

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

Aluno: Clara Rafaela Prazeres de Carvalho

Orientadores: Carlos Alberto Plastino e Fábio Carvalho Leite

Introdução

A pesquisa versa sobre o tratamento e a aplicação da liberdade de expressão pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Sabe-se que a jurisprudência de um país reflete a forma de pensar de toda uma nação e pauta a conduta dos nacionais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é órgão máximo do poder judiciário, guardião da Constituição Federal, protetor dos direitos e garantias fundamentais por ela assegurados e o Superior Tribunal de Justiça é guardião da Legislação Federal cabendo a ele se manifestar sob a aplicação desta.

O tema é de extrema relevância e pertinência, pois analisa a abordagem constitucional e infraconstitucional desta garantia nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Pretende-se com isso demarcar o espaço reservado à liberdade de expressão ou pelo menos tentar fazê-lo. No curso do trabalho houve grande dificuldade de sistematização dos acórdãos haja vista a grande imprecisão das decisões que na maioria das vezes trazem os mesmos fundamentos para razões absolutamente distintas.

É preciso, ainda que com dificuldade, delimitar o espaço que a liberdade de expressão ocupa no Brasil de hoje, ou pelo menos aquilo que restou. Usamos o termo ‘o que restou’ no sentido de que são tantas e tão intensas as restrições a esse direito que chegamos a pensar que não há qualquer segurança quanto ao seu exercício.

É preciso questionar, ainda que porventura nossas questões não restem plenamente respondidas. É necessário verificar qual o papel da liberdade de expressão e como se efetiva diante da ponderação nem sempre ponderada com os direitos da personalidade.

Considerações

Vivemos num Estado Democrático de Direito que tem por base fundamental a Constituição de 1988. A nossa carta magna trouxe muitos direitos e garantias a fim de concretizar os objetivos descritos em seu artigo terceiro, notadamente o de construir uma sociedade livre, justa e igualitária, observados os fundamentos descritos no artigo primeiro.

Através desses preceitos, fundamentos e objetivos vitais para a própria efetivação do regime democrático, é que nasce o exercício pleno da cidadania. Neste contexto, inserido entre os direitos fundamentais está o direito à liberdade de expressão como fomentador de um estado democrático e a própria democracia social.

Esse direito ímpar vem consagrado no artigo quinto inciso quarto da Constituição da República que estabelece “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso quatorze do mesmo artigo em que se lê “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. E ainda o artigo duzentos e vinte dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. A importância desse direito é tal que os parágrafos do citado artigo duzentos e vinte enfatizam o até aqui exposto determinando que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5, IV, V, X, XIII e XIV”, e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

A constituição visou assim garantir de forma ampla a liberdade expressão em todas as suas manifestações tendo se dedicado ao tema em vários artigos a fim de deixar claro que este direito tem várias dimensões, pois traz em si tanto uma perspectiva coletiva como uma individual num grande clico de relações essenciais ao desenvolvimento do Estado de acordo com seus fundamentos.

Por outro lado, no mesmo patamar constitucional temos os incisos quinto que assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” bem como o inciso dez segundo o qual: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desta composição surgem inúmeros questionamentos no sentido harmonizar e dar máxima efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos. Não há qualquer hierarquia entre eles e em sendo assim a ponderação deve ser feita em concreto quando eles aparentemente colidam.

Aqui surge uma importante pergunta: Como conciliar a liberdade de expressão e os direitos à honra, intimidade e vida privada?

O trabalho de harmonização e ponderação é exercido nos casos concretos pelo poder judiciário e exatamente por isso é importante avaliar as decisões dos nossos tribunais a fim de verificar quais as razões de decidir bem como vem sendo feita esta ponderação.

Em busca de decisões recentes do STF e STJ delimitamos o nosso campo de pesquisa à análise da jurisprudência de ambos os tribunais sobre “liberdade de expressão” desde 2005, bem como à análise da jurisprudência dos mesmos sobre “indenização e ofensa à honra, vida privada e imagem” nos anos de 2009 e 2010.

A partir da análise das razões de decidir tentou-se desenvolver um raciocínio crítico de forma a perquirir se há nas razões algo que seja fundante e dogmático ou se elas são utilizadas sempre de maneira repetidamente genérica para fundamentar um entender pré-construído na mente do julgador. Desta análise, criam-se proposições e questionamentos, que, sem pretensão de dar solução ao tema, enriquecem o debate e o raciocínio crítico ínsito ao bom direito.

Do estudo dos acórdãos dos tribunais acima referidos nos deparamos, infelizmente, com uma jurisprudência fragmentada, não coesa e aparentemente despreparada ou pelo menos despreocupada em traçar razões sérias de decidir. Não há em verdade uma linha delimitada, nem tampouco postulados básicos a serem aplicados. Argumentos genéricos se repetem para salvaguardar ou restringir a liberdade da expressão.

Em relação ao campo de incidência de tais direitos temos que segundo o STF: “As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.”¹

Pelo pequeno trecho chega-se a conclusão que são admitidas restrições a esse direito fundamental por lei. Já aqui há que ser feita a primeira crítica. Não obstante possa a liberdade de imprensa ser regulamentada por legislação infraconstitucional não pode pretender o legislador ordinário restringir a liberdade de expressão já que trata-se de direito fundamental, norma de eficácia plena.

Afinal como bem esclarece o próprio STF “a plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de

¹ STF, RE 511961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília. J. 17 de junho de 2009

expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens da personalidade e mais direita emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.”²

Em verdade, pouco se discute efetivamente sobre a liberdade de expressão e suas implicações. Por mais das vezes, o discurso fica preso à existência ou não do direito à indenização pela ofensa à honra, intimidade entre outros.

“Posto seja livre a manifestação do pensamento - mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado -, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão robustas e profícuas para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.”³

Ao que parece, não só por esse julgado, o direito à liberdade de expressão é limitado pelo direito à honra, intimidade e imagem. Ao invés de ponderar, decisão que muitas vezes implica o sacrifício recíproco, as cortes nacionais se preocupam apenas em verificar se houve ou não ofensa aos direitos da personalidade e sob o argumento de não ser absoluta a liberdade de expressão dão visível preferência aqueles direitos. Neste contexto nota-se claramente que o terreno da liberdade de expressão fica restrito à vontade da vítima que traz consigo o poder de dizer que se sentiu ofendida.

A única exceção que se faz a essa regra de decidir é quando a notícia corresponde à verdade sobre pessoa pública, como podemos verificar no seguinte trecho: “A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. - A honra e imagem dos cidadãos não são violadas quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas ao seu respeito e que, além disso, são do interesse público.”

Esse critério traz ainda muita insegurança, já que estabelece como critério medidor da liberdade: a verdade. Primeiramente, é preciso dizer que o próprio conceito de verdade já é por si só problemático. Isso porque há sempre várias verdades, afinal o que é verdade sobre um fato é aquilo que cada um vê, é aquilo que a vítima falou ou é aquilo que o agente principal diz que é. A verdade é a versão oficial dos fatos ou será que essa é a mentira? A quem cabe a prova dessa verdade?

O único critério que encontramos neste sentido foi que em relação ao jornalista, embora haja o dever de investigar aquilo que deseja publicar “Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição.”⁴

Temos até aqui três premissas. A primeira deve considerar que: quando houver lesão à honra, imagem, ou intimidade de outrem haverá dever de indenizar, pois a liberdade de

² STF, DPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília. J. 30 de abril de 2009.

³ STJ, REsp 29639/ RJ, 4ª T, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, Brasília. J.19 de março de 2009

⁴ STJ, REsp 984803, 3ª T, Rel.Min. Nancy Andrighi, Brasília. J. 26 de maio de 2009

expressão não é direito absoluto. Assim, cabe aos direitos da personalidade restringir a liberdade de expressão. Isso por si só já é perigoso, já que vivemos numa época de absoluta vitimização. A segunda premissa é: sendo a liberdade de expressão manifestada como dever de informar, temos que não haverá lesão a ser protegida já que a verdade dos fatos não ofende a ninguém. Da segunda premissa resta a pergunta sobre o que seria a verdade dos fatos? A terceira é uma tentativa de responder segunda no sentido de que será considerada verdade aquela que passar por uma investigação do jornalista sem que seja necessária uma cognição exauriente.

É importante observar que todas essas premissas não nos satisfazem seja porque não delimitam verdadeiramente o espaço da liberdade de expressão seja porque se restringem a liberdade de informação que é apenas uma dos segmentos da liberdade de expressão que deve ser assegurada de maneira plena. Ao que parece, tudo que não for informação jornalística só terá a primeira premissa que como já dito acima é objeto de imensas inseguranças já que deixa ao arbítrio do magistrado e da vítima a verificação da ofensa que seria limitador a liberdade.

Além desse modelo acima traçado nos deparamos também com este outro. Em muitos julgados, os tribunais entendem que existem dois blocos, quais sejam: o dos direitos da personalidade e o da liberdade de expressão. Esses dois blocos de direitos, segundo os tribunais incidem em momentos diferentes. Ou seja, a forma de conformação entre as garantias fundamentais é menos a ponderação e mais a incidência em momentos diversos. O paradigma adotado fica claro, entre outros, no seguinte trecho de acórdão, que embora tratasse de liberdade de imprensa bem demonstra o pensamento do STF sobre o tema: “antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.”⁵

Assim, “Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica.”⁶

Ao que parece, de acordo com essa segunda forma de julgar, tanto no entender do STF como no do STJ, os momentos de incidência das garantias fundamentais são diversos, ou seja, primeiro admite-se a ampla e irrestrita liberdade de expressão sendo absolutamente vedada a censura prévia. Depois se avalia a forma como o direito foi exercido e se alguém se sentiu atingido na sua dignidade pela manifestação de outrem. Neste segundo momento, a discussão passa ao largo do direito à livre manifestação restringindo-se na maioria das vezes, como dito antes, à existência ou não de dano, a sua prova e *quantum* indenizatório devido.

⁵ STF, DPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília. J. 30 de abril de 2009.

⁶ STF, DPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília. J. 30 de abril de 2009.

Essa forma de avaliar impõe a política do “fale e pague”. Neste meio não há espaço para discussões ou estabelecimento de limites, não se fixa bases sólidas e sequer se tem o mínimo de segurança jurídica, ficando a cargo da “vítima” e do julgador a análise de eventual direito à indenização pelo “pleno gozo” do direito à liberdade de pensamento; direito que é garantido de forma ilimitada ou pelo menos extremamente ampla no primeiro momento. Cogita-se caso não legal de indenização por ato lícito. E quem não quer pagar? Não se arrisque.

Neste contexto, surge a pergunta: essa é a melhor forma de ponderar as garantias constitucionais? Ou melhor, isso é ponderação? Parece-nos que não. Agindo assim, mais se frustra do que garante os interesses em conflito. Isso porque, se há liberdade de expressão vinculada à eventual indenização futura, não há liberdade. Por outro lado, se só protege-se a reparação pela violação ao direito à intimidade, honra, imagem e vida privada, em verdade não houve proteção ao direito, já que a indenização é medida apenas compensatória pela violação já ocorrida. Exatamente por isso é preocupante a medida adotada, e neste sentido a censura prévia, embora não querida, fosse mais honesta.

Nota-se, com certa clareza, que não se discute uma linha divisória e quando se discute, ela é tão variante que nem chega a dividir. Se no campo da liberdade de informação essa suposta linha é nebulosa, devido à exigência jurisprudencial de comprometida investigação da verdade, o que nem sempre é fácil de se verificar, já que muitas vezes há mais de uma verdade possível; no campo da liberdade de opinião não há qualquer segurança.

O pensamento crítico e opinativo está à mercê da sensibilidade da outra parte, dos interesses em jogo e lamentavelmente, muitas vezes, da convicção íntima do julgador que decide para qualquer dos lados com os mesmos fundamentos.

Sem querer apresentar soluções, resta em todos aqueles que militam na busca da efetividade do direito à liberdade de expressão, o desejo de ver discussões mais robustas e enriquecedoras. Para tanto, há a necessidade de se afirmar esse direito de maneira ampla a ponto de abarcar dentro de si não só a liberdade de informação, mas também, e principalmente, o direito à opinião crítica ainda que severa ou de mau gosto; enfim, o direito de ser diferente, pensar diferente e ver o mundo à sua própria maneira mesmo que este se distancie do senso comum verticalmente traçado. Afinal, os danos porventura causados pelo exercício lícito e constitucionalmente garantido de direitos não podem ser indenizáveis. Pensar em contrário é restringir por via oblíqua a livre manifestação do pensamento, esvaziando o próprio direito, que é meio ímpar para o exercício democrático da cidadania.

É importante observar que o que se defende aqui não é apenas o direito de informar, mas principalmente o direito de se expressar ainda que isso possa ser desinteressante para a maioria. A liberdade que se quer garantir é aquela em que efetivamente se sinta livre, e só se é livre na medida em que se constrói base sólida de profunda segurança, ninguém se sente livre pisando em terreno lacunoso. Não se pode ser livre sob a condição de talvez ter que pagar futuramente qualquer tipo de indenização. Ou se pode, ou não se pode; é absurdo imaginar que para exercer uma garantia constitucional seja necessário contar com a sorte.

Terminamos esta breve exposição com o sempre oportuno pensamento do filósofo belga Raoul Vaneigem segundo o qual:

“A liberdade de tudo dizer só existe quando reivindicada a todo instante. (...) A liberdade de expressão não deve ser posta a serviço da defesa do humano, ela pertence, enquanto liberdade, à liberdade do humano. Ela não é apenas o despertador da consciência e o porta voz de seu despertar, ela é a linguagem restituída à pessoa, aquela que manifesta o modo como vivemos no mundo e o estilo segundo o qual temos a intenção de viver”.⁷

⁷ Cf. VANEIGEM, Raoul. *Nada é sagrado, tudo pode ser dito*. Parábola Editorial, São Paulo, 2004, pág. 27.