade do retratado⁵⁹³, dentre outros⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ O relator do referido Recurso Extraordinário é o Min. Roberto Barroso. Esse caso foi analisado em maiores detalhes no capítulo 2, quando do estudo da jurisprudência do STF sobre a liberdade de informação jornalística.

⁵⁹² Nesse sentido ver: REsp 1449082 / RS, que possui a seguinte ementa: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITO À IMAGEM. DIVULGAÇÃO, EM JORNAL, DE FOTOGRAFIA DE PESSOA SEM SUA AUTORIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 403/STJ. DIVULGAÇÃO QUE NÃO TEVE FINALIDADE ECONÔMICA OU COMERCIAL, MAS INFORMATIVA. AUTOR FOTOGRAFADO EM PARQUE PÚBLICO EM MEIO A MANIFESTAÇÃO POLÍTICA. 1. A divulgação de fotografia em periódico, tanto em sua versão física como digital, para ilustrar matéria acerca de manifestação popular de cunho político-ideológico ocorrida em local público não tem intuito econômico ou comercial, mas tão-somente informativo, ainda que se trate de sociedade empresária. Inaplicabilidade da Súmula 403/STJ. 2. Não viola o direito de imagem a veiculação de fotografia de pessoa participando de manifestação pública, inclusive empunhando cartazes, em local público, sendo dispensável a prévia autorização do fotografado, sob pena de inviabilizar o exercício da liberdade de imprensa. 3. Interpretação sistemática e teleológica do disposto no art. 20 do Código Civil. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO”.

⁵⁹³ AgRg no AREsp 127467 / SP, que possui a seguinte ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. CRÍTICA FORMULADA CONTRA SERVIDORA PÚBLICA. ATUAÇÃO DE PROCURADORA EM DEMANDA JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. VALORAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO BEM DELINEADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSOS DA PARTES RÉS PROVIDOS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. PREJUDICADO O APELO DA PARTE AUTORA. 1. A análise da controvérsia prescinde de reapreciação do conjunto fático-probatório, bastando a valoração de fatos perfeitamente admitidos pelas partes e pelo órgão julgador, atribuindo-lhes o correto valor jurídico. Na hipótese, a questão controvertida está bem delineada no acórdão recorrido, razão pela qual não há incidência do enunciado da Súmula 7/STJ. 2. As pessoas consideradas públicas estão sujeitas a maior exposição e suscetíveis a avaliações da sociedade e da mídia, especialmente os gestores públicos de todas as esferas de poder, mesmo quando envolvidos em processos judiciais - que, em regra, não correm em segredo de justiça - como partes, procuradores ou juízes. 3. No caso dos autos, o jornalista apresentou sua opinião crítica acerca dos argumentos utilizados pela Procuradora da Fazenda Nacional na contestação apresentada pela União em autos de ação declaratória movida por Inês Etienne Romeu, sem, contudo, atingir a honra e a imagem da autora. 4. A ponderação trazida pelo articulista procura rechaçar a tese alegada pela União de se exigir a identificação dos responsáveis pela prática de tortura dentro da chamada "Casa da Morte". Para isso, faz uma análise crítica da atuação da procuradora, mas sem transbordar os limites da garantia de liberdade de imprensa, a ponto de configurar abuso de direito. 5. Agravo regimental provido, para conhecer do agravo e dar provimento aos recursos especiais interposto por Empresa Folha da Manhã S.A. e Elio Gaspari, para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Prejudicado o apelo apresentado pela parte autora”.

⁵⁹⁴ Para maiores detalhes do levantamento jurisprudencial feito pela autora cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. In: *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013.

Na doutrina pátria dois autores se debruçaram com maior afinco no desenvolvimento de parâmetros para as colisões concretas envolvendo a liberdade de expressão. Embora analisando a liberdade de expressão referente à questão dos discursos de ódio, Daniel Sarmiento propõe *standards* ponderativos, alguns dos quais plenamente adaptáveis ao contexto da colisão com os direitos da personalidade. Assim, podem ser aqui citados os seguintes parâmetros elaborados pelo autor. Em primeiro lugar, deveria haver uma maior tolerância por excessos comunicativos dos integrantes de minorias historicamente oprimidas do que os de grupos hegemônicos atacando minorias. Em segundo lugar, a categoria do *hate speech* não deveria ser banalizada. Ou seja, apenas manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito estariam abrangidas pelo conceito. Em terceiro lugar, quando a liberdade de expressão vier associada à liberdade religiosa deveria assumir maior peso. Em quarto lugar, igualmente não se pode ignorar o valor artístico, teórico ou científico de uma obra como um todo. Em quinto lugar, deve-se atentar para a composição do auditório, como por exemplo, com uma maior preocupação em relação aos discursos de ódio dirigidos a crianças e adolescentes. Em sexto lugar, deve-se tomar como relevante o meio empregado para a divulgação da expressão⁵⁹⁵.

Por fim, como adiantado, Luís Roberto Barroso realizou uma análise minuciosa da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, propondo parâmetros específicos para essa relação⁵⁹⁶. Em verdade, em sua exposição o autor afirma que tais parâmetros seriam elementos constitucionais que “devem mapear o caminho que deve ser percorrido pelo intérprete⁵⁹⁷”. Assim, enumera que nessa colisão específica devem ser levados em conta a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou privada da pessoa retratada, o local do fato, a natureza do fato, a existência em tese de interesse público na divulgação do fato, a existência de interesse público

Disponível em: <<http://civilistica.com/honra-liberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>. Data de acesso: 08.10.2018.

⁵⁹⁵ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. Op. cit., p. 55-58.

⁵⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004; BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: Temas de direito constitucional – tomo III. – 2ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Op. cit., p. 25

na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos e a preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação⁵⁹⁸.

4.3.3. *Standards* propostos.

Diante do exposto, percebe-se que o tema aqui tratado apesar da extrema complexidade – a criação de *standards* específicos –, é algo que já exsurge como algo natural na práxis jurisprudencial e doutrinária. A partir de uma simples leitura do pequeno acervo exemplificativo no tópico anterior, os parâmetros para a colisão entre Liberdade de expressão e de Imprensa e direitos da personalidade costumam ter um “denominador em comum”, ainda que as soluções concretas de cada ordenamento jurídico não sejam completamente semelhantes ou previstas nas mesmas intensidades. Esse denominador comum é justamente a busca por soluções – repita-se, ainda que variadas – que tutelem certas matérias ou conteúdos na atividade jornalística, sobretudo aqueles que possam ser revestidos de um interesse público ou político. Assim, com base nesse “denominador comum”⁵⁹⁹, serão propostos a seguir, com apoio nos desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência, parâmetros jurisprudenciais a guiar o intérprete na referida colisão específica e a ordenação de sua aplicação. É de se observar que serão igualmente sugeridas perguntas que o intérprete deve retoricamente buscar responder para fins de melhor se desincumbir dos ônus argumentativos.

Por fim, observe-se que por mais que não sejam incomuns esforços na busca pela maior precisão possível na matéria no sentido de se tentar esgotar todas as possibilidades em termos de ponderação – e *standards* –, a solução aqui não se pautará por sugerir um número excessivo ou apenas exemplificativo de parâmetros. Na verdade, buscar-se-á tecer uma proposta mais humilde e simplificadora e que, por essa razão, possa ser melhor compreendida na prática. Isso porque, a criação de um número excessivo de parâmetros traz algumas desvantagens diretas. A primeira é de tornar a aplicação dos próprios parâmetros menos flexível, o que à luz das peculiaridades do caso concreto pode se mostrar uma consequência insatisfatória, a despeito de uma aparente maior certeza. Todavia, mais problemático é que essa certeza é apenas aparente. Isso porque quanto maiores forem as complexidades das soluções jurídicas propostas, maiores tendem a ser as dificuldades de compreensão sobre a

⁵⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Op. cit., p. 117.

⁵⁹⁹ Como apontado acima, mesmo no direito alemão, que tende a se pautar pela ponderação *ad hoc* não são ignoradas as importância de assuntos de interesse público em determinadas ponderações.

sua aplicação concreta, especialmente na ótica de particulares que não possuem formação jurídica, como é o caso de muitos jornalistas. Conseqüentemente isso pode implicar em um grande potencial dissuasório e resfriador sobre as suas atividades.

A partir dessas considerações propõe-se a aplicação da ponderação em duas etapas. A primeira é que o aplicador do direito indique argumentativamente que o ponto de partida teórico para a sua decisão levou em consideração ou não a posição preferencial da liberdade de expressão (aspecto teórico da ponderação). Nesse sentido, o intérprete deverá se desincumbir de um elevado ônus argumentativo para afastar de plano o peso pré-ponderativo maior das liberdades comunicativas. A dúvida deverá pender em favor da liberdade de expressão. Uma vez reconhecida a posição preferencial, o intérprete deverá, conseqüentemente, pautar toda a sua subseqüente fundamentação a partir de um escrutínio mais rigoroso, inclusive no momento de aplicação de sanções ou conseqüências jurídicas.

A partir desse delineamento teórico inicial é que serão efetivamente aplicados os *standards* jurídicos propostos. É de se observar que, mesmo considerando a posição preferencial da liberdade de expressão os parâmetros a seguir podem, caso não satisfeitos no caso concreto, servir justamente como reforço argumentativo para a superação do aspecto teórico que deve pautar a ponderação, evidenciando assim a legitimidade da prevalência dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão em termos amplos.

Nesse sentido, o primeiro parâmetro que deve ser examinado em ordem de preferência pelo intérprete do direito é o conteúdo propriamente dito da matéria jornalística ou da natureza dos fatos objeto da reportagem, tal qual adotado no ordenamento jurídico da Austrália, por exemplo. Todavia, ao contrário daquele ordenamento jurídico não apenas assuntos de interesse político demandam um peso diferenciado na balança da ponderação, mas todos os assuntos que possam ser qualificados em termos amplos como de interesse público. Aqui deve ser considerado que conteúdos de interesse público contam quase com uma presunção em torno da legitimidade de sua publicação. Apenas excepcionalmente assuntos de interesse público poderão ter a sua publicação tida como não legítima. Sabe-se que há uma grande dificuldade conceitual em torno do “interesse público”. No entanto, aqui não é preciso haver maiores discussões teóricas sobre o tema, bastando mencionar que conteúdos de interesse público, de forma exemplificativa, envolvem questões atinentes à Administração Pública, aos servidores públicos, atos e manifestações políticas, ocorrência de ilícitos penais e administrativos, tramitação de processos judiciais não cobertos pelo segredo de justiça,

fenômenos e infortúnios naturais e atos privados com elevado impacto social. Todavia, este parâmetro não tem a pretensão de engessar o conceito “interesse público”. Dessa forma, será lícito que o interesse público seja apreendido de forma dinâmica pelas Cortes, desde que demonstrada argumentativamente a sua qualificação como interesse público ou interesse privado. Portanto, as perguntas que devem ser formuladas são: “a matéria veiculada é envolta de interesse público?”, “ainda que se trate de interesse público, há alguma exceção constitucional à regra de sua publicidade?” e “ainda que o interesse seja privado, os seus impactos sociais justificam a sua publicidade?”.

O segundo parâmetro que deve ser destacado é o referente à natureza da personalidade da pessoa retratada. É certo que existe uma dicotomia amplamente defendida entre “pessoas públicas” e “pessoas privadas”. Essa também não é uma dicotomia propriamente rígida, entretanto devem ser presumidas como pessoas públicas os agentes estatais no exercício de suas funções e as pessoas célebres em razão do seu nicho específico de atividades. Reconhece-se, nesse particular, que pessoas públicas, por imperativo de suas atividades, seja pela natureza do ofício ou dos fatos que as circundam, seja por uma questão de promoção puramente pessoal ou ainda por uma necessidade de escrutínio social, estão sujeitas a maiores níveis de crítica e exposição pública⁶⁰⁰. Por essa razão, apesar de os direitos da personalidade – honra, intimidade e imagem – das pessoas públicas não serem abolidos com a sua notoriedade, é inequívoco que a sua amplitude tende a ser reduzida em comparação com as pessoas privadas. Ademais, deve-se buscar com o presente parâmetro contornar o discurso meramente retórico utilizado por algumas Cortes brasileiras de que as figuras públicas devem suportar maiores níveis de críticas, sem que isso implique em fator decisivo para a ponderação. Consequentemente, os ônus argumentativos devem ser maiores para afastar a qualidade de pessoa pública de alguém seja presumidamente qualificado com tal. Assim, pode-se formular o seguinte questionamento: “a matéria jornalística é justificável em razão da natureza da personalidade do retratado?”.

Em terceiro lugar, sobretudo a partir de influências do direito inglês e do direito australiano e do que foi desenvolvido no capítulo 2 deste trabalho, propõe-se o parâmetro que aqui se denomina de equilíbrio da matéria jornalística. Em síntese busca-se aferir algo próximo às concepções de “jornalismo responsável” ou de uma “publicação razoável”. O fundamento para o presente *standard* é justamente o fato de que a atividade jornalística se

⁶⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Op. cit., p. 97.

pauta, em sua essência, por um conjunto de padrões deontológicos, que estabelecem, em linhas gerais, diretrizes para o seu bom e adequado exercício. Por conseguinte, isso decorre das considerações de que, além da liberdade editorial, os jornalistas tem de observar o seu dever de lealdade para com a sociedade – ou seja, levar em conta os interesses dos receptores das mensagens de serem adequadamente informados – e também evitem causar danos ilegítimos e desproporcionais aos indivíduos retratados em suas matérias. Em síntese, são considerações que devem ingressar na atividade ponderativa a fim de efetivamente conciliarem a liberdade com a responsabilidade.

Para fins de ordenar metodologicamente a aplicação desse parâmetro, em primeiro lugar o intérprete deve definir se a matéria jornalística se constitui como uma declaração de fato ou uma declaração opinativa, uma vez que impendem em avaliações distintas por parte do intérprete. Na impossibilidade de separação rígida deve-se levar em conta o elemento que seja preponderante a partir de uma análise sobre o escopo da publicação.

Assim, caso trate-se de uma declaração de fato, o juiz deve verificar se houve uma postura de compromisso com a verdade por parte do jornalista. Isso significa dizer que não se perquire simplesmente a veracidade ou falsidade do conteúdo jornalístico. Na verdade, eventualmente, o presente parâmetro implicará em considerar que certas declarações falsas ou imprecisas não causam danos injustos aos direitos da personalidade e, portanto, não ensejam a responsabilização civil. Nesse sentido, o que se deve analisar é se houve um contínuo e diligente esforço no esclarecimento da verdade a partir do recurso a fontes confiáveis, a atualização das informações, o cumprimento com a disciplina de verificação ou checagem e a busca pelas diversas versões de uma mesma história, inclusive a do retratado. Em síntese, a veracidade aqui compreendida como um processo dinâmico vai demandar a análise do devido cumprimento sobre os deveres inerentes à profissão⁶⁰¹. Ademais, quanto maior for a observância aos referidos elementos, maior será o peso que a Liberdade de Imprensa vai merecer, ainda que, repita-se, a informação veiculada seja falsa ou imprecisa.

Já em relação às opiniões ou às críticas será impertinente a verificação da verdade para aferir o seu equilíbrio. Ao revés, o equilíbrio em relação às opiniões deve ser entendido como a proporcionalidade em torno da linguagem, isto é se o jornalista a pretexto de estar opinando não está realizando um desproporcional ataque de cunho pessoal. Todavia, é preciso aqui

⁶⁰¹ No mesmo sentido, v. BISMUTH, Regis. *Standards of Conduct for Journalists under Europe's First Amendment*. In: *8 First Amend. L. Rev.* 283, 2018, p. 296.

certa cautela. Exigir um padrão de polidez à atividade jornalística pode se prestar a patrulhamentos indevidos e a imposição de uma moral particular, uma vez que denota um acentuado subjetivismo a respeito do que é capaz de ofender, inclusive em sua intensidade. Em síntese, em alguma medida deve ser preservado o direito de o jornalista “ser rude”⁶⁰², de modo que o padrão a ser seguido é de uma maior tolerância sobre opiniões potencialmente difamatórias ou ofensivas em assuntos de interesse público e que retratem alguma figura pública. Assim, com base nos parâmetros de Sarmiento a respeito do *hate speech*, pode-se aqui formular o parâmetro de que considerações sobre opiniões difamatórias não devem ser banalizadas. Ou seja, deve haver presunções a favor da Liberdade de Imprensa, especialmente em casos fronteiros ou de dúvidas, de modo que uma opinião ou crítica somente sejam consideradas difamatórias em caso de demonstração inequívoca.

Portanto, diante das considerações tecidas acima, pode-se verificar o equilíbrio da matéria sob um duplo aspecto: sobre os procedimentos utilizados na formação das notícias que veiculem declarações de fato e sobre o conteúdo da linguagem no exercício do direito de crítica. Diante disso, as perguntas que são sugeridas para que o intérprete se desincumba dos ônus argumentativos são: “A matéria é equilibrada diante dos procedimentos utilizados para a constituição da notícia e dos deveres que circundam a atividade jornalística?” “A matéria está devidamente veiculada em uma linguagem equilibrada, sem inequívocos ataques pessoais?”.

Por fim, ainda que não seja um parâmetro propriamente dito, pode-se aqui ainda sugerir que outras preocupações – especialmente em casos de dúvidas – deverão induzir ao menos implicitamente reflexões sobre potenciais impactos das decisões sobre a atividade jornalística daquele que está sendo processado, bem como sobre o exercício da atividade jornalística como um todo. Ou seja, o juiz do caso concreto deve se mostrar sensivelmente preocupado com efeitos resfriadores ao final de sua ponderação.

Acredita-se, assim, que esses parâmetros devam ser utilizados em todas as ponderações que envolvam a liberdade de expressão – especialmente em sua modalidade

⁶⁰² Max Paskin Neto defende o “direito de ser rude” essencialmente a partir de uma perspectiva libertária, afirmando que, sobretudo as exigências de um padrão polido influenciado pelo “politicamente correto” provocam uma “pasteurização das pessoas”. Não se concorda neste trabalho com todas as considerações tecidas pelo o autor, sobretudo em relação, a certa permissibilidade de expressões que sejam capazes de estigmatizar minorias. Todavia, o presente trabalho se alinha com a sua doutrina no sentido de que o mais sensato é que a informação jornalística possa ser transmitida a partir de influência da maior gama possível de opiniões. Isso pode impender em se tolerar expressões rudes, mordazes ou em linguagem com um “padrão de educação” diferente daquele do juiz do caso concreto. Nesse sentido, v. PASKIN NETO, Max. O direito de ser rude: liberdade de expressão e de imprensa. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 53-60.

liberdade de informação jornalística – em colisões com os direitos da personalidade. É essencial que a sua demonstração seja realizada, especialmente por meio das perguntas formuladas, ainda que o intérprete intuitivamente saiba que um determinado parâmetro não será decisivo para a solução do caso. Isso porque traz uma maior segurança e certeza na atividade judicante, além de transparecer ônus argumentativos. Além do mais, é certo que a maior parte dos *standards* propostos possuem conexões recíprocas, de modo que não podem ser apreendidos de forma isolada. Na próxima sessão os parâmetros propostos serão aplicados a alguns casos relatados no capítulo anterior a fim de que seja demonstrada a sua maior racionalidade e objetividade na prática.

4.3.4. Standards Aplicados.

Diante do que se expôs, buscar-se-á com essa última seção demonstrar como poderia ocorrer uma ponderação bem ordenada e de acordo o *standards* apresentados acima. Nesse sentido, serão examinados especificamente dois casos relatados no capítulo anterior – o primeiro se referindo a uma manifestação opinativa e o segundo a uma manifestação de fato.

O primeiro caso é o relativo ao jornalista e apresentador, Zeca Camargo, que foi condenado civilmente por crônica crítica em programa televisivo, por ocasião do falecimento do cantor sertanejo Cristiano Araújo. Adiante-se que caso houvesse a aplicação rígida dos parâmetros sugeridos acima, o comunicador não deveria ter sido condenado. Inicialmente, transcreva-se os trechos de suas manifestações que podem ser tidos como mais ofensivos⁶⁰³:

“O que realmente surpreende neste evento triste da semana foi a comoção nacional. De uma hora para outra, fãs e pessoas que não faziam ideia de quem era Cristiano Araújo partiram para o abraço coletivo, como se todos nós estivéssemos desejando uma catarse assim, um evento maior que nos unisse pela emoção. [...] Como fomos, então, capazes de nos seduzir emocionalmente por uma figura relativamente desconhecida? A resposta está nos livros para colorir! Sim, eles mesmos! Os inesperados vilões do nosso cenário pop, acusados de destacar a pobreza da atual alma cultural brasileira. Não vale a pena discutir os verdadeiros valores desses produtos, se é que eles existem. Mas eles vem bem a calhar para fazermos um paralelo com a ausência de fortes referências culturais que experimentamos no momento. [...] Assim como ao nos mostrarmos abalados com a

⁶⁰³ Um resumo de suas manifestações também pode ser acessado no seguinte sítio eletrônico: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/zeca-camargo-critica-comocao-nacional-em-morte-de-cristiano-araujo-pobreza/>.

ausência de Cristiano, acreditamos estar comovidos pela perda de um grande ídolo. Todos sabemos que não é bem assim. Talvez o cantor tenha morrido cedo demais para provar que tinha potencial para se tornar uma paixão nacional. Nossa canção popular é hoje dominada por revelações de uma música só, que se entregam a uma alucinada agenda de shows para gerar um bom dinheiro antes que a faísca desse sucesso singular apague sem deixar uma chama mais duradoura. E, nesse cenário, qualquer um pode, nem que seja por um dia, ser uma estrela maior. Teria sido esse o caso de Cristiano Araújo? [...] Temos tudo para adorarmos ídolos de verdade, e chorar de verdade seja pela presença dele no palco ou na saudade da perda. Mas, agora, olhando em volta, não vemos nada disso”.

Conforme destacado anteriormente, a decisão foi no sentido de condenar o jornalista por considerar a crônica uma agressão gratuita à família, ao empresário e aos fãs do cantor. No entanto, o resultado teria sido diverso caso a decisão houvesse utilizado *standards* ponderativos na forma ordenada acima. Desse modo, a solução mais adequada seria: (i) inicialmente, o juiz deveria ter ressaltado a posição preferencial da liberdade de expressão. Ainda que possa haver dúvidas a respeito do grau de importância de uma crônica do cenário artístico e cultural em comparação com outras espécies de expressão, como a política, não há indícios de que aqui seja uma forma de expressão que não mereça a condição de posição preferencial. Assim, o juiz deveria especificar, de plano, que as razões para que os direitos da personalidade prevalecessem teriam de ser mais robustas. (ii) Em segundo lugar, pode-se falar que havia ao menos um interesse social relevante na manifestação opinativa do jornalista ante a repercussão que os eventos da morte do cantor tomaram na mídia e na sociedade. Diante disso, respondendo às perguntas formuladas no tópico anterior, haveria sim um interesse público em sua manifestação, que não estaria coberto por nenhuma exceção constitucional em sua publicidade. Ao revés, a manifestação nesse caso não envolveria interesses meramente privados. (iii) Muito embora o dano moral tenha sido concedido em favor de particulares ante o evento morte, o retratado na crônica era uma figura pública, o que curiosamente foi realçado pelos autores da demanda que se embasaram na quantidade de seguidores em redes sociais para convencerem o juiz de que não se tratava de uma figura desconhecida (privada). Sendo assim, é evidente que a crítica jornalística se justifica aqui em razão da natureza da personalidade do retratado. (iv) Por fim, para se aferir o equilíbrio da manifestação jornalística o juiz deveria destacar, inicialmente, que se tratava de uma manifestação opinativa ou crítica. Sendo assim, em nenhum momento pode ser aferido um ataque de cunho pessoal

ou agressão gratuita, por mais duras que as expressões possam parecer. Não pode haver a banalização do que se entende como “manifestações preconceituosas”, especialmente no contexto da crítica artística. Sendo assim, a linguagem e conteúdo da matéria poderiam ser tidos como proporcionais ou equilibrados, uma vez que não há a demonstração (e sequer indícios) de que as manifestações estéticas do jornalista – por mais questionáveis que fossem em dado contexto – foram inequivocamente uma agressão gratuita ou preconceituosa, diante do que a solução mais adequada seria considerar que a manifestação crítica foi equilibrada. Portanto, todo o *iter* proposto leva a conclusão de que o peso atribuído à liberdade de expressão e de Imprensa deveria ter sido maior e, conseqüentemente, não deveria ter havido a condenação do jornalista.

Em segundo lugar, considere-se a matéria jornalística da revista VEJA que foi objeto de questionamentos tanto no AgRg no REsp 1343287/DF, quanto no REsp 1408120/DF, citada no capítulo anterior, que em síntese, rememore-se, tratava-se de relato sobre supostas condutas, possivelmente qualificadas como crime, de dois funcionários da Caixa Econômica Federal. Da análise conjunta dos casos, o STJ ao final entendeu que as instâncias ordinárias teriam realizado uma adequada ponderação ao tutelar a honra da autora da primeira demanda, enquanto que na segunda decisão, negou-se provimento ao Recurso Especial, entendendo que não haveria violação à honra indenizável.

Diante disso, entende-se que, a partir da análise em conjunto dos dois casos, a solução adequada seria a seguinte. (i) Em primeiro lugar, o juiz de cada caso concreto deveria ter realçado o aspecto teórico da ponderação – a posição preferencial da liberdade de expressão – uma vez que inequivocamente matérias jornalísticas que apontam para supostos desvios de conduta de agentes estatais, devem, a priori, se beneficiar de um escrutínio mais rigoroso; (ii) Uma vez que a matéria jornalística versava sobre eventuais condutas atentatórias contra a moralidade pública e possivelmente qualificadas como crimes por parte de servidores de Banco Estatal, com possíveis repercussões políticas para o Poder Executivo Federal, é cristalino o seu interesse público. Além disso, pode-se afirmar que a matéria seria envolta de um interesse público que não estaria inserido em nenhuma exceção constitucional à sua publicação. (iii) Como afirmado, as pessoas retratadas na matéria eram, à época de sua publicação, funcionários do alto escalão da Caixa Econômica Federal, no caso vice-presidentes. Assim, inequívoco que se tratavam de figuras públicas. Portanto, a matéria era justificada à luz da natureza da personalidade dos envolvidos. (iv) Por fim, quanto ao

equilíbrio, em primeiro lugar, a matéria jornalística envolvia declaração de fatos e não opiniões, razão pela qual deveria haver a aferição, essencialmente, sobre os procedimentos envolvidos na constituição da notícia. Nesse sentido, não se pode afirmar que a Revista tenha agido de forma completamente negligente em relação ao seu compromisso com a verdade, uma vez que buscou realizar trabalho investigativo mais a fundo sobre fatos decorrentes de uma quebra de ilegal de sigilo bancário, de ampla repercussão nacional e que estavam sendo objeto da CPI dos Bingos. Nesse sentido, a matéria como um todo denota um amplo processo de coleta e busca por informações confiáveis. Além disso, pode-se afirmar que embora a revista não tenha revelado suas fontes para as ilações sobre os autores da demanda, buscou coletar, de forma equilibrada, a versão dos indivíduos retratados, inclusive realçando a ameaça de ser processada civilmente por ambos. Portanto, ainda que as ilações não fossem completamente verdadeiras ou verificáveis não devem ser consideradas procedimentalmente desequilibradas. Diante disso, a solução dos dois processos deveria ser no sentido de não ter havido dano indenizável à honra e, portanto, não ter ocorrido a condenação da revista.

Em conclusão, acredita-se, a partir dessa síntese demonstrativa, que o procedimento ponderativo proposto com base nos *standards* específicos é capaz de trazer maior certeza e segurança jurídica na matéria, inclusive para jornalistas que não tenham formação em Direito, ainda que, como destacado, a objetividade absoluta não seja possível. Sendo assim, espera-se que a proposta possa se constituir como valiosa contribuição para a redução da incerteza nas ponderações concretas e, conseqüentemente, do *chilling effect* indevido sobre a Liberdade de Imprensa.

5. Propostas para além da ponderação: monitoramento, ônus da prova, indenizações e direito de resposta.

“É óbvio que os órgãos de comunicação social não podem estar isentos de responsabilidade. Mas quando esteja em causa assuntos de interesse público e de figuras públicas, normalmente todos aqueles que se dedicam à liberdade de expressão concordam que a margem de manobra do jornalismo deve ser muito maior”⁶⁰⁴.

(Jónatas E. M. Machado)

5.1. Introdução.

Conforme já mencionado, no presente capítulo serão analisadas algumas propostas para a identificação e amenização de potenciais efeitos resfriadores desproporcionais ocasionados pelas responsabilidades ulteriores que tratem da colisão entre liberdade de informação jornalística de um lado e direitos da personalidade de outro. O único escopo – que inclusive permeou todo o trabalho – é de que haja uma tutela mais robusta sobre o livre fluxo de informações de interesse público na sociedade. Adiante-se apenas que reformas com caráter revolucionário sobre o sistema de responsabilização ulterior não parecem ser as melhores alternativas, uma vez que tal sistema tem uma evidente “função equalizadora”, em que assegura o exercício de uma Imprensa responsável, o que conseqüentemente mantém o seu padrão de qualidade. Além do mais, ainda que se considere que o diálogo com o direito estrangeiro seja benéfico para o aperfeiçoamento doutrinário e jurisprudencial é preciso ter cautelas para que não ocorra simplesmente uma importação acrítica de institutos peculiares de outros ordenamentos jurídicos. É dizer, não se deve colocar uma fé excessiva em soluções elaboradas alhures, ignorando as particularidades e a adaptabilidade à realidade social e jurídica nacional. E, por fim, vale consignar uma vez mais que as propostas aqui formuladas não devem ser entendidas como proteções cegas e ingênuas sobre a Liberdade de Imprensa, mas como tentativas de se tentar alcançar o objetivo de assegurar o maior fluxo possível de informações relevantes na sociedade, sem que isso signifique criar restrições ou limitações desproporcionais sobre os direitos da personalidade.

Sendo assim, serão sugeridas as seguintes medidas: o estabelecimento de uma agenda de monitoramento sobre as responsabilidades ulteriores, a adoção (de forma contida) do

⁶⁰⁴ Entrevista com o autor disponível em: <https://www.impala.pt/noticias/atualidade/encharcar-os-jornalistas-aco-es-judiciais-assedio-bullying/>.

parâmetro probatório da malícia real (*actual malice*), a moderação das indenizações por dano moral e dos custos de litigância e o tratamento do direito de resposta como sanção ou reparação preferencial. O interessante é que todas as propostas tenham os seus efeitos analisados em conjunto – o que tentará ser feito de forma racional no último tópico do presente capítulo, com a análise a sua aplicação em casos concretos – e não de forma isolada ou descontextualizada dos demais⁶⁰⁵.

5.2. Agenda de monitoramento: é possível aqui?

A maior dificuldade relatada no capítulo 3 sobre a doutrina do *chilling effect*, não apenas em se tratando daquela oriunda de responsabilização ulterior, é o de quantificar ou demonstrar empiricamente a sua ocorrência. O grande ceticismo sobre propostas profundas e abrangentes costuma ocorrer justamente em razão desse fator. Como afirmado, embora até mesmo os mais céticos não costumem enunciar peremptoriamente a falsidade de suas conclusões, é preciso que, para fins de a doutrina ser levada a sério e efetivamente aplicada o Brasil, haja ao menos indícios sólidos de que o sistema de responsabilização civil e penal resfria a liberdade de imprensa em alguma medida. Ao revés, todas as propostas subsequentes somente farão algum sentido se a doutrina se esforçar em fazer com que a teoria seja mais do que um apelo emocional ou usar os velhos lugares comuns como “não se consegue demonstrar, mas todo mundo sabe que acontece”.

Portanto, a primeira proposta no tema é de que seja realizado um grande e constante trabalho de monitoramento sobre as demandas contra a Imprensa por ocasião de supostas violações aos direitos da personalidade. Todavia, algumas observações devem ser feitas nesse particular.

A primeira observação é sobre quem deve ou pode realizar tal monitoramento. Como se demonstrou, um livre fluxo de informações é desejo abrangente de toda a sociedade e não apenas da Imprensa. Com efeito, relegar essa tarefa apenas a entidades, órgãos, sindicatos com algum vínculo direto com os meios de comunicação social pode mais prejudicar do que ajudar o monitoramento. Isso porque, haverá uma tendência de análises enviesadas ou

⁶⁰⁵ Em discussões sobre os *punitive damages* no contexto norte-americano, Jerome Barron afirma que propostas pela sua abolição ou reforma não deveriam ser feitas de forma isolada, desconsiderando, por exemplo, parâmetros judiciais como o *actual malice*, uma vez que é possível haver equívocos na compreensão do impacto sobre o resfriamento e sobre a necessidade de proteção de valores contrapostos à Liberdade de Imprensa. BARRON, Jerome A. *Punitive Damages In Libel Cases - First Amendment Equalizer?* Op. cit., p. 119-120.

suspeitas, visto que, em razão do auto interesse dessas entidades, há grande probabilidade de exagero ou distorções nos dados coletados e resultados obtidos.

Assim, é importante que essa tarefa seja realizada por organizações da sociedade civil sem interesses corporativos diretos na comprovação ou negação da ocorrência de *chilling effects*. Nesse mister, podem se constituir como grandes aliados entidades de advocacia *pro bono* e Grupos de Estudos de Universidades vinculados à liberdade de expressão para um parecer mais neutro e técnico sobre a questão, ante a sua independência e expertise acadêmica. Ademais, é extremamente relevante que o próprio Poder Judiciário esteja comprometido com o ideal maior do livre fluxo de informações e também contribua com dados precisos e atualizados sobre as demandas no tema. Como ressaltado no capítulo 3, recentemente o Conselho Nacional de Justiça divulgou relatório sobre as demandas envolvendo a Liberdade de Imprensa no Brasil. No referido documento, o próprio órgão estatal constatou deficiências na indexação e no levantamento das ações, sobretudo nos Tribunais de Justiça dos Estados. Assim, é relevante que haja uma padronização mais eficiente das ações que envolvam a Liberdade de Imprensa nos bancos de dados do Poder Judiciário.

A segunda observação gira em torno da metodologia a ser utilizada no monitoramento do efeito resfriador. Como visto anteriormente, muitos trabalhos buscam demonstrar a sua ocorrência através de entrevistas empíricas com jornalistas, editores e advogados. Entende-se aqui que essa não é a melhor metodologia para fins de análise empírica do *chilling effect*, uma vez que proporciona resultados com um forte caráter subjetivo e muitas vezes enviesados. Ao revés, as melhores alternativas seriam pesquisas que realizam uma análise comparativa entre o conteúdo de matérias jornalísticas, entre países e entre jornais de um mesmo país. Além disso, o ideal é que seja realizada também uma análise comparativa, ao longo do tempo, na forma como veículos de Imprensa e jornalistas que tenham sofrido condenações civis ou penais por difamação se comportam sobre os assuntos e pessoas que foram a causa de sua condenação em matérias futuras. Assim, com esses métodos de pesquisa há uma probabilidade maior de que haja a demonstração ou indícios de que o resfriamento da liberdade de imprensa realmente ocorre.

Apesar de essa ser uma agenda para o futuro, a ausência de demonstrações empíricas não deve ser obstáculo em todos os casos para a assunção da ocorrência de *chilling effects* ou ao menos da preocupação com suas repercussões negativas e concretas. Em algumas searas o

risco de um *chilling effect* pode ser tão desproporcional, que talvez a melhor solução seja presumi-lo ou criar regras que diminuam os ônus sobre a liberdade de Imprensa, buscando-se assim evitar ao máximo a sua ocorrência⁶⁰⁶. É dizer, ainda que nesses casos não se possa demonstrar com absoluta certeza e precisão a sua ocorrência, a melhor solução também não deve passar por simplesmente ignorá-lo ou “aguardar melhores evidências”. Nesse aspecto, considera-se aqui que faz sentido a maior preocupação com o *chilling effect* quando em jogo a reputação, a privacidade ou a imagem de agentes estatais, sobretudo de agentes políticos e de certas figuras públicas, que serão as hipóteses sobre as quais as propostas seguir se apoiarão, quando em discussão assuntos de transcendência pública. Além do mais, a proposta de apenas buscar soluções jurídicas diante da demonstrabilidade inequívoca do efeito resfriador parece não ser também uma solução completamente satisfatória. Isso porque tal demonstrabilidade empírica refere-se ao efeito resfriador que efetivamente já ocorreu. Todavia, nada se contribui para, justamente, evita-lo e, por certo, a grande questão aqui é prevenir a ocorrência de *chilling effects* indevidos, objetivo que estudos empíricos demonstrativos, por si sós, talvez não consigam alcançar satisfatoriamente.

5.3. O parâmetro da malícia real: é pertinente por aqui?

No capítulo 3 demonstrou-se que a solução mais emblemática e tradicional do direito norte-americano para combater o efeito resfriador sobre a liberdade de Imprensa em assuntos de interesse público foi a adoção do parâmetro probatório da malícia real (*actual malice*), no precedente *New York Times Co. vs. Sullivan*. Antes de saber a pertinência ou não da adoção desse parâmetro no direito brasileiro, é preciso esmiuçar um pouco mais qual é o seu conteúdo.

A malícia real (*actual malice*) costuma ser apontada como um parâmetro basilar para a teoria do *chilling effect*, na medida em que estabelecer requisitos sobre a intenção do jornalista para que ele possa efetivamente ser responsabilizado por uma matéria de conteúdo falso, seria uma medida estratégica para impedir que discursos constitucionalmente tutelados não sejam resfriados incidentalmente e involuntariamente⁶⁰⁷. Nesse aspecto, o seu conteúdo, desenvolvido no bojo de discussões sobre a responsabilização civil da Imprensa pela

⁶⁰⁶ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1686.

⁶⁰⁷ KENDRICK, Leslie. *Speech, Intent, and the Chilling Effect*. Op. cit., p. 1637. No mesmo sentido: 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*. Op. cit., p. 88.

publicação de informações não verídicas – e, posteriormente, estendido no contexto norte-americano para a responsabilização penal⁶⁰⁸ –, consiste no fato de que o emissor das informações ou dos fatos somente sofrerá condenações caso o suposto ofendido (demandante) – qualificado como uma figura pública – logre êxito em demonstrar que aquele que se manifestou de forma falsa o fez com malícia, isto é, com o conhecimento da falsidade do fato (dolo direto) ou com um temerário desinteresse sobre a veracidade dos fatos (dolo eventual)⁶⁰⁹. Ademais, a responsabilização somente incidirá caso o demandante logre provar tais parâmetros com uma “claridade convincente” (*convincig clarity*). Ou seja, não bastaria a mera negligência (culpa) do jornalista, quando estivesse relatando assuntos relativos a figuras públicas e nem mesmo que houvesse apenas indícios ou evidências de sua malícia na publicação. Ao contrário, o ofendido deve provar de forma irrefutável a ocorrência do dolo⁶¹⁰. Portanto, trata-se de um *standard* relativo aos ônus probatórios nos processos por difamação.

Conseqüentemente, a adoção desse parâmetro torna as discussões em torno da veracidade ou da falsidade propriamente ditas das informações veiculadas pela Imprensa uma questão secundária. O fundamento para tanto, como já destacado, foi apoiado em termos de *chilling effect*, uma vez que caso agentes públicos e figuras públicas pudessem recuperar indenizações por difamação independentemente de o Poder Judiciário perquirir o estado anímico do jornalista, diversas discussões de interesse público seriam indevidamente resfriadas⁶¹¹.

É preciso destacar, contudo, que na jurisprudência da Suprema Corte Americana este rigoroso *standard* probatório evidenciou uma forte tendência expansiva⁶¹². Explique-se. Originariamente foi elaborada para se aplicar apenas em face de informações e manifestações que envolvessem agentes do Estado. Ocorre que, posteriormente, houve algumas extensões de sua aplicação aos postulantes de cargos eletivos⁶¹³, às figuras públicas de uma forma geral⁶¹⁴

⁶⁰⁸ *Garrison vs. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

⁶⁰⁹ BERTONI, Eduardo Andrés. *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*. Op. cit., p. 17-18; BADENI, Gregorio. *Doctrina de la Real Malicia*. 1a ed. - Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005, p. 90. (Afirmando que o conceito não se confunde com uma mera negligência, mas com certa consciência da falsidade, o que se qualificaria como “dolo eventual”). Apesar disso, Rodrigo Gaspar Mello afirma que a compreensão que se internalizou no Brasil foi de que o conceito se constituiria como mera culpa. 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. Op. cit., p. 106-107.

⁶¹⁰ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 494.

⁶¹¹ GAROUPA, Nuno. *Dishonesty and Libel Law: The Economics of the "Chilling" Effect*. Op. cit., p. 285.

⁶¹² ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 500-501.

⁶¹³ *Monitor Patriot Co. vs. Roy*, 401 U.S. 265 (1971).

⁶¹⁴ *Curtis Publishing Co. vs. Butts*, 388 U.S. 130 (1967) e *Associated Press vs. Walker*, 389 U.S. 28 (1967).

e, por certo período, até mesmo às figuras privadas em matérias de interesse público⁶¹⁵. É preciso aqui esclarecer que o conceito de figuras públicas costuma ser um pouco mais amplo do que o de agentes estatais, abrangendo pessoas que de alguma forma se vinculam ao Estado ou influam de forma relevante no debate público, enquanto que o conceito de figuras privadas, por exclusão, geralmente abrange particulares sem maiores vínculos com o Estado ou com o debate público.

Nesse aspecto, é preciso destacar que, atualmente, o parâmetro se aplica sem maiores controvérsias judiciais sobre as figuras públicas, que abrangem diversas categorias de indivíduos⁶¹⁶. Todavia, de plano o parâmetro da malícia real poderia ser questionado em termos de abrangência. Isso porque é certo que o termo “figuras públicas” tomado com referências apenas à notoriedade individual pode ser algo problemático⁶¹⁷. Explique-se. Dada a amplitude da categoria, a definição de figuras públicas *in concreto* ocupa um espaço em que pode abranger, em certas situações, pessoas que não tem muita relevância ou peso para os debates de importância pública ou política. Segundo Frederick Schauer não haveria, nesse aspecto, uma resposta satisfatória em termos democráticos ou de *accountability* pública que justifique parâmetros tão elásticos para toda a categoria de figuras públicas. No entanto, o autor, ao se valer de uma perspectiva que busca explicar os *standards* de proteção legal à liberdade de expressão e de Imprensa com base nos perigos da regulação estatal⁶¹⁸, ainda

⁶¹⁵ Foi estabelecido primeiro no caso *Rosebloom vs. Metromedia Inc.*, 403 U.S. 29 (1971), que posteriormente foi revisto. No caso, *Gertz vs. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974) a Corte estabeleceu que bastava a prova de culpa, não se aplicando os parâmetros da malícia real, o que foi reiterado em casos posteriores, como *Time vs. Firestone*, 424 U.S. 448 (1976) e *Dun & Bradstreet Inc vs. Greenmoss Builders Inc.*, 472 U.S. 749 (1985). Para figuras privadas o *actual malice* somente se mostra relevante caso os demandantes busquem indenizações para além dos *compensatory damages*, na forma de *punitive damages* ou *presumed damages*. Mas, conforme David Anderson destaca, poucos são os casos que se processam pelo parâmetro da negligência, uma vez que os demandantes também podem ter dificuldades de prova-lo e por outro lado, normalmente possuem um desejo de buscar indenizações maiores por meio dos *punitive damages*. ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 502.

⁶¹⁶ SCHAUER, Frederick. *Public Figures*. Op. cit., p. 919. É interessante assinalar que a o termo “figuras públicas”, segundo o autor, se subdividiria genericamente em 4 categorias: os agentes estatais, figuras públicas de interesse público (ex: empresário que contrata com o poder público), celebridades e pessoas privadas que involuntariamente foram alçadas à notoriedade.

⁶¹⁷ SCHAUER, Frederick. *Public Figures*. Op. cit., p. 906.

⁶¹⁸ SCHAUER, Frederick. *Public Figures*. Op. cit., p. 923-928. Segundo o autor: “*The question, reformulated, is whether any reason exists to doubt the abilities of legislatures or common law courts to assess the appropriate balance between protecting people against harm and promoting the undeniably valuable institution of the press (...) Thus, the argument from the back side of the first amendment is that something special about the particular governmental power of public officials may justify a special exception from our normal assumptions about how decisions should be made in our society. But this ‘something special’ does not appear to carry over to public figures, not even to those whose public prominence is in some way related to important public policy issues. The question is not whether public figures are saying or doing something important and worthy of discussion and commentary, but rather whether those public figures – or the class of public figures – have some special access to or influence on the legislative process that is likely to cause their interests to be overprotected. As long as this*

assim afirma que não seria possível ou aconselhável, apesar de dúvidas sempre existirem em casos fronteiriços, em traçar uma linha distintiva na categoria das figuras públicas para tutelar de fato aqueles casos que merecem proteção.

Mais do que isso: os fundamentos da dicotomia entre pessoas públicas e privadas em termos de liberdade de informação jornalística dizem respeito não apenas à importância para as sociedades – ou para o regime democrático – das críticas e notícias atinentes à primeira categoria. Adicionalmente, costuma-se asseverar que as figuras públicas e também os agentes políticos teriam melhores condições de retrucar ou dialogar – diante de críticas e até mesmo de manifestações difamatórias – no debate público com os meios de comunicação social pela própria natureza de suas atividades, que se beneficia, em grande medida, da exposição pública. Assim, não haveria uma assimetria tão grande entre ambos os lados, ou em outros termos, as pessoas públicas encarariam uma “menor vulnerabilidade à difamação”. Em resumo, a existência de uma sistemática de responsabilização diferenciada para as pessoas públicas pode ser também compreendida em termos de isonomia.

Todavia, para além de discussões a cerca da aplicação do parâmetro sobre as figuras públicas a malícia real ainda sofre algumas críticas da doutrina norte-americana⁶¹⁹. David Anderson constata no contexto norte-americano que, apesar de ser um parâmetro “super protetor” à liberdade de expressão, uma vez que a maior parte das vítimas de difamação não consegue sequer provar as suas alegações, ainda assim mantém um “preço” para as manifestações. Isso se explicaria no fato de que, em que pese a ampla difusão do referido

overprotection does not occur, as it does not now seem to be occurring, than an important difference remains between public officials and public figures”.

⁶¹⁹ Apesar de não se mostrar contrário ao resultado final de *New York Times vs. Sullivan*, Cass Sunstein entende que o parâmetro da malícia real possuiria dois problemas: proteger expressões que efetivamente não merecem proteção e por isso eliminar um *chilling effect* desejável e, em segundo lugar, a proteção de discursos, por exemplo hiperbólicos poderia muito bem ocorrer por outros meios que não o referido parâmetro probatório, como o enfoque sobre os objetivos da manifestação em questão. Destaque-se que o autor entende que em casos difíceis talvez seja melhor evitar argumentos abstratos sobre o *chilling effects*, uma vez que os interesses contrapostos possuem o mesmo *status* constitucional. A solução seria, ao contrário, buscar enfoque sobre a precisa natureza dos interesses relevantes em jogo. SUNSTEIN, Cass R. *Hard Defamation Cases: Defamation and the First Amendment: New Perspectives*. In: 25, William and Mary Law Review, 891, 1984, p. 900-904. Por sua vez, Richard Epstein considera que o desafio na matéria é sempre encontrar o melhor desenho institucional que seja capaz de equilibrar adequadamente os interesses contrapostos. Nesse sentido, o padrão de imunidades absolutas não estimularia melhores debates na sociedade, especialmente porque o nível de discurso sobre assuntos de interesse público não seria medido apenas de acordo com a quantidade de discursos disponíveis, mas, sobretudo, com a sua qualidade. Especificamente sobre o padrão da malícia real afirma que a mesma ofende tanto o senso de justiça, porque faz com que pessoas inocentes tenham que suportar os danos causados por terceiros e que teria alguns problemas em torno da sua eficiência, uma vez que as dificuldades em termos de quantificação de custos e benefícios levaria à Imprensa a superestimar a cadeia de benefícios que advém da *actual malice*. Não obstante, o maior custo, segundo o autor, seria sobre a determinação da verdade do discurso. EPSTEIN, Richard A. *Was New York Times v. Sullivan Wrong?* Op. cit., p. 799-803 e 813.

parâmetro, as vítimas ainda assim não teriam parado de processar meios de comunicação e jornalistas em valores elevados, de modo que estes ainda necessitam de um grande esforço para realizarem adequadamente as suas defesas. Ou seja, nos anos subsequentes à “*Sullivan*” o efeito constatado na prática foi a continuidade da lógica de litigância cara, que exigia um grande esforço de dilação probatória – sobretudo nos casos que seriam favoráveis à honra – o que seria responsável pela manutenção do resfriamento sobre a liberdade de expressão⁶²⁰. Segundo o autor, a partir de uma análise ampla do sistema de responsabilização norte-americano constatou-se a existência de um esquema geral de não responsabilização com algumas exceções e não um esquema geral de remédios com algumas exceções⁶²¹. Todavia, as “exceções”, concedidas em um patamar milionário, ainda estariam resfriando a liberdade de expressão e de Imprensa.

Outra crítica bastante recorrente ao parâmetro da malícia real é que ela estatui praticamente uma prova diabólica para aqueles que realmente tenham sido difamados pela Imprensa, o que em nome de contornar uma situação de injustiça pode vir a instituir outras⁶²². Isso porque, como mencionado, seria exigida uma prova de um estado subjetivo em relação à falsidade⁶²³. De acordo com David Anderson disso adviria um grande problema: permitir, como em nenhum outro parâmetro judicial, a intrusão do Judiciário na avaliação dos processos e relações editoriais da Imprensa⁶²⁴. Além disso, há a tendência de que os processos que envolvam a análise da malícia real sejam mais complexos e longos⁶²⁵.

A partir dessas considerações, outra consequência que a adoção do parâmetro da malícia seria capaz de causar é a dissuasão de indivíduos capacitados à participação na vida pública, visto que estes seriam levados a não assumirem tais cargos ou posições com o temor de que assuntos de suas respectivas vidas privadas viessem a ser expostos indevidamente pela

⁶²⁰ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 488.

⁶²¹ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 510.

⁶²² SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Op. cit., p. 17-19 (descrevendo como que o paradigma liberal de responsabilização civil apoiada na culpa, sobretudo a partir dos avanços tecnológicos, acabou convertendo este elemento em muitos casos em uma *probatio diabolica* e que isso na prática seria capaz de causar grandes injustiças). Um dos elementos elaborados para tentar contornar os problemas da culpa, segundo o autor, foi a presunção legal de culpa em diversas situações, que basicamente invertiam o ônus da prova da culpa. Isso com o tempo também criou situações injustas, uma vez que praticamente se converteram em presunções absolutas. Idem, p. 31-34.

⁶²³ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 493

⁶²⁴ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 516-521.

⁶²⁵ Anderson descreve que esse parâmetro traz uma dificuldade probatória muito grande, onde muitos processos, ante a necessidade de dilação probatória mais difícil acabam se arrastando ao longo de 10 ou 15 anos. Nesse sentido, traz o exemplo julgado no 2º circuito (*Hebert vs. Lando*), onde o demandante colacionou 26 volumes e quase 3.000 páginas em documentos e mesmo assim o julgamento não foi admitido por falta de prova da malícia real. ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p 510-511.

Imprensa e restassem sem qualquer possibilidade de ressarcimento em face de eventuais abusos praticados⁶²⁶. Em resumo, propiciaria custos de caráter social, já que o medo de exposição ou mesmo de estereotipação torna a vida em sociedade mais inibida, o que poderia ser denominado de um efeito resfriador indevido “reverso”⁶²⁷.

Por fim, Anderson ainda enxerga outro custo social advindo da adoção do parâmetro: a desvalorização ou secundarização da verdade em assuntos de interesse público, o que pode ser uma questão especialmente dramática em um contexto de erupção de *Fake News*⁶²⁸. Mas é certo que qualquer proteção a discursos falsos deve ser vista com cuidado, uma vez que: (i) o interesse primário da sociedade é obter informações socialmente relevantes com um grau considerável de precisão; (ii) uma proteção ingênua a discursos falsos pode se prestar à tutela de agendas maliciosamente manipulativas, uma vez que a prova da malícia é quase impossível; (iii) a recorrência de notícias falsas e imprecisas diminui substancialmente a credibilidade da Imprensa.

Diante do exposto, advém a necessidade de cautela em enunciar acriticamente a ampla e irrestrita compatibilidade da malícia real com o direito brasileiro, ao menos na mesma proporção em que é aplicada pelo direito norte-americano. Em primeiro lugar, deve ser considerado que os direitos da personalidade – honra, privacidade e imagem – também gozam de *status* constitucional. Embora o presente trabalho defenda a posição preferencial da liberdade de expressão e igualmente a necessidade de que os direitos da personalidade – sobretudo a reputação – passem por um processo de releitura, é inegável que um parâmetro que estabeleça na maior parte dos casos concretos um padrão de prova diabólica é capaz de criar situações em que vulnerações à honra, à privacidade e à imagem não encontrem a devida resposta do ordenamento jurídico. Como afirmado, é certo que em muitos casos a adoção da malícia real esvazia qualquer proteção à reputação⁶²⁹. Nesse particular, vale a pena destacar

⁶²⁶ GAROUPA, Nuno. *Dishonesty and Libel Law: The Economics of the "Chilling" Effect*. Op. cit., p. 287. No mesmo sentido, cf. BARRON, Jerome A. *Punitive Damages In Libel Cases - First Amendment Equalizer?* Op. cit., p. 113.

⁶²⁷ No âmbito dos problemas relacionados ao direito de privacidade, Daniel Solove aduz que estes podem criar ainda problemas relativos ao *chilling effect*, uma vez que o monitoramento governamental (vigilância) sobre certos grupos pode torna-los mais inibidos em exercer suas liberdades comunicativas e políticas. SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. cit., p. 178. Com considerações análogas SCHAUER, Frederick. *Can Public Figures Have Private Lives? In: Social Philosophy and Policy*, 17, 293-309, 2000, p. 294; ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 531.

⁶²⁸ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 534-535.

⁶²⁹ Segundo Anderson, a própria Suprema Corte Americana nunca chegou a analisar efetivamente o impacto da *actual malice* sobre custos reputacionais. Além disso, afirma que nenhum ordenamento jurídico no mundo protege tão pouco a reputação como os EUA. ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 524-526.

que a estrutura da Constituição Federal de 1988 é bem diversa daquela da Constituição dos Estados Unidos da América. Em segundo lugar, uma aplicação ampla e irrestrita da malícia real a todas as “figuras públicas”, justamente por tornar a questão da veracidade das informações secundária, também não é desejável. Isso porque traz a tendência de a mídia adotar posturas que se afastam de seus padrões deontológicos de atuação, o que, na realidade brasileira, pode ser estimulada pela lógica de exploração puramente econômica ou sensacionalista da atividade de Imprensa e pelo baixo pluralismo no sistema de radiodifusão. Ocorre que o efeito mais grave – e a princípio não previsto pelos defensores da *actual malice* – é justamente a perda da credibilidade institucional da Imprensa, uma vez que torna as discussões sobre a veracidade secundárias. Em terceiro lugar, também não devem ser desprezados os potenciais negativos de dissuasão sobre a participação na vida pública.

É preciso ainda se destacar que no bojo das discussões a respeito da adoção da *actual malice* no Direito brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça, em alguns precedentes, já avaliou e negou a aplicabilidade ao *standard* na sistemática da responsabilização civil pátria. Por outro lado, a OEA já chegou a tecer recomendações de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil é membro, exigiria a adoção do referido parâmetro no caso de ações de responsabilização propostas por funcionários públicos contra a Imprensa⁶³⁰. Diante de soluções dissonantes, dúvidas podem surgir a respeito da adoção do referido parâmetro pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A solução proposta por este trabalho se coloca em uma posição intermediária. Tendo em vista as advertências acima tecidas quanto a adoção ampla e irrestrita da *actual malice*, o posicionamento que aqui se adota – sem descurar de toda a cautela que o tema merece e mesmo considerando que a adoção do parâmetro não é garantia de que o resfriamento sobre a Liberdade de Imprensa acabará ou será reduzido, visto que não eliminará a possibilidade de que o suposto ofendido ingresse no Judiciário buscando uma eventual reparação de seu direito

⁶³⁰ Cf. “Para assegurar uma adequada defesa da liberdade de expressão, os Estados devem ajustar suas leis sobre difamação, injúria e calúnia de forma tal que só possam ser aplicadas sanções civis no caso de ofensas a funcionários públicos. Nestes casos, a responsabilidade, por ofensas contra funcionários públicos, só deveria incidir em casos de “má fé”. A doutrina da “má fé” significa que o autor da informação em questão era consciente de que a mesma era falsa ou atuou com temerária despreocupação sobre a verdade ou a falsidade de esta informação. Estas ideias foram recolhidas pela CIDH ao aprovar os Princípios sobre Liberdade de Expressão, especificamente o Princípio 10. Este propõe a necessidade de revisar as leis que têm como objetivo proteger a honra das pessoas (comumente conhecidas como calúnia e injúria). O tipo de debate político, ao que dá lugar o direito à liberdade de expressão e informação, gerará, indubitavelmente, certos discursos críticos ou inclusive ofensivos para quem ocupa cargos públicos ou que está intimamente vinculado à formulação da política pública. As leis de calúnia e injúria são, em muitas ocasiões, leis que, em lugar de proteger a honra das pessoas, são utilizadas para atacar ou silenciar o discurso que se considera crítico da administração pública”. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>.

– é a viabilidade de que seja aplicado o parâmetro apenas em casos que envolvam alguma matéria jornalística falsa ou imprecisa em face de agentes que ocupem cargos de natureza política, em assuntos de relevância política. Isso porque, por um lado, tais atores se valem naturalmente da exposição pública para benefício pessoal, ao mesmo tempo em que, por outro lado, as suas atribuições demandam, em regra, um olhar mais atento, crítico e robusto da Opinião Pública. Dessa forma, em relação às figuras públicas que se qualificam como agentes políticos deve haver um nível maior de tolerância sobre o conteúdo de matérias jornalísticas (*buffer zone*) em termos de responsabilização civil, o que, nessas circunstâncias, justificaria a necessidade de que estes provassem a malícia real da Imprensa e de jornalistas. Portanto, a diretriz mais importante que poderia advir dessa conclusão é de que em assuntos de relevância política, que envolvam agentes políticos, não deve haver a presunção de difamação ou de violação aos direitos da personalidade, podendo, assim, ser adotado o parâmetro da malícia real.

5.4. Indenizações e custos de litigância.

Como mencionado, os elevados custos que podem advir das responsabilidades ulteriores se constituem como notáveis causas de intimidações ou resfriamentos sobre a Liberdade de Imprensa, que podem tanto incidir na forma de elevadas indenizações, quanto na de custos de litigância. Nesse sentido, para reduzir os custos envolvidos na colisão entre Liberdade de Imprensa e direitos da personalidade Andrew Kenyon apresenta duas sugestões: limitar o tamanho das indenizações ou reduzir o âmbito da responsabilização⁶³¹.

A título de demonstração dos elevados custos, a Organização Internacional Artigo 19, em relatório do ano de 2007, fez o levantamento do valor médio das indenizações no Brasil na responsabilização sobre a liberdade de expressão, chegando ao valor de 80 mil reais⁶³². Aparentemente, esse é um cenário que persiste no ordenamento jurídico pátrio. No levantamento jurisprudencial feito no capítulo 3 deste trabalho, constatou-se que a média das indenizações por dano moral concedidas pelo STJ nos anos de 2016 a 2018 ficou no patamar de 92,7 mil reais. Além disso, destaque-se uma vez mais que os casos que envolveram figuras públicas ou políticas, em regra, os valores indenizatórios foram mais elevados do que os concedidos a figuras privadas. Não é irrelevante se destacar também que a média dessas

⁶³¹ KENYON, Andrew. *Problems with Defamation Damages?* Op. cit., p. 88.

⁶³² <http://artigo19.org/blog/2011/09/08/discriminacao/>.

indenizações se encontra em descompasso com a realidade socioeconômica nacional de uma forma ampla⁶³³. O quadro é grave quando há a comparação com danos morais concedidos pelas Cortes brasileiras em outros casos de danos mais fortes ou mais intensos que aqueles que recaem sobre a reputação, a imagem ou a privacidade de figuras públicas⁶³⁴. Além disso, como demonstrado no capítulo 3, uma das razões para tanto, é que nos processos envolvendo os direitos da personalidade há uma tendência de que as indenizações ou sanções tenham um forte viés dissuasivo ou punitivo contra os meios de comunicação social.

No Brasil, isso pode ser agravado a partir de uma concepção jurisprudencial que se pauta em “uma posição preferencial da honra”⁶³⁵. Isso porque uma elevada valorização da honra de figuras públicas pode levar o Judiciário à conclusão equivocada de que em razão do “*status* público” tais atores seriam merecedores de uma tutela diferenciada das pessoas privadas – por sofrerem maiores exposições sociais – e, portanto, de maiores indenizações⁶³⁶. Todavia, tal concepção deve ser rechaçada, porque absolutamente inconsistente com tudo o que se expôs até aqui. Com efeito, uma expressão difamatória veiculada pela Imprensa é capaz de causar maiores danos a pessoas privadas ou “anônimas” – que não tem o costume de serem expostas ao público – do que as pessoas públicas.

No contexto norte-americano, David Anderson constatou que as regulações estatais com o escopo de conter o *chilling effect* não fizeram efetivamente nada para reduzir as elevadas indenizações daquele ordenamento jurídico, onde os júris, ante um elevado nível de discricionariedade, concedem somas indenizatórias sem a prova completa da extensão do dano⁶³⁷. Conforme visto no tópico anterior, o parâmetro da malícia real, a princípio, deveria se constituir como um poderoso filtro de demandas, ao colocar um ônus informacional muito grande no demandante. Ocorre que, por outro lado, também propicia demandas não racionais e sem cálculos efetivos de custo e benefício. Por isso, alguns autores afirmam a necessidade

⁶³³ A partir de janeiro de 2019, o piso nacional do Salário mínimo passou a ser de 998,00 reais, enquanto que a renda *per capita* familiar, em 2017, segundo o IBGE, foi de 1.268,00. Nesse contexto social, uma indenização de 50 mil reais, em um tema sujeito a grandes inseguranças pode sim ser considerada exorbitante.

⁶³⁴ No contexto americano isso é igualmente verdadeiro. David Anderson constatou que as indenizações por difamação, quando bem sucedidas, concedem um valor em média três vezes maiores do que casos de erro médico. Por sua vez, Andrew Kenyon também verificou um descompasso entre os valores de indenizações por danos morais oriundos de danos à reputação e outros danos, sobretudo à integridade psico-física do indivíduo. ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 515. KENYON, Andrew. *Problems with Defamation Damages?* Op. cit., p. 73.

⁶³⁵ 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.* Op. cit., p. 144.

⁶³⁶ KENYON, Andrew. *Problems with Defamation Damages?* Op. cit., p. 73.

⁶³⁷ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 513-514.

de se pensar também em outros mecanismos de proteção da liberdade de expressão e de imprensa para fins de se evitar um resfriamento indevido, uma vez que este adviria essencialmente dos custos de litigância e não apenas do medo de responsabilização em si⁶³⁸.

Isso resta muito claro na experiência norte-americana no fato de que apesar de ser muito difícil que um demandante ganhe uma ação de difamação contra a Imprensa, ainda assim as indenizações milionárias, especialmente aquelas concedidas a título de danos punitivos (*punitive damages*), tornam a litigância nessa área particularmente atraentes e permitem até mesmo que o suposto ofendido adote uma postura de assunção maior de riscos ou mesmo de ingresso em demandas temerárias.

A partir dessa constatação, as soluções sugeridas naquele contexto são de que haja a redução de custos de litigância para os dois lados – demandantes e demandados –, a fim de que ambos sejam competitivos e que haja um melhor controle sobre tais custos, com o escopo de que nenhuma parte seja onerada além do que é devido no mercado da “*libel litigation*”. Mas tal solução também suscita um dilema: uma vez diminuídos os custos para ambas as partes, há a tendência de aumento do número de demandas propostas, que conseqüentemente, de forma global, pode também resfriar a liberdade de imprensa. No contexto da malícia real, a conclusão a que David Anderson chega é de que a solução mais adequada seria a de tornar as regras mais flexíveis na medida em que facilitasse que as vítimas fossem indenizadas, mas que a compensação se desse por valores pecuniários baixos ou modestos⁶³⁹.

Diante do exposto podem ser tecidas algumas propostas para a redução dos custos que recaem sobre a Liberdade de Imprensa em sede de responsabilização ulterior. Em primeiro lugar, para fins de racionalização da fixação do *quantum* indenizatório, deve-se retomar novamente ao juízo ponderativo realizado inicialmente no momento de se definir a existência da responsabilidade. Ou seja, em todas as fases da responsabilidade civil estará presente a necessidade de se realizar um exame ponderativo entre honra e liberdade de expressão e de imprensa⁶⁴⁰. Além disso, para fins de parametrização da indenização outros critérios podem ser suscitados, sem que isso signifique um tabelamento do dano moral, como por exemplo, a transparência dos profissionais de Imprensa a respeito de seus métodos de trabalho no uso de fontes ou na checagem de fatos ou mesmo se o jornalista oportunizou os vários lados de uma

⁶³⁸ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 538.

⁶³⁹ ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 545.

⁶⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Op. cit., p. 70.

mesma história serem devidamente ouvidos, inclusive por meio do direito de resposta ou retificação⁶⁴¹. O Judiciário poderá ainda se valer de outras formas de fixação do dano moral, como o próprio método bifásico, mas desde que o grupo de casos selecionados para a fixação de um *quantum* básico utilize-se de um processo ponderativo coerente e uniforme, tal qual proposto no capítulo anterior.

Em segundo lugar, quando o Judiciário se deparar com a necessidade de proferir indenizações em patamares elevados deverá se desincumbir de maiores ônus argumentativos⁶⁴². Isso seria um dos corolários da posição preferencial da liberdade de expressão, defendida no primeiro capítulo deste trabalho, uma vez que denota a preferência por sanções menos gravosas, inclusive em seu *quantum*. Dessa forma, o aplicador do Direito deverá demonstrar de forma clara e convincente a proporcionalidade das indenizações que superem o patamar médio em casos análogos da jurisprudência do Tribunal, especificando precisamente quais são os elementos distintivos que justificam o tratamento díspar. Em terceiro lugar, sugere-se que haja uma aplicação rígida do instituto da litigância de má fé em casos em que seja verificado um eventual abuso do direito de ação (*SLAPPs*), mencionado no capítulo 3. Por fim, pode-se conclamar ao Legislador que também intervenha na matéria a fim de que seja instituída uma reforma processual, criando, por exemplo, procedimentos especiais atinentes às demandas de responsabilização ulterior da Imprensa, no sentido de reduzir tempo e custos processuais, além de buscar fomentar a eficiência processual, podendo, dessa forma, beneficiar ambas as partes envolvidas no processo, inclusive através de um tratamento diferenciado para as formas não pecuniárias de ressarcimento (tutela específica)⁶⁴³.

5.5. O direito de resposta como reparação preferencial.

Por fim, é preciso avaliar a pertinência de o direito de resposta ser tratado no direito brasileiro como uma sanção ou reparação preferencial. Como mencionado, o direito de resposta configura-se como verdadeira garantia fundamental, que, segundo Vital Moreira, se

⁶⁴¹ MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Op. cit., p. 72.

⁶⁴² No mesmo sentido v. CHEER, Ursula. *Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law*. Op. cit., p. 89 (para quem indenizações elevadíssimas devem sofrer um escrutínio estrito ou mais exaustivo. Além disso, a autora parece sugerir também que o Judiciário busque realizar análises de impactos financeiros sobre as atividades de ambas as partes comparando a posição social, política e econômica das duas partes envolvidas na demanda, como no caso *Steel and Morris v. UK*, contra o McDonald's, mencionado no capítulo 3).

⁶⁴³ KENYON, Andrew. *Problems with Defamation Damages?* Op. cit., p. 90.

constitui como um dos meios de defesa do indivíduo perante os meios de comunicação social se prestando a compensar o desequilíbrio natural entre as partes nessa relação⁶⁴⁴. Nesse particular, o instituto é assegurado por diversos países ocidentais⁶⁴⁵. Mas, para além dessa dimensão de direito individual, o direito de resposta cumpre uma importante função informativa, sendo também de interesse da própria sociedade ter acesso à pluralidade de versões e de opiniões que as respostas proporcionam⁶⁴⁶. No Brasil, possui assento constitucional no art. 5º, V CF e foi regulado pela lei 13.188/2015.

É importante assinalar que o direito de resposta – dependendo da regulação específica de cada ordenamento jurídico – pode vir a ser apreendido conceitualmente de maneira ampla ou estrita⁶⁴⁷. Através do sentido estrito, o instituto abrangeria tão somente a resposta propriamente dita. Por outro lado, a partir de uma acepção ampla, o direito abarcaria além da resposta, igualmente o direito de retificação. Além disso, outra diferença costuma verificar-se entre as diversas regulações estatais na matéria. Para alguns países o direito de resposta seria composto apenas pela “resposta” a alegações de fato incorretas ou falsas, enquanto que para outros ordenamentos, opiniões ou juízos de valor também poderiam ser objeto do desagravo.

⁶⁴⁴ MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 10-12. Segundo o autor português: “Com efeito, o direito de resposta consiste essencialmente no poder, que assiste a todo aquele que seja pessoalmente afectado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de *fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, rectificação ou defesa*”. Grifos no original.

⁶⁴⁵ András Koltay realiza um estudo comparativo do instituto do direito de resposta no contexto europeu afirmando que muitos dos países preveem o referido direito, a maior parte deles com assento legal, como Itália, França, Bélgica, Hungria, Alemanha e Espanha e alguns, como Grécia, Portugal, Eslovênia, Croácia, Macedônia, Turquia e Ucrânia, com hierarquia constitucional. Apenas poucos países, como Reino Unido, Suécia ou Bulgária, não teriam qualquer previsão legal no assunto, mas aplicariam o direito de resposta por meio de outras formas, como contratos ou autorregulações. KOLTAY, András. *The Right of Reply in a European Comparative Perspective*. In: *Acta Juridica Hungarica*, 54, No 1, pp. 73–89, 2013, p. 76-78. No direito norte-americano, o tema costuma ser polêmico, onde diversos autores e até mesmo a Suprema Corte chegaram a ser contra qualquer forma de regulação estatal do direito de respostas, uma vez que seria uma limitação indevida à liberdade editorial e, portanto, à liberdade de imprensa, em desconformidade, assim, com a 1ª Emenda. Cf. *Miami Herald Publishing Co. vs. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), em que a Corte invalidou lei do estado da Flórida por considerar que a previsão do direito de resposta durante às eleições, em favor de candidatos atacados por jornais, seria equivalente à censura, por afetar a liberdade editorial e por causar um indevido *chilling effect*. Apesar disso, alguns estados preveem institutos chamados de *retraction*, que seriam muito parecidos com o direito de resposta. No âmbito do direito internacional também há a aceitação do direito de resposta, como por exemplo, no Pacto San José da Costa Rica que prevê expressamente o instituto no art. 14.

⁶⁴⁶ Nesse sentido, a CEDH chegou a afirmar no caso *Ediciones de Tiempo S.A v. Spain* (app. Nº. 13010/87) que a proteção à dimensão individual no direito de resposta seria secundária a essa função informativa ou dimensão social. Apesar disso, adota-se aqui a posição de András Koltay, segundo a qual não deve haver hierarquia entre as duas funções desempenhadas pelo direito de resposta. KOLTAY, András. *The Right of Reply in a European Comparative Perspective*. Op. cit., p. 87. No mesmo sentido, MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Op. cit., p. 30 (abraça um posicionamento de plurifuncionalidade do direito de resposta. Em sua concepção o instituto não se presta a reestabelecer a verdade ou a inverdade, pois isso acabaria sendo secundário. Na verdade, o seu objetivo seria de apresentar a versão pessoal dos fatos do ofendido ou mesmo a sua opinião, o que por sua vez possuiria uma notável função pacificadora).

⁶⁴⁷ MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Op. cit., p. 14.

No âmbito da legislação federal brasileira, percebe-se que o desenho institucional adotado tutela – segundo o artigo 2º da lei específica – tanto o direito de resposta de forma ampla (resposta e retificação), quanto a possibilidade de ser exercido em face de juízos de valor (opinião) e de fato⁶⁴⁸.

Em se tratando de direito de resposta, o ponto fundamental para se compreender a sua utilidade e até mesmo a sua consideração como uma reparação ou sanção de cunho preferencial é o imperativo de que seja exercido de forma proporcional ao agravo sofrido. Uma vez que se justifica na isonomia, na paridade de armas ou simplesmente no “princípio da equivalência”, deve-se buscar que a efetivação da resposta ou da retificação receba a mesma forma, o mesmo destaque, além de buscar alcançar a mesma audiência da notícia ou informação que justificou a sua utilização⁶⁴⁹. Além disso, é um remédio que também se orienta pelos princípios da imediaticidade e da atualidade, buscando que a resposta ou a retificação seja exercida de forma mais célere e imediata, uma vez que caso muito demorada perderá a capacidade de ingressar no mercado de ideias enquanto a notícia ou opinião esteja “quente” (*Hot News*) para a audiência e, portanto, terá a sua utilidade esvaziada. Consequentemente, respostas que não prezem pela atualidade e imediaticidade perdem sua capacidade informativa de agregar aos debates públicos.

Por outro lado, o exercício do direito de resposta também deve guardar algum grau de “proporcionalidade” sob outra perspectiva. É essencial que os indivíduos, a despeito de estarem exercendo o seu legítimo direito de resposta, não se valham de expressões mentirosas, ofensivas ou difamatórias⁶⁵⁰. Nesse sentido, a própria lei federal 13.188/2015 impõe limitações ou restrições ao exercício do direito de resposta, como por exemplo, a necessidade de ser restrita apenas aos assuntos que guardam pertinência com o objeto da matéria

⁶⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Op. cit., p. 35. No âmbito da União Europeia, a diretiva 89/552/EC orienta apenas aos países membros a adotarem algum remédio legal análogo ao direito de resposta contra manifestações falsas, não falando nada mais sobre violações à honra ou reputação oriundas de opiniões, apesar de o Parlamento e o Conselho Europeu terem feito recomendações muito mais amplas. Informações constantes em: KOLTAY, András. *The Right of Reply in a European Comparative Perspective*. Op. cit., p. 74-75.

⁶⁴⁹ MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Op. cit., p. 40-41. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. Op. cit., p. 35-36.

⁶⁵⁰ Segundo Vital Moreira, o exercício do direito de resposta não pode se converter em um “dente por dente” ou implicar em violações à lei penal. Não obstante, isso não significa que uma matéria difamatória e ofensiva mereça uma resposta cortês. MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Op. cit., p. 41.

original⁶⁵¹. A par dessa limitação quanto ao conteúdo da resposta, a negativa arbitrária do meio de comunicação social em assegurar o legítimo direito de resposta a algum ofendido estará sujeito a multas legais e às “medidas judiciais cabíveis” para efetivação da tutela específica (art. 7º, §4º).

Mas quais seriam as razões para considerar o direito de resposta como uma sanção ou reparação preferencial? Fábio Carvalho Leite apresenta três justificativas para tanto. A primeira é que seria a forma mais justa de o Estado assegurar o direito à honra, sem comprometer o conteúdo da expressão. A segunda seria o fato de o direito de resposta acrescentar ao debate público (informar), isto é, justamente o desempenho de uma função enriquecedora do livre mercado de ideias. Por fim, o direito de resposta seria um poderoso inibidor do abuso da liberdade de expressão por conta do possível descrédito gerado no emissor da informação ou opinião falsa⁶⁵².

Jónatas E. M. Machado se posiciona no mesmo sentido entendendo que as reparações devem se guiar pelo “princípio de preferência dos meios menos gravosos”⁶⁵³. Segundo o referido princípio a tutela da personalidade em face da liberdade de expressão deve passar, preferencialmente, por uma tutela gradativa, da menos gravosa para a mais gravosa. Para tanto aduz que o “direito à tutela jurídica efetiva” não deveria ser interpretado com ares de absolutismo, uma vez que caso aplicado acriticamente por figuras públicas poderia eventualmente subverter o equilíbrio de forças que subjaz a relação processual, sobretudo quando exercido de forma abusiva (*SLAPPs*). Em sua opinião, a própria “tutela jurídica efetiva” deve ser recorrentemente ponderada com a liberdade de expressão sentido amplo⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Trata-se do artigo 8º, que possui a seguinte redação: “Art. 8º Não será admitida a divulgação, publicação ou transmissão de resposta ou retificação que não tenha relação com as informações contidas na matéria a que pretende responder nem se enquadre no §1º do art. 2º desta lei”.

⁶⁵² LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 406-407.

⁶⁵³ MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Op. cit., p. 53-58. O pensamento do autor lusófono pode ser resumido na seguinte passagem: “Por tudo isto, pode concluir-se que existem três princípios orientadores em matéria de determinação dos meios jurídicos menos gravosos: i) em primeiro lugar, o direito de resposta e de retificação deve ser concebido como o mecanismo jurídico de reação menos gravoso; ii) em segundo lugar, os meios de tutela civil de índole definitiva e os meios de tutela penal devem, em geral preponderar sobre os meios de tutela cautelar, em virtude de estes se reconduzirem a formas de interferência prévia na liberdade de expressão, impedindo, porventura em absoluto, a difusão dos conteúdos informativos; iii) em terceiro e último lugar, devem tendencialmente privilegiar-se os meios de tutela civil, que se dirigem à reparação do dano causado, em detrimento dos instrumentos jurídicos-penais, que visam a punição do agente pela sua conduta, prosseguindo finalidades preventivas”.

⁶⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Op. cit., p. 51.

Além das razões apresentadas acima, defende-se aqui que o direito de resposta como sanção ou reparação preferencial (preferência pelos meios menos gravosos) seria uma das consequências diretas da adoção da posição preferencial da liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio, como demonstrado no capítulo 1 deste trabalho. Além disso, uma leitura gramatical e “topográfica” do artigo 5º, V da CF pode levar à mesma conclusão, porquanto o dispositivo trata em primeiro lugar e de forma principal do direito de resposta para, apenas em um segundo momento, prever as reparações cíveis de cunho pecuniário.

Apesar disso, a jurisprudência e as próprias partes nos processos judiciais parecem ainda não ter despertado para a importância de que o direito de resposta seja considerado como meio de reparação preferencial. Em suas pesquisas jurisprudenciais Fábio Carvalho Leite constatou que em nenhum dos acórdãos localizados em suas pesquisas no STJ a respeito de condenações em favor dos direitos da personalidade em face do exercício da liberdade de expressão houve a tutela específica do direito de resposta, mesmo constatando que em 33 casos este seria viável⁶⁵⁵. Apesar disso, não se deve ignorar que para os próprios ofendidos a resposta pode não ser algo de menor relevância. Em um estudo realizado na década de 1980 no estado norte-americano de Iowa, 71% dos entrevistados demonstraram que ficariam satisfeitos com retratações ou pedidos de desculpas⁶⁵⁶.

Ocorre que, diante do arcabouço jurídico brasileiro, a enunciação abstrata – decorrente de princípios e teorias – do direito de resposta como sanção ou reparação preferencial encontra, ao menos, uma dificuldade prática. É dizer, aqui incide uma questão de cunho processual, consubstanciada em saber qual deveria ser a solução jurídica adequada, à luz dessa característica, caso o pedido do demandante apenas pleiteie a compensação indenizatória por danos morais. A solução demanda cuidados, especialmente em razão da disponibilidade dos meios de reparação de dano. Ou seja, o titular de um direito pode optar pelo remédio jurídico que melhor atenda às suas expectativas diante dos danos experimentados. Assim, é perfeitamente legítimo que o ofendido opte pela compensação pecuniária ao invés do direito de resposta. Dessa forma, tendo como norte o direito de

⁶⁵⁵ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. Op. cit., p. 404. O autor sugere que esse direito não é muito observado na prática por conta de um círculo “vicioso”: os juízes não concedem porque os autores não pedem e estes não pedem por conta da possibilidade de indenizações generosas.

⁶⁵⁶ Tratam-se de dados das pesquisas realizadas pelo *Iowa Libel Project*. Informações constantes em: ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* Op. cit., p. 547. Esse e alguns outros resultados do referido projeto podem ser consultados em: BEZANSON, Randall P.; CRANBERG, Gilbert; SOLOSKI, John. *The Economics of libel*. In: EVERETTE, Dennis E.; NOAM, Eli M. (edt.). *The cost of libel: Economic and policy implications*. New York: Columbia University Press, 1989, p. 25.

resposta como uma sanção ou reparação preferencial duas soluções diretas poderiam ser imaginadas e adotadas pelo Poder Judiciário para contornar a referida dificuldade prática.

Nesse sentido, ante a ausência de previsão legal, o Judiciário não pode simplesmente julgar improcedentes demandas pela ausência de cumulação do pedido indenizatório com o direito de resposta. Diante disso, uma primeira solução seria a de que o juiz do caso concreto se engajasse em uma postura proativa ou promocional, especialmente em sede de audiências de conciliação e de instrução e julgamento – portanto antes de prolatar qualquer decisão –, estimulando que as partes componham as suas lides através do exercício do direito de resposta. A segunda solução deve ser compreendida em longo prazo e sistematicamente com outras propostas de se atenuar o efeito resfriador. Nesse sentido, caso o Judiciário brasileiro passe a adotar as propostas tecidas no tópico anterior – sobretudo a moderação do *quantum* indenizatório e os ônus argumentativos maiores para a concessão de indenizações elevadas –, ao mesmo tempo em que se preocupe com a celeridade nos processos em que possa ser exercido o direito de resposta, uma vez que o instituto se orienta pela imediaticidade, por si só implicaria em fortes estímulos e incentivos para que os próprios jurisdicionados passassem a buscar a tutela específica de forma preferencial às pretensões puramente indenizatórias. Todavia, reconhece-se aqui que essas soluções podem parecer pouco satisfatórias à luz das considerações tecidas e defendidas na presente seção. Sendo assim, é certo que uma última alternativa seria que o direito de resposta, como sanção ou reparação preferencial, – repita-se fundamentado no princípio da sanção menos gravosa e na posição preferencial da liberdade de expressão – embase reformas legislativas na matéria trazendo, por exemplo, previsão de cunho procedimental que torne necessária a avaliação prévia a qualquer pedido indenizatório sobre a pertinência e sobre a proporcionalidade do exercício do direito de resposta.

Em resumo, o direito de resposta ao se constituir como uma sanção ou reparação preferencial imposta pelo Poder Judiciário possibilita a concretização de uma dimensão democrática da liberdade da expressão e da Imprensa. Apesar de haver algum grau de interferência na liberdade editorial, tal direito fundamental deve ser visto também como um “direito de expressão”, capaz de instaurar um verdadeiro contraditório a partir da “contra-mensagens, contra-informações ou contraversões”⁶⁵⁷ tornando, portanto, o livre mercado de ideias mais rico e mais robusto, sem descuidar do seu potencial de reparar violações ilegítimas sobre os direitos da personalidade. Não se deixa, todavia, de adotar-se a máxima de caráter

⁶⁵⁷ MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Op. cit., p. 16.

liberal de se combater o discurso falso ou ofensivo com mais discurso. Além disso, seria uma forma adequada de equilibrar os direitos fundamentais em rota de colisão, uma vez que assegura uma forma de reparação adequada aos danos à reputação, com o menor custo possível para a liberdade de expressão e o livre fluxo de ideias e informações. Apesar disso, reconhece-se aqui que a sua adoção enfrenta questões processuais relevantes, que ainda que possam ter a sua resolução estimulada pelo Judiciário, talvez demandem efetivamente a intervenção do Legislador na matéria. A conclusão, portanto, é de que se constitui como valioso instrumento para contornar o efeito resfriador sobre a Liberdade de Imprensa, mas não pode haver qualquer tipo de ilusão de que apenas enuncia-lo de forma abstrata e descontextualizada de outras medidas seja suficiente para contornar ou evitar efeitos resfriadores.

5.6. Aplicação concreta das soluções propostas.

A fim de que sejam sintetizadas as propostas apresentadas no presente capítulo, o presente tópico buscará demonstrar como alguns casos julgados pelo STJ levantados no capítulo 3 poderiam ter sido decididos de forma distinta, sobretudo a partir de preocupações com efeitos resfriadores.

O primeiro caso que merece ser citado é o REsp 1.120.971, no qual, rememore-se, o ex presidente da República, Fernando Collor, ajuizou ação indenizatória por danos morais em face da Editora Abril, por ocasião de ter sido designado pela expressão “corrupto desvairado”, em matéria jornalística da Revista Veja. Ao final, a decisão do STJ foi no sentido de condenar a revista ao pagamento de 500 mil reais a título de indenização. O trecho da matéria objeto da lide possui o seguinte conteúdo:

“(…) 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: governo do operário ético faz com o caseiro tudo o que o governo do corrupto desvairado não ousou fazer com o motorista. E repare-se numa diferença: o motorista derrubou o governo literalmente. O caseiro derrubou o governo moralmente”.

Nos termos desenvolvidos acima, o caso merecia ser apreciado de acordo com o parâmetro da malícia real (*actual malice*), de modo que o ex presidente deveria arcar com o

ônus da prova do dolo direto ou eventual em relação à falsidade ou ofensividade das expressões. Isso porque, como afirmado, mais do que uma simples figura pública o demandante se constitui como uma notável figura política no contexto brasileiro e as expressões guardavam pertinência com fatos relacionados à sua atuação em assuntos públicos e políticos. Ademais, mesmo que o autor não tenha efetivamente sido condenado criminalmente por corrupção, não deveria haver uma interpretação tão rígida a esse respeito, uma vez que a própria palavra “corrupto” comporta outros significados que não apenas a prática de condutas qualificadas como crime. Consequentemente, ante a inexistência de qualquer prova a respeito da malícia, a Editora não deveria ter sido responsabilizada. Desse modo, a fim de que fosse preservada uma zona de segurança sobre críticas e relatos de assuntos dessa envergadura – inclusive para terceiros – seria imperiosa a adoção do referido parâmetro em casos análogos.

Em segundo lugar, pode ser citado o REsp 1.440.721, onde o então Deputado Federal Ronaldo Caiado ajuizou demanda indenizatória por danos morais em face da Editora e de autor do livro “Na toca dos leões – a história do W/Brasil”, em razão de a obra lhe ter atribuído falas de caráter eugênico e racista. A demanda foi procedente e a condenação foi de 250 mil reais para cada réu. O trecho do livro que foi reputado como difamatório foi o seguinte:

“O cara era muito louco. Contou que era médico e tinha a solução para o maior problema do país, ‘a superpopulação dos estratos sociais inferiores, os nordestinos’. Segundo seu plano, esse problema desapareceria com a adição à água potável de um remédio que esterilizava as mulheres”.

Inicialmente cabem duas observações. A primeira é que a ponderação realizada pelo STJ e pelas instâncias ordinárias para aferir a responsabilidade civil, nesse caso, ainda que não tenha seguido o *iter* proposto no capítulo anterior não pode ser reputada, de plano, como equivocada. Isso porque, ainda que fosse Deputado Federal, portanto figura pública, aparentemente verifica-se que a publicação não foi equilibrada, sob o ponto de vista de utilização de fontes confiáveis, checagem das informações e busca pela versão do retratado. Ademais, os réus ainda se mostraram desinteressados na própria atualização das informações, uma vez que questionaram a imposição de retratação. Em segundo lugar, ainda que pudesse ser cogitado o parâmetro da malícia real, preferiu-se aqui não aplicá-lo uma vez que apesar de figura política poderia haver questionamentos se a discussão de fato envolvia um assunto de interesse público. Assim, o presente caso seria melhor analisado pela ótica dos custos

envolvidos no processo. Ocorre que não foi adequada a ponderação sobre o *quantum* dos danos morais, primeiro porque se utilizou de uma concepção equivocada de danos punitivos (*punitive damages*), em segundo lugar, porque houve a cumulação da tutela específica (retratação) com a indenização – assim, o *quantum* deveria ser módico, porquanto a honra já teria sido em alguma medida reparada por esta –, em terceiro lugar, porque há a utilização meramente retórica do argumento de que pessoas públicas devem se submeter a maiores críticas e, por fim, apesar de imputações de fato graves, o *quantum* – 500 mil total e 250 mil de cada réu – se encontra em descompasso com a média indenizatória concedida para outras espécies de danos mais graves, vistas no capítulo 3. Portanto, por essas razões, pode-se afirmar que não houve uma adequada ponderação sobre o *quantum* indenizatório, que deveria ter sido fixado mais próximo dos patamares médios que a Corte reputa como padrões para essa colisão específica de direito, isto é, entre 30 e 50 mil reais.

Por fim, pode ser citado o REsp 1.637.880, onde o empresário Benjamin Steibruch, ajuizou demanda indenizatória por dano morais em face de Editora e do escritor Ricardo Tiezzi, por ocasião da publicação do livro “A usina da injustiça – como um homem está destruindo uma cidade”. A demanda foi procedente e os réus condenados ao pagamento de 124.500,00 reais de indenização. A decisão de Primeiro Grau, que foi tida como correta pelo STJ e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, indica as expressões que foram reputadas ofensivas ao autor da demanda, nos seguintes termos:

[...] na capa do livro não há informação alguma e, ademais, há, sim, ofensa clara à pessoa do Autor, reputado como um destruidor de cidades. É bem verdade que pessoas públicas, naturalmente, estão mais sujeitas a cobranças e a críticas (fundadas ou não). Entrementes, como dito acima, o direito de externar opiniões e fazer críticas tem limite, o que está hialino na redação do artigo 187 do Código Civil. O primeiro limite é a própria verdade, eis que crítica alguma sobrevive a ela. O segundo limite é a boa educação que, infelizmente, é privilégio de poucos, ainda que letrados. E o terceiro limite está no fato de, a par de ser possível criticar, isto não pode esbarrar no achincalhe, no menoscabo ou na utilização de epítetos inverídicos ou mal intencionados. Ora, se o leitor, antes mesmo de abrir o livro, deparar com a associação da pessoa do Autor, cuja fotografia está estampada, com um destruidor de cidades, isto parece um evidente excesso da fruição do direito de opinar e de informar. O título do livro "A usina da Injustiça" é, por si só, ofensivo ao Autor, pois incute naturalmente na mente do leitor a idéia de um malfeitor, de um injusto e destruidor de cidades. Há mais. O epíteto "aventureiro", mencionado várias vezes na inicial, tirado de textos da obra, vinculado diretamente à pessoa do Autor, dá a clara idéia de pessoa irresponsável e inconseqüente. Não

cabe aqui julgar nem tecer considerações sobre a pessoa do Autor. O fato concreto é que ele foi colocado como pessoa irresponsável e incoseqüente o que, naturalmente, ofende a sua honra subjetiva. Assim, mais uma vez se constata a exacerbação do direito, pois, o limite supra mencionado foi, mais uma vez, ultrapassado. Com relação à palavra "arrogante" cabe o mesmo raciocínio. O mesmo vale para a comparação a um envenenador. A alegação dos Réus, a sustentar que se tratava de externar opiniões de pessoas da comunidade e, por isso, desprovidas de caráter ofensivo, não vinga. É que, no ver deste Juízo, só é possível falar em pleno Estado Democrático de Direito quando uns respeitam o direito de outros. Ou seja, o direito de informar e de emitir opiniões, assim, como qualquer outro, tem um limite. As outras palavras assacadas contra o Autor também têm cunho nitidamente ofensivo, pois não se pode entender como caráter meramente informativo quando alguém é tratado como pessoa que usa uma chibata para tratar os mais humildes da sociedade comarcana de Volta Redonda. (...) O uso do direito dos Réus poderia perfeitamente ter sido exercido de modo mais educado, conflitando idéias e projetos e não o caráter ou a honra das pessoas [...] O dano moral no ver deste julgado, está caracterizado nos autos, uma vez que o Autor foi comparado a um homem de má índole, uma pessoa de má intenção não só para com uma urbe, mas também para com as pessoas que nela habitam. A ignomínia é clara nos autos, ante o excesso, o abuso praticado pelos Réus. (...)

Embora se entenda aqui que a ponderação tenha sido realizada de forma equivocada em diversos sentidos, considerar-se-á que tenha havido dano moral a fim de que o caso possa ser analisado sob a perspectiva conjunta do *quantum* indenizatório e do direito de resposta. Primeiramente, pelas mesmas considerações tecidas no exame do caso anterior entende-se que a indenização foi desproporcional ao dano eventualmente sofrido. Não verifica-se em nenhuma das instâncias a observância de um ônus argumentativo mais robusto para que o *quantum* fosse concedido em patamares elevados⁶⁵⁸. Ao revés, destacou-se apenas o exercício abusivo da liberdade de expressão e o caráter punitivo responsabilização civil. Além disso, caso o próprio STJ houvesse se utilizado adequadamente do método bifásico a solução deveria ser diversa, no sentido de uma indenização mais baixa, nos patamares reputados médios pela Corte, entre 30 e 50 mil reais.

⁶⁵⁸ Registre-se, contudo, que, em voto vencido, o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Giffoni Ferreira, parece se desincumbir desse ônus argumentativo para fins de conferir maior tutela à liberdade de expressão, na contramão dos votos de seus pares, destacando inclusive que o conteúdo apresentado pelo livro era verdadeiro, uma vez que fruto de investigações e entrevistas sobre acontecimentos que inclusive já haviam sido noticiados pela Imprensa nacional e estrangeira. Não obstante, entendeu que deveria ter havido a condenação apenas por violação à imagem do empresário, votando por uma indenização mais módica, de 20 mil reais. Ou seja, para uma tutela menos robusta dos direitos da personalidade foi preciso um maior ônus argumentativo. Os votos ainda podem ser acessados pelo sistema de consulta processual do TJSP pelo número: Apelação nº 9091735-49.2009.8.26.0000.

Por outro lado, entende-se aqui que também haveria espaço, ao menos nas instâncias ordinárias, para haver considerações a respeito do direito de resposta ser tido como uma sanção preferencial. Consigne-se que essa postura deveria ter sido assumida pelo juízo de primeira instância. Pela cronologia do processo, a ação foi ajuizada em 2007 e a sentença de Primeiro Grau ocorreu em 2008. Por sua vez, a decisão do STJ ocorreu apenas em outubro de 2017, dez anos depois de iniciada a lide. Dessa forma, pelo princípio da imediatividade o exercício do direito de resposta no âmbito do STJ teria uma utilidade muito diminuta para a reparação da ofensa e para o cumprimento do objetivo de melhor informar o público.

Diante disso, seria possível cogitar que o juízo de 1ª instância poderia ter assumido uma postura mais proativa, buscando orientar as partes a direcionarem as suas pretensões para o caminho das retificações e das respostas. No entanto, verificou-se que não houve em nenhum momento a tentativa de conciliação ou mesmo a realização de audiências, por reputar meramente suficiente a utilização de provas documentais. Ocorre que, o momento de audiências seria particularmente propício para o exercício desse papel promocional por parte do juiz. É de se destacar que, ao final, a sentença de Primeiro Grau ainda proibiu a comercialização do referido livro ao invés de igualmente buscar sanar (retificar) eventuais vícios ou que o ofendido apresentasse a sua versão.

A título de conclusão, no caso em análise, o exercício da retificação, retratação ou resposta, em livro impresso, teria um viés informativo muito mais amplo – e muito mais proporcional – do que a proibição de comercialização do livro e possivelmente melhor repararia a sua honra, uma vez que os próprios ofensores poderiam ter as suas respectivas credibilidades reduzidas. Portanto, a postura que poderia ter sido adotada pela magistrada do caso concreto não seria a imposição de uma resposta ou retificação forçada em lugar de qualquer compensação pecuniária por danos morais. Repita-se não se propõe aqui tal solução. Ao revés, a proposição seria por uma atuação proativa de modo a estimular as partes a resolver o litígio por meio da tutela específica. Subsidiariamente, caso a demanda de fato resultasse nesse desfecho (tutela específica), poder-se-ia ainda avaliar a pertinência de indenizações pecuniárias, que não obstante deveriam ser fixadas em valores mais reduzidos e, conseqüentemente teriam o seu viés resfriador reduzido.

Conclusão e proposições objetivas.

A título de encerramento, é preciso destacar que este trabalho se ocupou de analisar diversas questões atinentes às liberdades comunicativas com o escopo de apresentar com maior detalhamento o tema do efeito resfriador (*chilling effect*) das responsabilidades ulteriores sobre a Liberdade de Imprensa. Nesse sentido, para o desenvolvimento dos estudos, buscou-se apoio em doutrinas estrangeiras e nacionais e de análises jurisprudenciais, sobretudo nos Tribunais Superiores pátrios. Por fim, reservou o espaço adequado para reflexões e propostas de soluções para eventuais problemas constatados. A fim de sistematizar os assuntos abordados, a seguir serão resumidas as principais conclusões sob a forma de proposições objetivas.

1. A liberdade de expressão deve inicialmente ser qualificada como um direito fundamental e, em sua modalidade Liberdade de Imprensa, como uma garantia institucional. Como direito fundamental traz consequências bastante claras: a dimensão subjetiva, a dimensão objetiva e a eficácia horizontal. Como garantia institucional advém das considerações de que a Liberdade de Imprensa também é objeto de Capítulo próprio na Constituição Federal, trazendo diversas garantias, restrições e regulações aplicáveis aos meios de comunicação social, nos quais a Imprensa está inserida.
2. A liberdade de expressão em termos amplos possui fundamentos de caráter instrumental e de caráter constitutivo, que devem ser tidos como complementares.
3. Como modalidades instrumentais são destacadas, em primeiro lugar, a busca pela verdade, consubstanciada, contemporaneamente, na analogia com o “livre mercado de ideias”, uma vez que, a partir dos paradigmas do experimentalismo e da falibilidade humana, a verdade somente seria alcançável em ambientes isentos de censuras sobre a liberdade de expressão. Em segundo, a liberdade de expressão pode ser fundamentada como uma condição essencial para o bom funcionamento das democracias, sob diversas perspectivas, mas em todas elas relacionados com a questão da autonomia pública dos cidadãos. Assim, por exemplo, a liberdade de expressão pode ser associada aos modelos de democracia direta, de democracia deliberativa ou simplesmente às formas de fomentar a *accountability* estatal. Em terceiro lugar, há o fundamento instrumental de que a liberdade de expressão seria primordial para a sobrevivência de sociedades tolerantes e plurais, que se relaciona com características típicas do mundo contemporâneo. Por fim, pode-se dizer ainda que existem outros fundamentos

instrumentais, destacados em menor proporção pela doutrina, como a função de garantir o exercício dos demais direitos fundamentais ou a importância para se garantir a preservação cultural e histórica e para o avanço científico e tecnológico.

4- Por sua vez, o fundamento de caráter constitutivo se vincula ao fato de a liberdade de expressão estar intimamente relacionada com a auto realização individual, uma vez que seria elemento constitutivo fundamental dos princípios que compõem o conceito de dignidade da pessoa humana – valor intrínseco, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento –, um dos valores centrais da Constituição Federal de 1988.

5- No debate norte-americano a posição do Estado perante as liberdades comunicativas já foi alvo de intensos debates entre as teorias libertária e democrática, sendo certo que naquele contexto há uma maior tendência de a primeira ter primazia. Contudo, a teoria democrática, que propugna um papel mais ativo e promocional do Estado sobre a liberdade de expressão pode ser vislumbrada como plenamente compatível com o arcabouço da Constituição Federal de 1988, sobretudo como decorrência da tutela dos direitos fundamentais e dos objetivos gerais do Estado brasileiro.

6- A liberdade de expressão lato sensu possui contornos multifacetários e abrange uma ampla variedade de subespécies consagradas constitucionalmente, dentre as quais a Liberdade de Imprensa. Além do mais, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, certas modalidades de expressão ou conteúdos de discurso não são tutelados por nenhuma de suas espécies.

7- De acordo com os apontamentos mais modernos da doutrina e da jurisprudência, a liberdade de expressão deve ter reconhecida a sua posição preferencial. Inclusive no direito brasileiro existiria uma série de razões pelas quais este reconhecimento se justifica. Embora a posição preferencial atribua uma hierarquia axiológica superior às liberdades comunicativas isso não implica em estabelecer uma hierarquia jurídica entre normas constitucionais, mas apenas um peso pré-ponderativo superior em face de outros direitos colidentes. Além disso, devem ser reconhecidas algumas consequências jurídicas diretas desta concepção, como por exemplo, a maior moderação sobre eventuais meios restritivos à liberdade de expressão.

8- A Liberdade de Imprensa, que é vinculada ao regime democrático, deve ser contextualizada no amplo fenômeno do acesso à informação. Apesar de as revoluções digitais e informacionais terem proporcionado uma democratização nos processos comunicativos, isso

não significa dizer que a Imprensa passou a ser desimportante ou desempenhar um papel secundário. Por outro lado, o reconhecimento de sua importância não pode implicar em defesas cegas e apaixonadas, uma vez que também pode ser inserida no contexto das relações econômicas e de poder.

9- Uma primeira classificação no tema da Liberdade de Imprensa se refere à tentativa de se apartar a liberdade de informar da liberdade de opinar. Nesse sentido, aquela seria equivalente ao relato de fatos objetivos, enquanto que esta implicaria em juízos críticos ou valorativos. Ambas as dimensões são asseguradas pela Liberdade de Imprensa. Apesar de todas as dificuldades práticas em realizar uma separação estrita e rígida dos conteúdos, a classificação não é irrelevante, uma vez que apenas sobre o relato de fatos é que recai a exigência da veracidade. Nesse sentido, para fins de se delinear se determinada expressão merece ser qualificada como fato ou opinião, diante de casos difíceis, pode ser aplicado o critério da preponderância.

10- Além disso, uma classificação tradicional se orienta no sentido de que a Liberdade de Imprensa se subdividiria em direito de informar, direito de buscar informações e direito de ser informado. Em síntese, abrangem respectivamente a autonomia editorial que a Imprensa possui, o direito de que não haja barreiras não razoáveis na busca e coleta de informações e considerações sobre eventuais direitos dos receptores das informações e opiniões. Embora se reconheça a importância de atuações promocionais nas esferas comunicativas essa última faculdade não deve ser compreendida como um direito subjetivo de qualquer indivíduo pleitear a publicação de determinada matéria ou conteúdo.

11- A Imprensa exerce ao menos três funções relevantes. A primeira, denominada de função de instituição política (*watchdog*), trata-se do exercício da fiscalização dos poderes públicos e privados. A segunda se resume à função de prover informações e contexto à sociedade, pela qual a Imprensa efetivamente possui a capacidade de apresentar pautas e agendas (*agenda setting*) que passarão a ser discutidas por toda a sociedade. A terceira se refere a uma função social (*social glue*), pela qual se assemelha a um quadro de avisos sobre eventos e circunstâncias de interesse público ou setorial.

12- A partir da própria noção de liberdade editorial é preciso reconhecer a existência de certos deveres de cunho deontológico inerentes ao jornalismo, como por exemplo, o compromisso com a verdade – e com certo grau de precisão –, o dever de lealdade à sociedade e a disciplina

de verificação. Muito embora sejam deveres de cunho ético isso não significa dizer que não tenha qualquer influência jurídica. Ao contrário, podem especialmente servir de suporte na avaliação de graduações ou ponderações nas responsabilidades ulteriores da Imprensa.

13- A Constituição Federal de 1988 possui diversas previsões setoriais que se aplicam à Liberdade de Imprensa e que confirmam que a mesma merece tratamento autônomo das demais espécies da liberdade de expressão. Assim, podem ser citadas as previsões de vedação à censura, o exercício do direito de crítica, a proteção sobre o sigilo das fontes de informação e a vedação ao anonimato. Além disso, o Supremo Tribunal Federal possui precedente no sentido de inexigibilidade de diploma de ensino superior para o exercício da profissão de jornalista.

14- Na última década o Supremo Tribunal Federal julgou uma série de precedentes de grande destaque para o exercício da Liberdade de Imprensa, como a ADIn 4451 e a ADPF 130. Esta última é especialmente relevante, uma vez que diversas reclamações constitucionais, com o escopo de garantir uma tutela célere e eficaz em casos de graves violações à Liberdade de Imprensa, são admitidas pela Corte com base no referido precedente.

15- O efeito resfriador (*chilling effect*) é fenômeno amplo que não incide apenas sobre as liberdades comunicativas. Além disso, mesmo na seara da liberdade de expressão em termos amplos diversos tipos de regulações ou restrições ensejam questionamentos sobre a ocorrência de resfriamentos. O escopo do trabalho foi analisar o resfriamento especificamente sob o enfoque do sistema de responsabilização ulterior.

16- Os estudos no tema remontam à doutrina e à jurisprudência norte-americana, sobretudo após o emblemático precedente *New York Times Co. vs. Sullivan*, que foi responsável pela elaboração do parâmetro da malícia real justamente, para fins de contenção de ilegítimos *chilling effects*. Posteriormente, preocupações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do efeito resfriador foram tecidas em diversos ordenamentos jurídicos, como por exemplo, Austrália, Inglaterra e Nova Zelândia.

17- As considerações sobre *chilling effects* se apoiam em dois pressupostos básicos: o grau de incerteza que todo ordenamento jurídico possui e a avaliação comparada dos danos que podem ser causados em caso de erros judiciais. A premissa é que a incerteza ou mesmo o temor quanto à punição ou à incidência de consequência jurídicas – a princípio orientadas para dissuadir condutas juridicamente não tuteladas (*chilling effect benigno*) – é capaz de

gerar uma dissuasão indevida sobre a publicação de conteúdos constitucionalmente tutelados (*chilling effect* ilegítimo), a partir de uma postura de autocensura. Além disso, o *chilling effect* pode ser classificado em direto ou indireto caso ocorra, respectivamente, a mudança no conteúdo da manifestação ou a efetiva abstenção ao debate.

18- A avaliação de *chilling effects* é sujeita a grandes dificuldades empíricas, tanto em relação a sua devida quantificação, quanto em relação aos eventuais remédios propostos para contorná-lo. Nesse sentido, diversos trabalhos acadêmicos se preocuparam em demonstrar a sua ocorrência – ou ao menos evidências –, apesar de poucos terem se orientado por uma metodologia de cunho objetivo. Uma das justificativas para as dificuldades de quantificação é que a postura de autocensura gerada pelo efeito resfriador é, em larga medida, um conceito sociológico e psicológico, o que inclusive influencia análises embasadas na economia comportamental na matéria.

19- Apesar de todas as dificuldades envolvidas no tema, mesmo os mais céticos não chegam a negar ou ignorar a importância de considerações sobre o efeito resfriador. No mesmo sentido, é preciso uma maior sensibilidade das Cortes brasileiras sobre o tema, especialmente em assuntos de relevância pública ou que envolvam alguma figura pública. Nesses temas, ainda que não haja demonstrabilidades inequívocas, é preciso haver alguma forma de presunção favorável às liberdades comunicativas.

20- Embora se adote a posição de que a censura e as responsabilidades ulteriores devam ser tratadas como institutos apartados, não se pode ignorar que uma proteção à Liberdade de Imprensa que se preocupe apenas com o “*timing*” da restrição pode levar a resultados insatisfatórios, especialmente em termos de resfriamentos indevidos. Assim, é preciso que haja uma proteção material sobre a liberdade de expressão em termos amplos e não apenas uma tutela formalista.

21- É preciso que o Direito Constitucional e o Direito Civil se reconciliem em torno de suas respectivas compreensões a cerca dos “direitos da personalidade”. A referida categoria comumente é associada – no bojo das colisões com a liberdade de expressão – aos direitos à honra, à imagem e à privacidade, que são naturalmente concepções marcadas por um devir histórico. Apesar de o Direito Civil desenvolver a categoria dos direitos da personalidade como decorrências lógicas da dignidade da pessoa humana, pouca atenção foi reservada à liberdade de expressão como um direito inerente à personalidade humana.

22- A estrutura da responsabilização civil brasileira é orientada basicamente para fins de reparação integral do dano. Na colisão entre Liberdade de Imprensa e direitos da personalidade a aferição de danos injustos dependerá dos juízos ponderativos concretos.

23- Por sua vez, tanto a aferição do dano quanto a sua quantificação concreta são sujeitas na prática a um elevado nível de insegurança jurídica. Mais do que isso, não é raro que a doutrina e a jurisprudência ainda se valham de diversas impropriedades técnicas na matéria, como por exemplo: (i) equiparar dano moral à dor, sofrimento e humilhação; (ii) incidência de danos morais *in re ipsa*; (iii) a excessiva patrimonialização de direitos existenciais; (iv) uma aplicação acrítica dos danos punitivos (*punitive damages*).

24- Muito embora o estudo não tenha se aprofundado mais detidamente sobre a responsabilização criminal, é certo que esta também tem o potencial de intimidar e resfriar o exercício da Liberdade de Imprensa. Mais do que isso, a previsão de crimes aplicáveis à Imprensa pode ser entendida como anacrônica, inclusive do ponto de vista da principiologia penal. Nesse sentido é que Organizações e Organismos Internacionais, com os quais o presente trabalho converge, recomendam que a tutela da honra ocorra tão somente na esfera cível.

25- Na pesquisa jurisprudencial realizada verificou-se a manutenção de um padrão já constatado por outros trabalhos doutrinários: um maior peso concreto atribuído aos direitos da personalidade sobre a Liberdade de expressão e de Imprensa, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Nesse particular, verificou-se que a jurisprudência da Corte tende a propiciar uma grande insegurança jurídica na matéria, ante fundamentações casuísticas e utilização caótica e, por vezes meramente retórica, de *standards* jurídicos. Além dos resultados da ponderação propriamente dita buscou-se analisar, igualmente, as indenizações por dano moral concedidas pelo STJ nessas colisões, inclusive em uma perspectiva comparada com outras espécies de dano moral.

26- Apesar disso, ao que parece o padrão da jurisprudência no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2018, é um pouco mais favorável à Liberdade de Imprensa, inclusive com um patamar indenizatório mais autocontido. Ademais, diferentemente de outras Cortes Estaduais, o TJERJ possui alguns precedentes em que alguns de seus membros demonstram uma preocupação direta com possíveis incidências de efeitos resfriadores.

27- Uma primeira forma de se contornar eventuais inseguranças e incertezas – e, por conseguinte, efeitos resfriadores indevidos – na colisão entre direitos como a liberdade de expressão em termos amplos e os direitos da personalidade é através da compreensão e aplicação metodologicamente correta da técnica da ponderação, que deve, em regra, ser compreendida como o melhor método para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

28- Apesar disso, mesmo a compreensão correta de como funciona a aplicação da ponderação não significará que o processo decisório será completamente desvinculado de qualquer subjetivismo. Na verdade, o que se pode almejar aqui é uma objetividade possível, que deverá se desdobrar na possibilidade de que, por meio da argumentação jurídica, seja possível o controle intersubjetivo e a previsibilidade da decisão.

29- Além do mais, é preciso destacar que a ponderação é uma estrutura meramente formal, que não indica propriamente os pesos que deverão ser atribuídos em cada colisão. Nesse aspecto é de notável valia o recurso aos *standards* jurídicos, que devem servir como pontos de apoio à argumentação jurídica do intérprete e uma de suas vantagens é justamente a redução da insegurança jurídica.

30- Com base em trabalhos acadêmicos e precedentes judiciais nacionais e estrangeiros, buscou-se propor a sistematização de alguns *standards* jurídicos e a sua correta forma de aplicação na colisão entre Liberdade de Imprensa e direitos da personalidade, dentre os quais: inicialmente, a assunção da posição preferencial da liberdade de expressão (aspecto teórico da ponderação) e, em seguida, a aplicação em sequencia dos parâmetros do conteúdo ou natureza dos fatos relatados, da personalidade dos envolvidos e do equilíbrio da matéria. De forma subsidiária, o aplicador do direito pode tecer considerações sobre o eventual impacto de condenações sobre a Liberdade de Imprensa.

31- Ademais, como forma complementar de se avaliar e contornar os problemas advindos do efeito resfriador foram tecidas algumas propostas para além da ponderação judicial. Preliminarmente, contudo, demonstrou-se a necessidade de que a doutrina preocupada com a incidência de *chilling effects* realize um constante trabalho de monitoramento, indicando algumas diretrizes reputadas como mais adequadas para esse mister.

32- Avaliou-se igualmente a pertinência da adoção do parâmetro da malícia real (*actual malice*) para o Direito brasileiro. Embora possam ser tecidas algumas críticas a respeito de sua importação acrítica, o presente trabalho entendeu como pertinentes a sua possível

aplicação tão somente quando envolvida alguma figura política em assuntos de transcendência pública.

33- Além disso, a partir da constatação de que os custos envolvidos nos processos judiciais também são grandes fatores de resfriamento, foram propostas alternativas para a redução das indenizações por danos morais e de custos de litigância, especialmente a necessidade de maiores ônus argumentativos para a concessão de indenizações elevadas.

34- Por fim, considerou-se adequado o tratamento do direito de resposta como sanção ou reparação preferencial, sobretudo a partir do paradigma do princípio de preferência dos meios menos gravosos. A importância dessa assunção é que, diferentemente dos mecanismos pecuniários de compensação, o direito de resposta, além de atender aos interesses do indivíduo que sofreu o dano, atende aos interesses da sociedade, uma vez que acrescenta em termos de conteúdos e versões nas discussões públicas e evidencia menores riscos de incidência de ilegítimos efeitos resfriadores.

Referências Bibliográficas:

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEINIKOFF, Alexander T. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Traducción: Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra Editores, 2010

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. In: *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 2, pp. 131–40, 2003.

_____. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. In: *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 4, pp.433–49, 2003.

ANDERSON, David A. *Is Libel Law Worth Reforming?* In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140:487, 1991.

_____. *Rethinking Defamation*. In: *Arizona Law Review*, Vol. 48:1047, 2006

_____. *Transnational Libel*. In: *Virginia Journal of International Law*, Vol. 53:71, pp. 71-98, 2012.

APPIAH, Kwame Anthony. *O Código de Honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BADENI, Gregorio. *Doctrina de la Real Malicia*. 1a ed. - Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005.

BAKER, C. Edwin. *Autonomy and free speech*, In: *Constitutional Commentary*, vol. 27:251, 2011.

_____. *Hate Speech*. In: *Faculty Scholarship*. 198, 2008.

_____. *Press Performance, Human Rights, and Private Power as a Threat*. In: *Law & Ethics of Human Rights Volume 5, Issue 2, Article 1*, 2011.

BAR-TAL, Daniel. *Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research*. In: *Political Psychology* 38(S1):37-65, February 2017.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. In: DPU nº 55, Parte Geral – Doutrina, jan./fev. 2014.

_____. Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. In: Quaestio Iuris, vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015.

_____. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARENDT, Eric, Freedom of Speech. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2005.

BARENT, Eric; LUSTGARTEN, Laurence; NORRIE, Kenneth; STEPHENSON, Hugh. Libel and the Media: the chilling effect. Oxford: Clarendon Press, 1997.

BARRON, Jerome A. Punitive Damages In Libel Cases - First Amendment Equalizer? In: 47 Wash. & Lee L. Rev. 105, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. – 3. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004.

_____. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: Temas de direito constitucional – tomo III. – 2ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, Ano 101 – vol. 919 – maio de 2012, p. 127-196.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador. 4ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BERTONI, Eduardo Andrés. New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina. In: Libertad de prensa y derecho penal. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

BEZANSON, Randall P. The Libel Suit in Retrospect: What Plaintiffs Want and What Plaintiffs Get. In: 74 California Law Review, 789, 1986.

BEZANSON, Randall P.; CRANBERG, Gilbert; SOLOSKI, John. The Economics of libel. In: EVERETTE, Dennis E.; NOAM, Eli M. (ed.). The cost of libel: Economic and policy implications. New York: Columbia University Press, 1989.

BICHÈ, Timothy D. Thawing Public Participation: Modeling the Chilling Effect of Strategic Lawsuits Against Public Participation and Minimizing Its Impact. In: Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 22:421, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BISMUTH, Regis. Standards of Conduct for Journalists under Europe's First Amendment. In: 8 First Amend. L. Rev. 283, 2018.

BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. – 12. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BLACKSTONE, William. Defining Libel and Its Defenses. In: HEBERT, David L. Freedom of the Press. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005.

BLASI, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. In: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, No. 3, pp. 521-649, 1977. BOLLINGER, Lee C.. The Tolerant Society. New York: Oxford University Press, 1988.

BOSCO, Francisco. A vítima tem sempre razão?: lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro. – 1ª ed. – São Paulo: Todavia, 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRIGS, Asa; BURKE, Peter. Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CAHN, Edmond, The Firstness of the First Amendment. In: The Yale Law Journal, Vol. 65, No. 4, pp. 464-481, 1956.

CARROL, Robyn. Apologies as a Legal Remedy. In: Sydney Law Review, Vol. 35:317, 2013.

CHEER, Ursula. Reality and myth: the New Zealand media and the chilling effect of defamation law. Thesis submitted in fulfilment of the requirements for the Degree of Doctor of Philosophy in Law University of Canterbury, 2008.

CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de expressão como direito fundamental prima facie. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CIOLLI, Anthony. Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas, 63 U. Miami L. Rev. 137, 2008.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (edit.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Speech, Media and Ethics The Limits of Free Expression Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know*. Hampshire: Palgrave, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Regulação dos meios de comunicação. In: *REVISTA USP*, São Paulo, n.48, p. 6-17, dezembro/fevereiro 2000-2001.

CUNHA, Lia Calegari da. Revenge Porn e seus aspectos jurídicos. Artigo disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/revenge-porn-e-seus-aspectos-juridicos-18032017>, acesso em 15.07.2018.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira – 2ª edição*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

D'ANCONA, Matthew. *Pós verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News*. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DAHL, Robert A.. *Sobre a Democracia*; Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DENT, Chris.; KENYON, Andrew T.. Defamation law's chilling effect: a comparative content analysis of Australia and US Newspapers. In: *Media & Arts Law Review*, 89, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da expressão artística. In: *Revista brasileira de estudos constitucionais*, v. 10, p. 49-65, 2009.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução e notas: Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 2005.

EGAN, Chrys. Campus Cold Climate: The Chilling Effect on Dissension Speech on America's Campuses after September 11. In: *Free Speech Yearbook*, 39:1, 70-82, 2001.

EMERSON, Thomas I. The doctrine of prior restraint. 20 *Law and Contemporary Problems*, p. 648-671, 1955.

_____. Toward a General Theory of the First Amendment. Faculty Scholarship Series, Paper 2796, 1963.

ELY, John Hart. Democracy and distrust. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

EPSTEIN, Richard A. Was New York Times v. Sullivan Wrong? In: 53 University of Chicago Law Review ,782, 1986.

FAORO, Raymundo. Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro.; prefácio Gabriel Cohn. – 5. ed. – São Paulo: Globo, 2012.

FARBER, Daniel A. Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment, 105 Harv. L. Rev. 554 (1991)

FARIAS, Edilsom Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001.

_____. Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública; tradução e prefácio de Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Libertad de expresión y estructura social. – 1ª reimpressão; Ciudad de Mexico: Distribuciones Fontamara, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP. – 8. ed. rev. e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil nos meios de comunicação. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GAROUPA, Nuno. Dishonesty and Libel Law: The Economics of the "Chilling" Effect. In: Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Vol. 155, No. 2 (Jun. 1999), pp. 284-300.

_____. The Economics of Political Dishonesty and Defamation. In: International Review of Law and Economics 19:167–180, 1999.

GARTON ASH, Timothy. Free Speech: ten principles for a connected world. New Heaven, London: Yale University Press, 2016.

GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Liberdade de Informação e o direito difuso a informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. – 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GUICHETEAU, Lauren. What is the Media in the Age of the Internet? Defamation Law and the Blogosphere. In: Washington Journal of Law, Technology & Arts, Volume 8, issue 5, 2013.

HABERMAS, Jurgen, Direito e democracia – entre facticidade e validade. Tradução Flávio Bento Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHTEN, Willian A. The Troubles of Journalism: a Critical Look at What's Right and Wrong With the Press. Third Edition. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, Inc., Publishers, 2005.

HANSON, Jim.; RICHENDRFER, Ross.; SCHISLER, Matt. The Fighting Words Doctrine: A History of Balancing Order And Liberty. In: Free Speech Yearbook, 44:1, 119-138, 2009.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. In: Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais, v. 11, n. 60, 2014.

HIGHAM, Camille Anjes. Mediagathering vs. Newsgathering: Giving the Freedom of the Press Clause Due Recognition. In: Florida Coastal Law Review, Vol. 13:417, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. – 26. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUMBACH, John, Privacy and the Right of Free Expression, 11 First Amendment L. Rev. 16, 2012.

JENSON. Carol E. Schenck v. United States. In: HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B (Edt.). The Oxford companion to the Supreme Court of the United States. Oxford: Oxford University Press, 2005.

JESTAED, Matthias. The doctrine of balancing – its strenghts and weaknesses. In: KLATT, Matthias (edt.). Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 152-173.

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KARPEN, Ulrich. Freedom of Expression as basic right: a german view. The American Journal of Comparative Law Vol. 37, No. 2 (Spring, 1989), pp. 395-404.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. – 4ª ed. 9ª reimp. – Buenos Aires: Eudeba, 2009.

KENDRICK, Leslie. Speech, Intent, and the Chilling Effect. In: 54 Wm. & Mary L. Rev. 1633, 2013.

KENYON, Andrew. Problems with Defamation Damages? In: *Monash University Law Review*, Vol 24, No I, 1998.

KLATT, Matthias. A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução: João Costa Neto. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

KOLTAY, András. The concept of media freedom today: new media, new editors and the traditional approach of the law. In: *Journal of Media Law*, 7:1, 36-64, 2015.

_____. The Right of Reply in a European Comparative Perspective. In: *Acta Juridica Hungarica*, 54, No 1, pp. 73–89, 2013.

KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. The elements of journalism: what newspeople should know and the public should expect. New York: Crown Publishers, 2001.

LAMER, Wiebke. Press Freedom as an International Human Right. Cham: Palgrave Pivot, 2018.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil, 7ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEBA, Thalles Furtado; PEREIRA, Felipe Barboza. A liberdade de expressão e o complexo mercado de ideias: notas sobre o caso queer museu. In: JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza et al (org.). *Perspectivas de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

LEBOVIC, Sam. Free speech and unfree news: the paradox of press freedom in America. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

LEGALE, Siddharta. Standards: O que são e como criá-los?. In: *THEMIS- Revista da ESMEC*, v. 7, p. 15-56, 2009.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar A. Rodriguez; NHUCH, Flavia Kamenetz. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. In: *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 61, p. 259-276, 2016.

LEWIS, Anthony. Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment. New York: Basic Books, 2007.

_____. *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*. New York: Vintage, 2011.

MACHADO, Jónatas E. M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. Difamação de figuras públicas: tutela jurídica e censura judicial à luz do direito português. Curitiba: Juruá, 2016.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACKINNON, Catharine A. Sexuality, pornography and method: pleasure under the Patriarchy. In: SUNSTEIN, Cass R. Feminism & political theory. Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. In: Revista Sequência, n. 48, jul. 2004.

MCCRUIDEN, Cristopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. In: The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4 EJIL, 2008.

MEIKLEJOHN, Alexander. Free speech and its relation to self-government. New York: Harper Brothers publishers, 1948.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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. Tese de Doutorado. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

MELO, Mariana Cunha e. Liberdade de Expressão e o acórdão sobre biografias não autorizadas: minimalismo, insegurança e efeito inibidor. – Curitiba: Juruá, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. In: Observatório de jurisdição constitucional, ano 4, 2010/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres; tradução de Paulo Geiger; introdução de Alan Ryan; posfácio de Joel Pinheiro da Fonseca. – 1ª edição. – São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

MILTON, John. Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa. 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MONDIN, Battista. Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras. – São Paulo: Edições Paulinas, 1980.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>>. Data de acesso. 09.11.2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.

_____. Honra, liberdade de expressão e ponderação. In: *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/honra-liberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>.

_____. Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais. – 2ª Edição Revista. – Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

MORALES, Felipe González. Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno. In: *Revista IIDH*, Vol. 43, 2006.

MOREIRA, Vital. O direito de resposta na Comunicação Social. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NIMMER, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. In: *California Law Review*, Vol. 56, No. 4., 1968.

NEVES, Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NETO, João Costa. Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Daniel Capecchi. A democracia sem críticos: arte e censura indireta. Artigo disponível em: <https://www.jota.info/artigos/a-democracia-sem-criticos-arte-e-censura-indireta-20102017>.

OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão.– Belo Horizonte : Fórum, 2017.

PACELLE JR., Richard F. Preferred Position Doctrine. Disponível em: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1008/preferred-position-doctrine>.

PASKIN NETO, Max. O direito de ser rude: liberdade de expressão e de imprensa. Curitiba: Bonijuris, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. In: *Ver. SJRJ*, v. 20, n. 38, p. 169-197, Rio de Janeiro, dez. 2013.

POSNER, Richard A. *Free Speech in an Economic Perspective*. In: *20, Suffolk University Law Review*, 1, 1986.

_____. *Economic analysis of law*. 9th Edition. Aspen: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

POST, Robert C. *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*. Faculty Scholarship Series. Paper 203, 1993.

_____. *Racist speech, democracy and the First Amendment*. In: GATES JR., Henry Louis. et al. *Speaking of race, speaking of sex: hate speech, civil rights and civil liberties*. New York: New York University Press, 1994.

_____. *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 *Calif. L. Rev.* 691, 1986.

POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press, 1922.

PRITCHETT, C. Herman. *Preferred freedoms doctrine*. In: HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B (Edt.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *O caráter fundamental dos direitos fundamentais*. In: *Revista de Direito do Estado – RDE – Ano 5, n°s 19 e 20 julho a dezembro de 2010*.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*.; nova tradução baseada na edição revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS JÚNIOR, Antônio dos. *Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013.

RENAS, Stephen M.; HARTMANN, Charles J.; WALKER, James L. *An empirical analysis of the chilling effect*. In: EVERETTE, Dennis E.; NOAM, Eli M. (edt.). *The cost of libel: Economic and policy implications*. New York: Columbia University Press, 1989.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Censura Judicial Previa a la Prensa: Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/>.

_____. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 53-106, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007.

_____. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SCARDINO, Daniel. Reporters Must Have the Right to Keep Sources Confidential. In: HEBERT, David L. Freedom of the Press. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. Faculty Publications. Paper 879, 1978.

_____. Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. Faculty Publications, 884, 1982.

_____. Must Speech Be Special? Faculty Publications. Paper 878, 1983.

_____. Rights and the Right to Know. In: Philosophic Exchange, 14 (1983), 65-74.

_____. Public Figures, 25 Wm. & Mary L. Rev. 905, 1984.

_____. Can Public Figures Have Private Lives? In: Social Philosophy and Policy, 17 (2000), 293-309.

_____. The dilemma of ignorance: Pga Tour, Inc. v. Casey Martin. In: KSG Faculty Research working paper No. 02-004, 2002.

_____. Facts and the First Amendment. *UCLA Law Review* (the Melville Nimmer Memorial Lecture), 57 (2010), 897-919.

_____. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias (edt.). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 307-316.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. In: *A&C Revista de Dir. Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª edição; São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

_____. *Direitos da Personalidade*. 3ª edição Revista e Atualizada; São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007

SCHWABE, Jürgen (comp.). *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Konrad Adenauer-Stiftung, 2003.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

SIEGEL, Stephen A. The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny. In: *The American Journal of Legal History* 48(4) · August 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*; – 2ª ed. 4ª triagem – ; São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

_____. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, pp. 23-50, 2002.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. – 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

_____. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 1, 2007.

STROPPA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

STONE, Geoffrey R. Content-neutral restrictions. In: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, No. 1, pp. 46-118, 1987.

SUNSTEIN, Cass. Democracy and the Problem of Free Speech. In: *Publishing Research Quarterly / Winter 1995/96*.

SUNSTEIN, Cass R. Hard Defamation Cases Defamation and the First Amendment: New Perspectives. In: *25, William and Mary Law Review*, 891, 1984.

TAVARES, Juarez. Anotações dos crimes contra a honra. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 94/2012, pp. 89-132, Jan. – Fev., 2012.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e pluralismo na esfera comunicativa: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão*. Tese de doutorado apresentada à faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In *Temas de Direito Civil. 4ª Edição Revista e Atualizada*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Ed. Renovar, 2008.

_____. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 25 – 40.

TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte americano. In: *Universitas JUS*, v. 27, n.1, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*; tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. - 2a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLLER, Fernando M.O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Tradução: Frederico Bonaldo; Prólogo: Ives Gandra da Silva Martins . – São Paulo: Saraiva, 2010.

TRAGONE, Adam. Defining the Press Clause: The End of Hot News and the Attempt to Save Traditional Media, 15 *Chi. -Kent J. Intell. Prop.*237, 2016.

THORNTON, John Edward. Second-class constitutional rights: deferred rights versus preferred rights. In: *American Bar Association Journal*, vol. 36, pp. 640-644, 1950.

TOWNEND, Judith. Online chilling effects in England and Wales. *Internet Policy Review*, 3(2), 2014.

_____. Freedom of Expression and the Chilling Effect. In: TUMBER, Howard; WAISBORD, Silvio (eds.). *Routledge companion to media and human rights*. Routledge, pp. 73-82, 2017.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

WARBURTON, Nigel. *Free Speech – a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2009.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, pp. 193-220, 1890.

WEARE, Christopher; LEVI, Titus; RAPHAEL, Jordan. Media Covergence and the chilling effect of broadcasting license. In: *Press/Politics*, 6(3), pp. 47-70, 2001.