

Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra*

Fábio Carvalho LEITE**

RESUMO: Neste artigo, sustento que o direito de resposta deveria ter uma posição preferencial sobre o direito à indenização por danos morais nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra, ao menos nos casos onde há uma considerável zona cinzenta, de indefinição e imprevisibilidade, quanto ao direito que deveria prevalecer. Apresento também resultados de dois experimentos inspirados em dois casos reais, e que revelam que os participantes (profissionais do direito e estudantes de direito) têm não apenas uma preferência pelo direito de resposta como um grau de confiança maior quando decidem dessa forma do que quando condenam em indenização por danos morais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de resposta; liberdade de imprensa; liberdade de expressão; direito à honra.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Liberdade de expressão (e de imprensa), direito à honra e indenização; – 3. A posição preferencial do direito de resposta: uma proposta; – 4. A diferença do direito de resposta como sanção preferencial: uma análise a partir de dois experimentos; – 5. Conclusão; – 6. Referências bibliográficas.

TITLE: *For a Preferred Position of Right of Reply in Conflicts between Freedom of Press and Right to Honor*

ABSTRACT: *In this paper, I claim that right of reply should have a preferred position compared to compensation for moral damages in conflicts between freedom of press and right to honor, at least in cases with a considerable grey zone of indefiniteness e unpredictability about the right that should prevail. I also present results of two experiments based on real cases, that reveal that participants (legal professionals and law students) have not only a preference for right to reply but also a greater degree of confidence when they decide that way than when they condemn in compensation for moral damages.*

KEYWORDS: *Right to reply; freedom of press; freedom of expression; right to honour.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Freedom of expression (and press), right to honour and compensation; – 3. The preferred position of right to reply: a proposal; – 4. The difference of right to reply as a preferred penalty: analysis from two experiments; – 5. Conclusion; – 6. References.*

* O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil (processo n. 310060/2015-0).

** Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor Associado do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Graduação e Pós-Graduação). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ) do CNPq.

1. Introdução

O direito de resposta no Brasil tem uma longa história, que remonta à Primeira República, no plano infraconstitucional (art. 16 do decreto nº 4.743, de 31/10/1923 – lei de Imprensa), e à Constituição de 1934 (art. 114, nº 9), no âmbito constitucional, tendo sido assegurado em todas as Constituições seguintes. Paradoxalmente, uma história longa que poderia ser contada em poucas linhas – deixando de lado aqui o seu exercício no âmbito eleitoral. Sua história é longa apenas num plano formal, pois, mesmo após tantas décadas, parece ser ainda um direito estranho à nossa realidade, um direito que parece ocupar um lugar secundário na resolução de conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem.

É comum no direito brasileiro a crítica à falta de efetividade ou eficácia de determinados direitos previstos na Constituição, pela vagueza de seu conteúdo, pela ausência de lei regulamentadora, ou por outros motivos. Definitivamente, não é esse o caso do direito de resposta. A lei nº 5.250/67 (lei de imprensa) regulamentava o direito de resposta, definindo prazos e procedimento, e vigorou até abril de 2009, quando então o STF concluiu o julgamento da ADPF 130, declarando a lei incompatível com a Constituição de 1988. E em novembro de 2015 entrou em vigor a lei nº 13.188, que dispõe exclusivamente “sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”. O período de vácuo normativo de quase cinco anos entre o julgamento da ADPF 130 e o advento da lei 13.188 não parece ter comprometido a eficácia daquele direito. Os resultados de pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período de 2010 a 2016, contestam tanto a ideia de que, em razão da ausência de lei regulamentadora, “o direito de resposta tenha sido menos utilizado em face das indenizações pecuniárias durante o período de vácuo normativo”¹, como o receio apresentado pelo Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 130, de que poderia haver “um [fenômeno] de completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas e eventualmente até exóticas” ou a previsão pessimista ou caótica de que tanto os juízos cíveis como os criminais poderiam se declarar incompetentes para julgar o pedido de resposta². Sobre o primeiro ponto, a quantidade de apelações cíveis onde houve pedido de direito de resposta no período de

¹ DANTAS, Andressa de Bittencourt Vieira; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Liberdade de Expressão e Direito à Informação: Os Limites da Atividade Jornalística sob a Ótica do STF e do STJ. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.89-118, jan./jun. 2016, pp. 97 e 104.

² GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Direito de Imprensa e Liberdade de Expressão: Soluções teóricas e práticas após a revogação da lei 5.250, de 09.02.1967. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 14.

2010 a 2016 (75 processos) foi até superior ao número identificado no período de 2002 a 2008 (62 processos). Quanto à previsão pessimista do Ministro Gilmar Mendes, por mais irônico que pareça, a revogação da lei de imprensa pôs fim às “incongruências, com construções as mais variadas e às vezes até exóticas”, identificadas nos acórdãos do período de 2002 a 2008, nos quais os magistrados manifestavam entendimentos os mais diversos a respeito de questões básicas como o cabimento de direito de resposta quando houvesse sido ajuizada ação cível contra o jornal (art. 29, §3º)³ ou mesmo a própria competência para julgar o pedido na esfera cível, já que a lei de imprensa, numa lógica um tanto confusa, atribuía a competência ao juízo criminal (art. 32, §1º)⁴. Nas apelações cíveis julgadas entre 2002 e 2008, dispositivos da lei foram invocados como razão para indeferimento do pedido em nada menos do que 11 casos. Já nos casos levantados no período de 2010-2016, e contrariando a previsão de Gomes Jr. e Chueri⁵, os magistrados (aqui incluídos juízes e desembargadores) não alegaram incompetência do juízo cível para decidir sobre direito de resposta, com exceção de um (curioso) caso apenas⁶.

De todo modo, a quantidade de ações com pedido de direito de resposta continuou pequena. No universo de 262 apelações cíveis envolvendo imprensa (em sentido amplo) julgadas entre 2010 e 2016, todas com pedido de indenização por danos morais, em apenas 59 houve também pedido de resposta (excluídos os pedidos de publicação de sentença, por razões que serão apresentadas adiante). É difícil apontar com precisão em quantos dos demais 203 processos o direito de resposta seria cabível, mas o número certamente ficaria entre 78 e 130⁷, o que já permite constatar que o pedido ocorreu em menos da metade dos casos. E não é possível identificar as causas para este resultado, e nem mesmo especular sobre elas, ao menos não a partir de pesquisa jurisprudencial, mas, para os propósitos do presente trabalho, os dados levantados revelam dois pontos

³ Por exemplo: apelações cíveis nº 2003.001.29611 e 2004.001.17314, julgadas em 12/11/03 e 18/07/04, ambas pela 15ª Câmara Cível.

⁴ Por exemplo: apelações cíveis nº 2002.001.07149 e 2006.001.55818, julgadas em 26/11/02 e 20/12/06, pela 7ª e pela 4ª Câmaras Cíveis respectivamente.

⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. *Op. Cit.*, p. 14.

⁶ Trata-se da Apelação Cível nº 0055027-53.2006.8.19.0001, julgada em 17/11/2010 pela 7ª Câmara Cível. O relator, desembargador José Geraldino Antonio, ao se manifestar sobre o dever imposto à Ré, na sentença, de publicar o que havia sido requerido pelo Autor, afirmou que “[e]m que pese ser da jurisdição penal a competência para apreciar o direito de resposta do artigo 30 da Lei de Imprensa, no caso concreto, o pleito é de desagravo, que se dá com a retratação do responsável pela ofensa, que não se confunde com aquele instituto”. O entendimento é curioso já que a lei de imprensa já não estava mais em vigor, passado mais de um ano do julgamento da ADPF 130. De todo modo, o relator entendeu, por fim, que “não mais faz sentido obrigar a Ré a publicar resultado das investigações que se tornaram conhecidas por veiculação por diversos órgãos de publicidade”.

⁷ A análise perfunctória permitiu identificar 77 casos em que o pedido seria cabível e 73 casos em que o pedido não seria cabível. Quanto ao restante (53 processos), existe alguma dúvida se o direito de resposta seria cabível ou não e, diante da ausência de entendimentos consolidados a este respeito, incluir os processos num ou noutro grupo poderia decorrer de critérios pessoais, razão pela qual preferi deixar explícita esta margem de dúvida.

interessantes. O primeiro é que há, nesse quadro, uma inclinação dos magistrados a concederem o direito de resposta quando consideram o conteúdo ilícito e passível de indenização por danos morais: 75% dos casos em primeiro grau, e 73% em segundo (deixo de lado as razões – criticáveis muitas das vezes – pelas quais os magistrados indeferiram o pedido, condenando apenas em indenização pecuniária). O segundo ponto é que, por outro lado, o direito de resposta vem sempre acompanhado da indenização por danos morais, com exceção de um caso que será abordado oportunamente. Em resumo, pode-se afirmar, ao menos a partir dos dados levantados, que, uma vez que os juízes decidam pela ilicitude do conteúdo, eles tendem a conceder os dois pedidos na maioria dos casos, e apenas a indenização pecuniária nos demais.

Independentemente do acerto dos julgados (pela procedência ou improcedência), o que demandaria uma análise qualitativa, e de razões que eventualmente explicassem por que os magistrados não condenam os réus *somente* em direito de resposta, o fato é que direito de resposta e indenização por danos morais são duas sanções possíveis, autônomas e independentes, e não há uma razão jurídica que impeça que os magistrados, em determinados casos, condenem os réus apenas a concederem direito de resposta.

No presente trabalho, após expor problemas que decorrem da indenização por danos morais no contexto do direito brasileiro – marcado por indefinição jurídica e imprevisibilidade, onde não há regras, não há jurisprudência, não há compromissos prévios, e nem um esforço nesse sentido, tanto pelo Poder Judiciário como pela própria doutrina – e apontar vantagens do direito de resposta nesse mesmo contexto, proponho que o direito de resposta seja considerado uma espécie de sanção preferencial, em comparação com a indenização por danos morais. Não aponto aqui *em que casos* isso faria diferença, nem *qual seria a diferença quantitativa* nos resultados. A hipótese aqui defendida é a de que simplesmente haveria diferença nos julgamentos. E para corroborar a hipótese, apresento o resultado de dois experimentos (que foram elaborados a partir de casos reais) para avaliar se e em que medida os julgamentos dos conflitos sobre liberdade de expressão e direito à honra são afetados pela possibilidade de condenação em indenização e direito de resposta, conjunta e separadamente. Não menos importante: considerando-se a incerteza e a indefinição que marcam o direito brasileiro quanto ao tema, foi avaliado também o grau de confiança dos participantes (profissionais e estudantes de direito) em seus próprios julgamentos, a fim de comparar os resultados nos casos de direito de resposta e nos casos de indenização.

2. Liberdade de expressão (e de imprensa), direito à honra e indenização

O conflito entre liberdade de expressão ou de imprensa e o direito à honra ou direitos da personalidade em geral é um tema bem conhecido no direito brasileiro, tanto na teoria (como objeto de livros, teses, dissertações e artigos acadêmicos), quanto na prática (como questão a ser decidida em inúmeros processos judiciais no País, como se pode constatar nas notícias divulgadas quase diariamente em *sites* jurídicos). Um passo importante, que envolve uma dose de autocritica acadêmica, seria compreender por que tantos estudos jurídicos, muitos amplamente divulgados, conhecidos e até citados pelos magistrados não foram capazes de diminuir a incerteza sobre o tema e, conseqüentemente, a quantidade de processos judiciais a esse respeito. De todo modo, o fato é que as bases a partir das quais são desenvolvidos os estudos e proferidas as decisões são as mesmas: a importância da liberdade de expressão, geralmente relacionada ao regime democrático e ao “livre mercado de ideias”; a inadmissibilidade da censura prévia; a responsabilização posterior como a melhor forma de se controlar abusos no exercício da liberdade de expressão; o fato de que nenhum direito é absoluto; e que o direito à honra também é um direito fundamental; que a sua proteção é corolário da dignidade da pessoa humana; que nesses casos de colisão de direitos fundamentais deve-se recorrer ao método da ponderação e ao postulado da proporcionalidade, com auxílio de alguns parâmetros doutrinários (que não envolvem tomada de posição), mas sempre considerando as peculiaridades do caso concreto.

Muitos desses pontos – se não todos – merecem uma reflexão crítica na forma como são compreendidos e no papel que desempenham na fundamentação que orienta as decisões judiciais e pareceres jurídicos sobre o tema no Brasil. Mas, para o que aqui importa, os pontos a serem destacados referem-se à vedação da censura prévia e à responsabilidade posterior como solução adequada em caso de abuso no exercício da liberdade de expressão, ambos previstos no texto constitucional (arts. 5º, IV, V e IX, e 220, §2º). Os argumentos que sustentam tanto a vedação à censura como a responsabilidade posterior remontam a autores clássicos como John Milton, John Locke, Stuart Mill, e especialmente William Blackstone, cuja doutrina das restrições prévias (*prior restraint doctrine*) exerceu forte influência no constitucionalismo contemporâneo⁸. Em seus Comentários sobre as Leis da Inglaterra (1765), escreveu Blackstone: “Todo homem livre tem um direito indubitável a pôr diante do público as opiniões que lhe aprazerem: proibir isto é destruir a liberdade de imprensa: mas, se ele

⁸ TOLLER, Fernando M. O Formalismo na Liberdade de Expressão; São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 24.

publica o que é impróprio, malicioso ou ilegal, deve assumir a consequência de sua própria temeridade”⁹. Grosso modo, esta doutrina sustenta que (i) uma ideia não pode ser excluída previamente do debate público e que (ii) seria preferível penalizar os poucos que cometem eventual abuso do que penalizar a todos, suprimindo de antemão o exercício desta liberdade; razões que ressaltam uma nítida preocupação com o regime democrático e a construção de um espaço público de debate ou – para usar a expressão consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a partir do pensamento de Stuart Mill – um livre mercado de ideias (*free marketplace of ideas*)¹⁰.

Mas estes fundamentos são simples apenas na superfície, onde talvez termine a reflexão desenvolvida no direito brasileiro. Existem alguns aspectos pouco aprofundados ou mesmo não abordados que tiram essa simplicidade aparente. De forma bastante resumida, destaco quatro questões que devem ser consideradas (e que se relacionam de alguma forma), adiantando desde já que não pretendo questionar a doutrina nem seus fundamentos, mas demonstrar que a sua interpretação e aplicação devem estar condicionadas por estas questões.

Em primeiro lugar, trata-se de uma doutrina que se legitima a partir de um benefício coletivo, mas com riscos individuais de prejuízos, ou seja, o bônus é compartilhado com o público, enquanto o ônus é suportado exclusivamente por quem se expressa. Há um preço a ser pago – o que, no sentido literal, é algo a ser considerado numa sociedade que é a 10^a mais desigual em todo o mundo (índice de Gini 0,515 em 2015), ao lado da Suazilândia e abaixo de países como Guiné-Bissau (11^a), Ruanda (14^a) e Congo (15^a). Significa dizer que, no Brasil, alguns poucos podem assumir riscos que a grande maioria não pode e, se traduzimos a liberdade de expressão e de imprensa a partir dos riscos de sanções pecuniárias, podemos dizer que para alguns poucos indivíduos e grupos empresariais a liberdade de expressão e de imprensa, “na prática”, seria, de certo modo, um direito absoluto (considerando-se a insignificância da indenização pecuniária).

⁹ Apud. TOLLER, Fernando M. O Formalismo na Liberdade de Expressão; São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 25.

¹⁰ As expressões “*free market place of ideas*” ou apenas “*market place of ideas*” não são encontradas nas obras de Stuart Mill, mas foram construídas a partir das ideias desenvolvidas pelo autor em seu livro “*On Liberty*” (1859). O Justice Holmes utiliza a expressão “*free trade in ideas*” e recorre à analogia do mercado (econômico) em seu voto divergente no caso *Abrams v. US*, julgado em 1919 pela Suprema Corte: “*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.*” A expressão “*market place of ideas*” é citada pela primeira vez na jurisprudência da Suprema Corte no voto concorrente do Justice Douglas, em *US v. Rumely* (1953): “*Like the publishers of newspapers, magazines, or books, this publisher bids for the minds of men in the market place of ideas.*”

Em segundo lugar, a distinção entre restrições prévias e punições posteriores é mais frágil do que parece¹¹. Embora haja outros pontos de aproximação, limito-me aqui ao fato de que uma das causas que justificam a vedação à censura também está presente na responsabilização posterior: impedir que uma ideia chegue ao público. Deixando de lado as decisões judiciais que proíbem manifestações futuras – decisões cuja legitimidade podem ser questionáveis –, uma condenação judicial a uma reportagem sobre determinado fato ou pessoa certamente terá um efeito silenciador sobre o tema para aqueles que não podem assumir os riscos de uma nova condenação pecuniária. O alcance desse efeito pode variar de acordo com o país, condicionado a partir dos valores praticados e da desigualdade econômica, além de outros aspectos relacionados à coerência da jurisprudência e à previsibilidade do direito. Um bom exemplo a ser citado é o julgamento, pela Suprema Corte dos EUA, do caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) – uma decisão que é considerada uma referência sobre o tema, tanto nacional como internacionalmente, dentre outros motivos, pelo argumento acolhido pelo tribunal de que a condenação do jornal em razão da publicação de uma crítica à repressão aos movimentos pelas liberdades civis no (conservador) Estado do Alabama geraria um efeito de resfriamento (*chilling effect*) no debate público¹², assemelhando-se – apenas em suas consequências, é claro – à censura prévia. Mas para compreendermos a importância do argumento do *chilling effect* neste julgamento, devemos considerar alguns fatos que geralmente não são ressaltados: (i) que o jornal foi condenado por um júri do Alabama a pagar U\$S 500 mil na ação movida pelo Comissário Sullivan, mas outras ações ainda seriam julgadas, podendo o jornal, no fim, ter que pagar um total de U\$S 3 milhões¹³; (ii) que em 1960 o *New York Times* era um jornal que quase não dava lucro e a condenação final poderia levar ao seu fechamento; (iii) que, nesses termos, a condenação do jornal efetivamente desencorajaria toda a imprensa nacional a cobrir o importante movimento pelas liberdades civis – e talvez

¹¹ TOLLER, Fernando M. Op. Cit.; BERTONI, Eduardo Andrés. *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

¹² HALL, Kermit L., e UROFSKY, Melvin I. *New York Times v. Sullivan: civil rights, libel law and the free press*. University Press of Kansas, 2011.

¹³ De acordo com Rodrigo Gaspar de Mello: “Naquele mesmo período, o *New York Times* também estava sendo demandado, em ações absolutamente idênticas em fundamentos e pedidos, por diversas outras autoridades municipais e estaduais do Alabama (John Patterson, Governador do Alabama, pedido de indenização: U\$ 1.000.000,00; Earl James, prefeito de Montgomery, pedido de indenização: U\$ 500.000,00; Frank Pars, comissário de Montgomery, pedido de indenização: U\$ 500.000,00; e Clyde Seller, ex-comissário de Montgomery, pedido de indenização: U\$ 500.000,00). Todos alegavam que haviam sido difamados pelo mesmo anúncio.¹³ À época do julgamento do caso na Suprema Corte dos Estados Unidos, já havia sido proferida outra condenação contra o *New York Times* no valor de U\$ 500.000,00. A estratégia se repetia por todo o sul dos Estados Unidos, sendo certo que, nessa mesma época, os pedidos de indenização das autoridades públicas contra outros órgãos de imprensa já alcançavam, aproximadamente, 300 (trezentos) milhões de dólares.” (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*. Rio de Janeiro, 2016, Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 81).

tenha sido justamente esse o propósito da ação judicial¹⁴, (iv) já que, como ocorre no sistema norte-americano, a Suprema Corte não julgaria apenas o caso, mas decidiria a questão, afetando potencialmente outros atores. Como observou Frederick Schauer, ao julgar o caso *New York Times Co. V. Sullivan*, a Suprema Corte:

descreveu o Comissário Sullivan não apenas como um oficial de polícia [...], mas como um “agente público”. E descreveu o *New York Times* não apenas como o singular *New York Times*, e nem mesmo como apenas um jornal, mas sim como “a imprensa”. Como resultado, *New York Times v. Sullivan*, desde o início, se apresentou como um precedente para todo e qualquer caso de difamação iniciado por agentes públicos contra veículos de imprensa, e isso ocorreu precisamente porque, e apenas porque, foi exatamente o que a Suprema Corte *disse*.¹⁵

Como se pode notar, trata-se de uma realidade muito diferente da brasileira, onde grandes veículos de imprensa podem assumir os riscos de serem condenados a pagar indenizações, cujos valores (mesmo somados) nunca comprometeriam a sua saúde financeira, tampouco a sua continuidade. Como consequência, um tribunal no Brasil não enfrenta o dilema da mesma forma que a Suprema Corte no caso citado. Sua responsabilidade é limitada por dois aspectos: o valor da indenização e os efeitos da decisão, restritos às partes diretamente envolvidas no processo. Isso legitima um modelo que, no entanto, tem consequências muito diferentes para grandes e pequenos grupos de imprensa.

Em terceiro lugar, a doutrina de vedação à censura prévia, admitindo a responsabilidade posterior, pode gerar a ironia de a primeira ser preferível à segunda. Um caso ocorrido em 2009 ilustra bem este ponto: um pequeno jornal da cidade de Santa Cruz do Rio Pardo, interior de São Paulo, foi condenado a pagar o valor de R\$ 593 mil de indenização a um juiz por conta de uma reportagem em que se afirmava que a Prefeitura custeava os gastos do magistrado com o aluguel de sua residência e sua conta telefônica¹⁶. O valor da indenização correspondia a 2,5 anos de *faturamento bruto* da empresa, o que sugere que a consequência desta condenação seria o fechamento definitivo do jornal. É possível e até provável que o proprietário jornal – ou alguém que se encontrasse nesta situação – preferisse saber previamente se poderia

¹⁴ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as Ideias que Odiamos – Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*; tradução de Rosana Nucci; São Paulo: Aracati, 2011, p. 70.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 54.

¹⁶ <http://www.conjur.com.br/2009-jun-26/jornal-interior-sp-condenado-indenizar-juiz-593-mil>. Acesso em 27/06/2009.

publicar uma reportagem sobre um magistrado (ou aquele magistrado especificamente) que teria os custos de aluguel e contas telefônicas pagas por um prefeito (ou especificamente aquele prefeito – jamais saberemos), o que contraria justamente uma das razões por trás desta concepção: o argumento de que seria preferível penalizar os poucos que cometem eventual abuso do que penalizar a todos, suprimindo de antemão o exercício da liberdade de expressão.

A ironia apontada acima conduz ao quarto aspecto a ser considerado: a dificuldade de se identificar *quando* ocorre um abuso na liberdade de expressão e de imprensa. A legitimidade da responsabilidade posterior está de certo modo condicionada a uma previsibilidade mínima do direito (ao menos em alguma medida), o que é algo ausente no Brasil, onde não há regras, não há jurisprudência, não há compromissos prévios, e nem um esforço nesse sentido, tanto pelo Poder Judiciário como pela própria doutrina, mais preocupada em oferecer parâmetros vagos¹⁷ para uma solução justa (mas que será quase sempre polêmica) nos casos concretos do que para evitar os litígios.

A incoerência das decisões judiciais pode ser facilmente verificada pela variação de entendimento pelas diversas instâncias que julgam um mesmo processo – sendo que, no final, de todo modo, ela só afetará as partes no processo. A compreensão do direito a partir das decisões judiciais – e, diante da ausência de regras, esse deveria ser o caminho mais adequado – é quase caricata. Um cidadão, em seu blog, *pode* chamar uma prefeita (Rosinha Garotinho) de “caloteira” e “despreparada” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0018041-51.2012.8.19.0014), e internautas, em outro blog, também podem acusá-la de roubo de dinheiro público, venda dos royalties do petróleo, péssima gestora, responsável por rombo nos cofres públicos (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0035937-39.2014.8.19.0014), mas o marido da prefeita (Anthony Garotinho), em seu blog, *não pode* chamar o então vice-governador Pezão de “Mãozão” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0022709-36.2014.8.19.0001), ao tratar do sumiço de verbas destinadas às vítimas das chuvas na Baixada Fluminense. De acordo com a “jurisprudência”, o ordenamento jurídico brasileiro também *não permite* que um blogueiro chame um Ministro de Estado de “sem vergonha” (“Crivella é 100 vergonha”), acusando-o de usar dinheiro público para beneficiar ONG ligada à sua igreja (TJRJ, 21ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0068778-66.2013.8.19.0000), mas *permite* que um jornalista chame o prefeito de sua cidade, no

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 88-90.

interior, de “criminoso”, “canalha”, “desonesto e ladrão” (TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0002154-66.2009.8.19.0035), embora não permita que um ex-prefeito de outra cidade seja chamado de “mentiroso, mal caráter, ladrão, canalha, cara de pau e apedeuta” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0022228-38.2012.8.19.0003). Por outro lado, um cidadão *pode* (TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível 306498 SC 2003.030649-8) mas na verdade *não pode* (STJ, Recurso Especial nº 801249) afirmar que um deputado estadual “tem uma incrível facilidade de mentir”, e um jornal *talvez possa* (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0158666-82.2009.8.19.0001) ou *talvez não possa* (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0152792-19.2009.8.19.0001) publicar a foto de uma mulher, de costas, que se encontrava sentada no vaso sanitário, de calças arriadas enquanto era resgatada pelos bombeiros, num edifício onde dois andares desabaram.

Um grande jornal pode perfeitamente assumir os riscos de atuar num cenário de indefinição jurídica como o descrito acima. E mais: em tese, pode até mesmo atuar de má-fé, divulgar mentiras ou meias-verdades sobre quem quer que seja, por razões escusas, e ciente da condenação judicial posterior. O pagamento de indenizações por danos morais não afeta os grandes veículos de imprensa e, o que aqui é ainda mais importante, não muda a opinião do público sobre o próprio veículo (TVs, jornais e periódicos) nem sobre o conteúdo das reportagens que geraram a condenação. Mas se os efeitos de eventuais condenações nessa *roleta judicial* são indiferentes para a grande imprensa, eles podem ser decisivos e até mesmo fatais para pequenos veículos de comunicação, como o jornal de Santa Cruz do Rio Pardo/SP.

O quadro problemático descrito até aqui é um daqueles fenômenos que resultam de diferentes causas, e acredito que uma delas está relacionada à resolução dos casos concretos a partir de um sistema binário que diferencia *liberdade de expressão* e *abusos na liberdade de expressão* a partir da chave “discurso protegido x indenização pecuniária”, deixando de lado o direito de resposta, com todas as suas potencialidades. Como sustento no tópico a seguir, a inclusão do direito de resposta – ainda que apenas para auxiliar na tomada de decisão – pode contribuir um pouco para tornar o quadro menos problemático.

3. A posição preferencial do direito de resposta: uma proposta

O direito de resposta e a indenização por danos morais são duas sanções possíveis em caso de violação do direito à honra por abuso no exercício da liberdade de expressão

(art. 5º, V, CRFB/1988). A semelhança entre ambos, porém, termina aí. E para ilustrar algumas divergências, consideremos o seguinte caso¹⁸: uma conhecida apresentadora de TV, divulgou, em seu programa diário, a notícia do assassinato de uma jovem pelo ex-namorado, que, em seguida, cometeu suicídio. O rapaz estava em liberdade provisória, depois de haver sequestrado e ameaçado a ex-namorada cinco meses antes do crime. A apresentadora criticou duramente a juíza que havia concedido liberdade provisória ao rapaz, pedindo que os telespectadores guardassem bem o nome da magistrada, que, segundo a apresentadora, havia fundamentado a decisão a partir do bom comportamento do réu. A magistrada então ajuizou ação de indenização por danos morais, onde alegou que ela e seus familiares tornaram-se alvo de críticas e perseguições populares, e que sua decisão “fora pautada no parecer do Ministério Público que se manifestou a favor da liberação do denunciado, visto que a própria vítima, em depoimento, apontava a ausência de periculosidade do condenado” (STJ, Recurso Especial nº 1.403.375). A ação foi julgada procedente, condenando o canal de televisão e a apresentadora a pagarem o valor de 150 mil reais à juíza a título de danos morais.

Deixando de lado aqui qualquer juízo acerca da decisão – se deveria ou não ter sido julgada procedente –, o fato é que o seu resultado não trouxe absolutamente nenhuma informação aos telespectadores. Se estes concordaram com o que foi dito, entendendo que a juíza errou, e que deveriam *guardar bem o seu nome*, como pediu a apresentadora de TV, eles continuariam com a mesma opinião, mesmo após a condenação indenizatória, já que não tiveram acesso aos fatos ou dados que levaram o juiz da ação a condená-los. E se a juíza e seus familiares haviam se tornado “alvo de críticas e perseguições populares”, a sentença acolhendo o pedido da vítima não mudou em absolutamente nada este quadro. E por se tratar de uma grande rede de televisão, o valor da condenação não afetou a sua saúde financeira, nem foi capaz de gerar um *chilling effect*. Por fim, a credibilidade da apresentadora de TV restou intacta diante de seus telespectadores.

Consideremos agora a hipótese de uma condenação em direito de resposta (com ou sem indenização por danos morais): os telespectadores teriam sido informados a respeito de fatos que a própria apresentadora desconhecia; a credibilidade da apresentadora para tratar de temas jurídicos, considerando-se ser leiga no assunto (como ela mesma reconheceu no processo judicial), seria ou poderia ser (em alguma medida) abalada; e o

¹⁸ <http://www.conjur.com.br/2013-out-16/globo-ana-maria-braga-sao-condenadas-criticar-juiza-rede-nacional>. Acesso em 20/10/2013.

constrangimento da apresentadora ao ler uma resposta apontando os seus erros poderiam ter um efeito para casos futuros que provavelmente uma condenação indenizatória não teria.

É possível notar, a partir do caso acima, algumas diferenças entre o direito de resposta e a indenização, mesmo que ambas fossem aplicadas em conjunto. Em primeiro lugar, o direito de resposta permite que aquele que teve a sua honra violada se manifeste, trazendo algum equilíbrio, ainda que pontual, no exercício do direito à informação. Além disso, o direito de resposta atinge o público, ou seja, não se trata apenas do direito de o ofendido se manifestar, mas do direito do público de ter acesso ao conteúdo dessa manifestação. No caso acima, por exemplo, a juíza ganhou 150 mil reais, mas o público não ganhou absolutamente nenhuma informação, o que seria importante para formar um juízo mais adequado quanto aos fatos. Por fim, se a condenação em caso de abuso no exercício da liberdade de expressão ou de imprensa pode ter um efeito pedagógico, isso é mais real no direito de resposta do que na indenização, que, aliás, parece ter um efeito pedagógico bastante contestável (seja pelos valores pecuniários que a grande imprensa pode perfeitamente suportar, seja pela própria indefinição do direito brasileiro – doutrina e jurisprudência – quanto ao que é lícito ou ilícito nesse tema).

Mas há também ao menos duas diferenças que só se verificam quando a condenação se restringe ao direito de resposta, excluindo-se a indenização. A primeira diferença é voltada ao ofensor; a segunda, ao Estado. Se existe, de fato, no direito brasileiro uma indefinição, uma falta de previsibilidade e segurança jurídica quanto aos limites da liberdade de expressão/imprensa e do direito à honra, onde a *roleta judicial* pode favorecer um ou outro direito sem qualquer compromisso com casos futuros, a condenação do ofensor limitada ao direito de resposta do ofendido não penaliza demasiadamente aquele que se manifesta em boa-fé, é dizer, aquele que, diante da enorme zona cinzenta deixada pela doutrina e pela jurisprudência quanto aos limites da liberdade de expressão, presume que estaria exercendo legitimamente aquele direito. De certo modo, a aplicação exclusiva do direito de resposta nesses casos seria a medida mais adequada justamente em função de um problema criado pelo próprio direito brasileiro. Afinal, se o direito brasileiro fosse minimamente mais claro quanto ao que é ilícito nesse tema, mais fácil seria aceitar a condenação daquele que pratica o ato ilícito.

Não se trata, contudo, de uma ideia que agrade necessariamente a todo e qualquer veículo de imprensa – e por isso é importante enfatizar a condição mencionada acima,

a respeito da boa-fé. Para o mau jornalismo, que age de má-fé, a condenação em indenização parece, de fato, a mais vantajosa, ao menos se contar com recursos para suportá-la. Neste cenário, a oferta de espaço para o direito de resposta ou a resistência em concedê-lo pode dizer muito a respeito do veículo de imprensa. Um exemplo ilustrativo é o do premiado jornalista Lúcio Flávio Pinto, que escreve e edita o Jornal Pessoal – uma publicação quinzenal com distribuição limitada à cidade de Belém/PA e sem destinar espaço para anúncios publicitários. Lucio Flavio já foi alvo de trinta e três ações judiciais em razão de denúncias feitas contra empresários da região, envolvendo grilagem de terras, tráfico ilegal de madeira na Amazônia etc. Treze ações foram movidas por membros da família Maiorana, proprietária dos principais meios de comunicação da região (o jornal e a TV Liberal, filiada da Rede Globo) e, numa das ações, o jornalista foi condenado a pagar o valor de R\$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil reais) ao empresário Rômulo Maiorana Junior e à empresa Delta Publicidade S.A.¹⁹. O jornalista – apontado como vítima de violência institucional pela organização mundial Repórteres sem Fronteiras – sempre ofereceu espaço à resposta, mesmo as mais ofensivas, mas os alvos de suas reportagens sempre preferiram recorrer à indenização, invariavelmente concedida pelo poder judiciário local.

A segunda diferença do direito de resposta, quando concedido exclusivamente, está mais relacionada à delicada posição assumida pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, quando, por fim, acaba de algum modo se manifestando sobre a opinião do ofensor sobre a pessoa ofendida. Afinal, o que o Estado sustenta quando condena um cidadão que afirma que um deputado estadual “tem uma incrível facilidade de mentir” (STJ, Recurso Especial nº 801249), ou quando não condena um blogueiro que afirma que uma prefeita é “caloteira” e “despreparada” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0018041-51.2012.8.19.0014)? Estaria avaliando o mérito das opiniões? O direito de resposta permite que o cidadão defenda a sua honra, sem envolvimento por parte do Estado, que não faria nenhum juízo quanto à adequação das ofensas proferidas.

O direito de resposta e a indenização por danos morais não são sanções que se excluem, podendo (e em muitos casos devendo) ser aplicadas conjuntamente – se forem, é claro, requeridas pela parte autora. Mas é importante compreender as diferenças, para que se possa avaliar em que casos caberia *apenas o direito de*

¹⁹ 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. Rio de Janeiro, 2016, Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 66.

resposta – e, se o autor tivesse requerido apenas a indenização por danos morais, o resultado deveria ser pela improcedência.

No universo de 75 acórdãos levantados junto ao TJRJ, o resultado de improcedência de indenização e procedência do direito de resposta ocorreu em apenas um caso (TJRJ, 7^a Câmara Cível, AC n.º 0092856-87.2014.8.19.0001), de relatoria do Desembargador André Andrade, que, coincidência ou não, realiza pesquisa no âmbito de seu doutoramento sobre o tema liberdade de expressão. Em breve síntese, o caso envolvia matéria veiculada por um programa em canal esportivo de TV, em que foi citado o nome do autor como ocupante de cargo comissionado no gabinete de uma vereadora que também era presidente de um clube esportivo, do qual o autor também era empregado. A reportagem citou um valor de remuneração percebida pelo autor, que era superior ao que ele realmente recebia. De acordo com o relatório do acórdão, o autor “pediu a condenação da ré à retratação e ao pagamento de indenização por dano moral”, ambos julgados improcedentes pelo juiz. O relator concordou com a sentença em relação à inexistência de dano moral (ocorrendo apenas mero aborrecimento), mas concedeu o direito de resposta, nos seguintes termos:

Embora não configurado o dano moral, forçoso reconhecer que a matéria apresentou uma precisão no valor divulgado como salário percebido pelo autor. Desta feita, impõe-se conceder ao autor o direito de resposta, quanto a este aspecto. Registre-se que a publicação deverá ser promovida a critério do autor em sede de cumprimento de sentença.

Certamente, muitos dos casos envolvendo conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra (e entre direitos fundamentais em geral) geram um dilema, com escolhas e decisões que nunca são plenamente satisfatórias. No caso citado, embora houvesse alguns fatos que tornassem mais simples a decisão pela improcedência do pedido (o foco da reportagem, por exemplo, era a vereadora, e não o autor da ação), não se pode ignorar que a informação a respeito da remuneração percebida pelo autor estava incorreta, e um argumento de que a liberdade de imprensa não protegeria notícia ou informação falsa poderia dificultar a decisão pela improcedência. É dizer: à luz do que se verifica em diversas decisões judiciais sobre o tema no Brasil, não seria muito estranho se o réu fosse, por esse motivo, condenado a indenizar o autor. Dois fatores, contudo, tornaram a decisão mais fácil nesse caso: (i) a adequada compreensão, pelo relator, do que é a atividade de imprensa, e o que se pode e o que não se pode exigir dela na verificação da veracidade e precisão das informações

obtidas²⁰ (o que foi fundamental para a decisão da Suprema Corte dos EUA em *New York Times Co. V. Sullivan*), e (ii) o pedido de direito de resposta. E, com o deferimento do direito de resposta, foi possível corrigir a informação, sem qualquer preocupação com potenciais efeitos que uma indenização por danos morais geraria na atividade da imprensa – até porque, a partir das considerações feitas anteriormente, não há valor indenizatório que altere o fato de que o melhor e mais perfeito jornalismo não seria capaz de assegurar a veracidade de absolutamente todas as informações que divulga, em todos os detalhes. Em outras palavras: num caso como esse, seria impossível falar-se em caráter *didático-pedagógico* da reparação imaterial.

É claro que o juiz só pode assegurar o direito de resposta se este tiver sido pedido pelo autor, e em muitos casos (por razões também desconhecidas, e de difícil verificação) o direito de resposta não figura entre os pedidos apresentados na ação. Ainda assim, pensar hipoteticamente no direito de resposta, considerar que o ordenamento jurídico prevê duas sanções distintas e com efeitos distintos para o mesmo conflito, pode tornar mais simples a decisão pela improcedência do pedido de indenização (ou de outros pedidos, como remoção em internet), quando for o caso. Um exemplo seria a decisão proferida pela 11^a Câmara Cível do TJRJ no julgamento da Apelação Cível n.º 44590/2006, que, depois de apresentar os fundamentos pela manutenção da sentença de improcedência do pedido de indenização por danos morais, ressaltou que, “na verdade, a questão se situa no direito de resposta” – o que não foi pedido pelo autor. No mesmo sentido, a decisão proferida pelo juiz da 3^a vara cível da Comarca de Corumbá/MS, indeferindo a liminar requerida pelo autor, ex-prefeito da cidade, para que fosse excluída de um *site* de notícias uma matéria jornalística “transmitindo informação de que o autor teve seus direitos políticos suspensos por decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a confirmar a sentença de 1º grau, omitindo a reforma parcial desta pelo TJMS, de modo a causar instabilidade política na população corumbaense” (proc. 0805311-12.2017.8.12.0008). Uma das razões apresentadas pelo juiz para negar a liminar requerida foi que “a exclusão total da notícia seria desproporcional, sobretudo ante o advento da Lei do Direito de Resposta, que prevê instrumentos suficientes para retificar informações incorretas”.

²⁰ Foi este o trecho do acórdão onde o ponto foi ressaltado: “Registre-se, por oportuno, que a prova cabal dos fatos deduzidos na matéria questionada não cabe à imprensa, que, trabalhando com uma noção de tempo distinta daquela com que se trabalha nos processos judiciais, não tem como proceder a um exame minudente e metucioso da veracidade de todas as declarações e afirmações que apresenta. Exigir isso da imprensa seria, em última análise, amordaçá-la. A notícia ou a matéria jornalística não pode esperar pela sua confirmação cabal, sob pena de se tornar velha e sem interesse. Além disso, nem sempre seria possível, em âmbito jornalístico, uma confirmação que se pudesse apontar como indubidosa ou de comprovação “cabal”, já que as provas acerca de uma declaração muitas vezes podem ser questionadas ou infirmadas por outras, dependendo de quem as analise”.

Decisões como essas são a exceção que confirma a regra: geralmente, juízes e desembargadores ou consideram o conteúdo ilícito e condenam os réus a pagarem indenização e, quando pedido, a concederem direito de resposta, ou consideram o conteúdo lícito – muitas das vezes, fazendo vista grossa para problemas do conteúdo em discussão que seriam resolvidos por meio de direito de resposta.

Por fim, é importante fazer uma rápida observação a respeito do próprio direito de resposta, a fim de se verificar o que ele compreende e, conseqüentemente, o que foge ao conceito. A revogada lei nº 5.250/67 (Lei de imprensa) estabelecia expressamente que “o direito de resposta consiste” na publicação ou transmissão (a depender do veículo de comunicação) da “resposta ou retificação do ofendido” (art. 30, I a III). Mas também dispunha sobre a publicação ou divulgação de retratação do ofensor – espontânea ou em juízo – e seus efeitos sobre os direitos do ofendido (arts. 26, §§1º e 2º, e 53, III). “Retratação do ofensor” já se afasta um pouco da ideia de direito de resposta do ofendido, mas talvez seja ainda menos estranha do que *publicação de sentença*, que estava prevista na lei de imprensa (art. 75)²¹, no capítulo VII (“Disposições gerais”) – bem distante do capítulo IV, intitulado “Do direito de resposta” (arts. 29 a 36). As sentenças e acórdãos têm uma linguagem técnica, uma estrutura própria, e um conteúdo específico, algo bem distinto de uma “resposta”. Além disso, provavelmente ocupariam, num periódico impresso, um espaço desproporcional, contrariando a própria ideia de “direito de resposta proporcional ao agravo”²² (embora este seja um problema que alguns magistrados têm resolvido, ao imporem ao autor a seleção de trechos da decisão sentença ou acórdão, de modo a não comprometer a proporcionalidade²³). Ainda: uma decisão judicial pode conter trechos de jurisprudência e de doutrina, até mesmo estrangeira, sobre os mais diversos temas jurídicos, como o princípio da proporcionalidade, a posição preferencial da liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, enfim, temas que definitivamente não se

²¹ Art. 75. A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada.

²² Na Apelação Cível nº 0089970-86.2012.8.19.0001, julgada em 12/11/15, a 22ª Câmara Cível reformou sentença que havia julgado improcedente o pedido de publicação de sentença, porque deveria ocorrer na capa do jornal, o que seria desproporcional. O tribunal julgou procedente o pedido, mas a decisão não poderia ser publicada na capa do jornal, por ser desproporcional ao agravo.

²³ É o que se nota, por exemplo, no seguinte trecho do acórdão da Apelação Cível nº 0299032-11.2008.8.19.0001, julgada em 19/10/10 pela 19ª Câmara Cível: “Contudo, há de se fazer ressalva ao tamanho do decisum, que contém sete laudas, em paralelo com a nota publicada, que apresenta dois parágrafos, de forma que a publicação da sentença de primeiro grau na mesma folha de reportagem do Jornal, geraria um ônus desproporcional ao jornal, permitindo-se a tiragem de milhares de exemplares com uma sentença metricamente desproporcional à reportagem ofensiva. Pelo que, em sede de execução de sentença, deve o autor escolher os trechos da sentença, ou mesmo deste acórdão, que melhor expresse os seus interesses, de modo que caibam nos limites e espaços da reportagem que saiu do Caderno Rio, Folha 17, ou mesmo escolher reduzir a fonte, para que a sentença caiba na íntegra.”

relacionam com a ofensa publicada, divulgada ou transmitida, nem se aproximam de uma contestação a ela.

Na prática, e por razões desconhecidas, a publicação de sentença (ou acórdão) acabou adquirindo um status de direito de resposta, e se tornou algo tão enraizado que resistiu, em muitos casos, à própria revogação da lei de imprensa. No âmbito do TJRJ, por exemplo, a publicação de decisão judicial foi imposta em sete apelações cíveis, sendo que seis foram julgadas após a decisão da 3ª Turma do STJ (em 15/12/2009), que reconheceu que a publicação de sentença “não se confunde com o direito de resposta, de modo que ele não encontra fundamento direto na constituição federal” (Recurso Especial n. 885.248/MG).

É provável que a prática seja abandonada, seja pelo impacto da decisão proferida pelo STJ, invocada em outros julgados como reforço argumentativo contra o pedido de publicação de sentença (TJRJ, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0132839-11.2005.8.19.0001; TJRJ, 20ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0030003-05.2011.8.19.0209), seja pela ausência de previsão legal. De fato, a recém-aprovada lei nº 13.188/15, comumente apontada como *lei do direito de resposta*, mas que, a rigor, “dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido”, evitando assim alguma confusão conceitual, não reproduziu o dispositivo da lei de imprensa que previa a publicação de sentença. Além disso, a lei estabelece que “a retratação ou retificação espontânea (...) não impedem o exercício do direito de resposta pelo ofendido nem prejudicam a ação de reparação por dano moral” (art. 2º, §3º), o que reforça ainda mais o conceito adequado de direito de resposta.

Portanto, a proposta aqui defendida de direito de resposta como sanção preferencial compreende o direito de resposta como ele é: uma manifestação do ofendido sobre o conteúdo que deu causa à ofensa²⁴. No entanto, para a análise da jurisprudência sobre o tema no tópico a seguir, o conceito foi adotado em sentido amplo.

4. A diferença do direito de resposta como sanção preferencial: uma análise a partir de dois experimentos

Neste tópico, apresento o resultado de dois experimentos que foram elaborados para avaliar se e em que medida o julgamento dos conflitos sobre liberdade de expressão e

²⁴ De todo modo, para os números apresentados na introdução deste trabalho o conceito foi adotado em sentido amplo, incluindo retratação, desmentido, retificação, nota de desagravo etc.

direito à honra são afetados pela possibilidade de condenação em indenização e direito de resposta, conjunta e separadamente. Ambos os experimentos foram elaborados a partir de casos reais, e eram destinados a profissionais e estudantes de direito²⁵.

O primeiro experimento tinha a seguinte vinheta:

A Revista Notícias, uma revista semanal muito conhecida, publicou algumas reportagens sobre o caso de assassinatos em série de crianças e adolescentes numa cidade do interior de Minas Gerais. Nestas matérias, o delegado Paulo Sampaio, que havia sido designado pela corporação para dar declarações sobre a atuação da polícia nas investigações do caso, foi qualificado como “despreparado” e “incompetente”. Isso porque o delegado teria permitido que o foragido Augusto Silva, até então sem relação com os crimes, saísse da Delegacia de Polícia (depois de ter sido apresentado como suspeito pelo parente de uma das vítimas), para que retornasse no dia seguinte, portando documento de identidade. Tendo acesso ao inquérito e investigação, a revista publicou reportagens e editoriais nos quais afirma ter o delegado atuado com desídia e “incompetência” na condução do caso, porquanto teria liberado o agente criminoso.

Em seguida, informava que o delegado havia ajuizado ação cível, por violação à sua honra e imagem, alegando, a respeito do caso que deu origem à reportagem, que:

- (a) há requisitos a serem preenchidos para que alguém seja preso;
- (b) não havia situação de flagrante nem ordem judicial que determinasse a prisão do agente;
- (c) havia uma impossibilidade técnica de saber que o apresentado pelo parente de uma das vítimas era um foragido, não podendo considerá-lo, desde já, como o principal suspeito pela prática dos crimes.

Sendo o juiz do caso, como você decidiria?

Qual o seu grau de confiança de que este é o julgamento correto?
(Muito baixo; Baixo; Um pouco baixo; Nem baixo, nem alto; Um pouco alto; Alto; Muito alto)

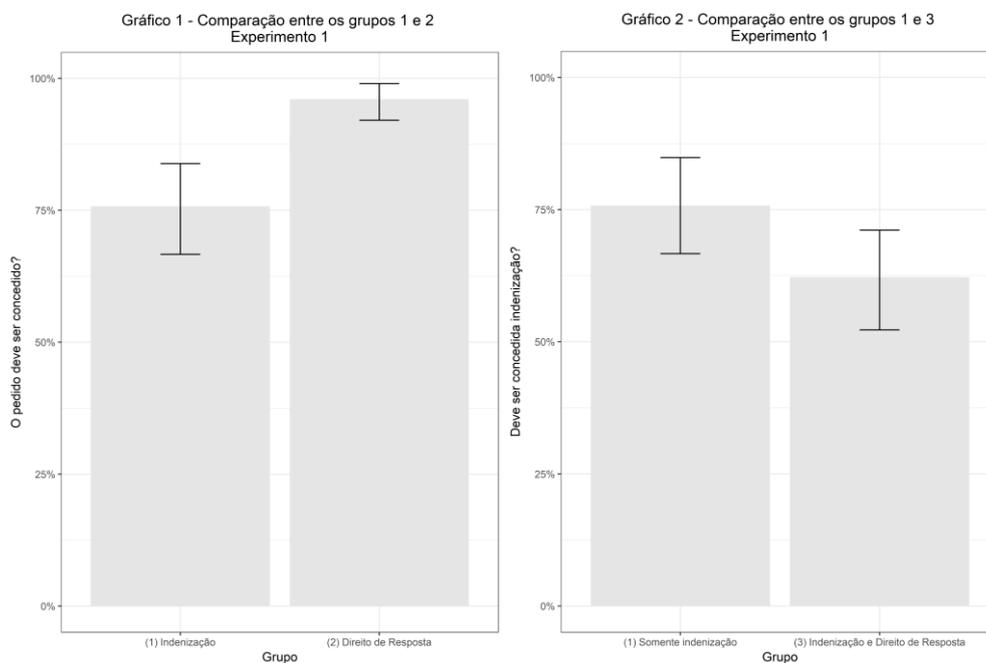
²⁵ Os experimentos também foram aplicados a pessoas de fora da área do Direito (doravante “leigos”), mas para um propósito secundário: fazer uma análise comparativa com o julgamento realizado por profissionais e estudantes do Direito, a fim de verificar se e em que medida o conhecimento jurídico realmente altera o resultado dos julgamentos. A hipótese que anima esta investigação marginal é a de que, na ausência de regras, de enunciados normativos, de súmulas, de entendimentos doutrinários, enfim, de tomadas de posição prévias sobre o conflito, os casos estariam sendo decididos por fatores estranhos ao direito, como: sentimentos morais, religião, ideologia política, gênero etc., de modo que os resultados dos julgamentos por leigos e por profissionais e estudantes de Direito, se não fossem semelhantes, também não seriam muito distintos. Os resultados serão apresentados em nota de rodapé.

Havia três versões deste experimento: na primeira versão, o pedido era de indenização por danos morais; no segundo, apenas direito de resposta; no terceiro, o delegado requeria a condenação da ré em indenização e direito de resposta. Portanto, aqueles que responderam a primeira versão (grupo 1) deveriam decidir se julgavam procedente ou improcedente o pedido de indenização, enquanto os que responderam a segunda versão (grupo 2) deveriam decidir se julgavam procedente ou improcedente apenas o direito de resposta, e os que responderam a terceira versão (grupo 3) tinham quatro opções: julgar improcedentes ambos os pedidos; procedente a indenização e improcedente o direito de resposta; improcedente a indenização e procedente o direito de resposta; ou improcedentes ambos os pedidos. Em seguida, os participantes deveriam informar qual era o grau de confiança de que o seu julgamento seria o correto, e as opções eram: (a) muito baixo; (b) baixo; (c) um pouco baixo; (d) nem baixo, nem alto; (e) um pouco alto; (f) alto; e (g) muito alto.

As hipóteses do experimento eram as seguintes: (i) haveria mais condenação no grupo 2 (direito de resposta) do que no grupo 1 (indenização); (ii) o grau de confiança dos participantes do grupo 2 seria maior do que o dos participantes do grupo 1; (iii) no grupo 3 (que reúne os dois pedidos: indenização e direito de resposta), haveria menos condenações ao pagamento de indenização do que no grupo 1. As premissas que sustentam tanto a primeira como a segunda hipótese são as mesmas. Não há regras estabelecidas que definam minimamente qual direito deve prevalecer. Parâmetros doutrinários são vagos, geralmente traduzem ideias com as quais todos estão ou parecem estar de acordo, não envolvem tomada prévia de posição e são incapazes de antecipar resultados. Neste cenário de indefinição, os julgadores terão um grau de confiança menor quanto à adequação do julgamento que realizam quando a condenação implica pagamento de indenização do que quando implica concessão de direito de resposta. Em casos como o que foi narrado na vinheta, onde há informações relevantes que foram omitidas na matéria ofensiva e que seriam importantes ao conhecimento do público, os julgadores tenderiam a conceder o direito de resposta, única sanção capaz de dar publicidade a essas informações. Quanto à terceira hipótese, acredito que o cenário apresentado ao grupo 1 poderia colocar seus participantes diante de um certo dilema: ou condenar a Revista Notícias ao pagamento de indenização (com todos os problemas que isso implica) ou simplesmente julgar improcedente o pedido, sem aplicar qualquer sanção à ré, já que o juiz deve se limitar ao que foi pedido pelo autor. Seria um certo dilema a ser enfrentado pelos julgadores que entendessem que o direito de resposta (não requerido pelo autor) seria a sanção mais adequada, de modo que tanto a condenação ao pagamento pecuniário quanto a ausência absoluta de

qualquer sanção poderiam parecer soluções insatisfatórias (e, no entanto, alguma das duas decisões deveria ser tomada). Esses julgadores não enfrentariam dilema algum no terceiro cenário (grupo 3), pois poderiam condenar a ré somente a conceder direito de resposta. Esse efeito poderia ser percebido no grupo 3, onde se pode identificar o percentual de julgadores que condenaram a ré às duas sanções ou somente a uma delas.

O experimento foi respondido por 293 profissionais e estudantes de direito (D), sendo que 100 responderam a versão 1 (grupo 1), cujo pedido era apenas de indenização; 103 responderam a versão 2 (grupo 2), cujo pedido era apenas de direito de resposta; e 90 responderam a versão 3 (grupo 3), com ambos os pedidos. Os resultados (em números percentuais) foram os seguintes:



Na comparação das respostas nos grupos 1 e 2, vemos que 25% dos participantes do grupo 1 julgaram improcedente o pedido do autor, enquanto somente 4% dos participantes do grupo 2 julgaram da mesma forma. Se estiver correta a premissa deste trabalho, de que o direito de resposta é um direito quase estranho à nossa realidade, um direito que parece ocupar um lugar secundário na resolução de conflitos entre liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem, então a versão apresentada ao grupo 1 (onde o autor pede somente indenização) é a que melhor descreve a realidade brasileira. Quando o conflito tem que ser resolvido nesses termos, decidir pela improcedência representa, de certo modo, decidir a favor do conteúdo que teria violado a honra do autor, e que pode ser um xingamento (relacionado a algum fato), uma acusação ou uma informação falsa, por exemplo. Não é fácil, ainda que em diversos casos seja correto, decidir a favor da ofensa ou mesmo da mentira. Essa dificuldade praticamente desaparece quando se está diante do cenário apresentado ao grupo 2,

onde a condenação pela divulgação de informações falsas, por exemplo, implica permitir que as informações verdadeiras sejam também divulgadas pelo mesmo veículo de imprensa. A mesma reportagem que estaria protegida pela liberdade de imprensa para 25% dos participantes do grupo 1, não estaria plenamente protegida para 96% dos participantes do grupo 2 e para 96.7% dos participantes do grupo 3. A inclusão do direito de resposta como sanção a ser aplicada não alterou apenas o entendimento a respeito da proteção do conteúdo, mas a própria avaliação quanto à adequação da condenação pecuniária para o caso, como sugerem as respostas dos participantes do grupo 3. Quando o direito de resposta foi apresentado como uma das sanções possíveis, podendo ser aplicado exclusivamente ou em conjunto com a indenização, a condenação pecuniária diminuiu de 75% (grupo 1) para 62.2% (grupo 3). E a condenação em direito de resposta foi muito semelhante nos grupos 2 e 3: 96% (grupo 2) x 94.4% (grupo 3)²⁶.

O grau de confiança dos profissionais e estudantes de direito a respeito da correção das suas respostas no grupo 2 (Alto = 41%; Muito alto = 35%) foi maior do que no grupo 3 (Alto = 44%; Muito alto = 17%) e bem maior do que no grupo 1 (Alto = 32%; Muito alto = 17%), o que confirma a hipótese formulada.

Diante do êxito deste primeiro experimento, elaborei um segundo – semelhante a este e inspirado num caso já citado no tópico 3 deste artigo – a fim de replicar os seus resultados. A mudança limitou-se à vinheta apresentada (mantido todo o restante):

Jefferson Nunes foi preso por ter agredido sua ex-esposa, Katiúcia Alves, após um ataque de ciúmes por tê-la visto acompanhada de outro homem num restaurante. O caso teve repercussão na mídia, depois que um vídeo com as cenas de agressão foi compartilhado nas redes sociais. Passados alguns meses, Jefferson teve a liberdade provisória concedida pela justiça. Jefferson foi então à casa de Katiúcia, numa tentativa de reconciliação. Ambos discutiram e ele a matou com dois tiros. Em seguida, Jefferson suicidou-se.

Em seu programa diário de TV (das 14h às 16h), onde recebe convidados e debate questões atuais, o apresentador Aldo Macedo fez uma crítica ao juiz que concedeu a liberdade provisória a Jefferson. O apresentador disse estar indignado:

²⁶ O resultado do experimento aplicado a profissionais e estudantes de direito (D) foi muito semelhante ao resultado alcançado quando respondido pelos leigos (L). Na comparação por grupos, temos o seguinte: Grupo 1 – 75% (D) x 71% (L); Grupo 2 – 96% (D) x 90% (L); Grupo 3 – 60% (D) x 31.4% (L); 2.2% (D) x 1.8% (L); 34.4 (D) x 57.4 (L); 9.2 (D) x 3.3 (L). Ainda que no grupo 3 os resultados para (D) e (L) não tenham sido muito próximos, ocorreu em (L) a mesma mudança observada em (D) na comparação entre os grupos 1, 2 e 3: a condenação pecuniária diminuiu no grupo 3 em comparação com o grupo 1 (de 71% para 33.2%) e a condenação em direito de resposta se manteve aproximada nos grupos 2 e 3 (90% e 88.8%).

"Era uma morte anunciada! Ele tinha agredido a Katiúcia há menos de seis meses! Então esse juiz, o Sr. Arnaldo Teóphilo Braga, falou: ele tem bom comportamento. Ora, juiz..."

Em seguida, informava que o juiz havia ajuizado ação cível, por violação à sua honra e imagem, alegando, a respeito do caso:

Que sua decisão seguiu o parecer do Ministério Público, que havia se manifestado a favor da liberação;

Que a própria vítima, em depoimento, havia apontado ausência de periculosidade do ex-marido;

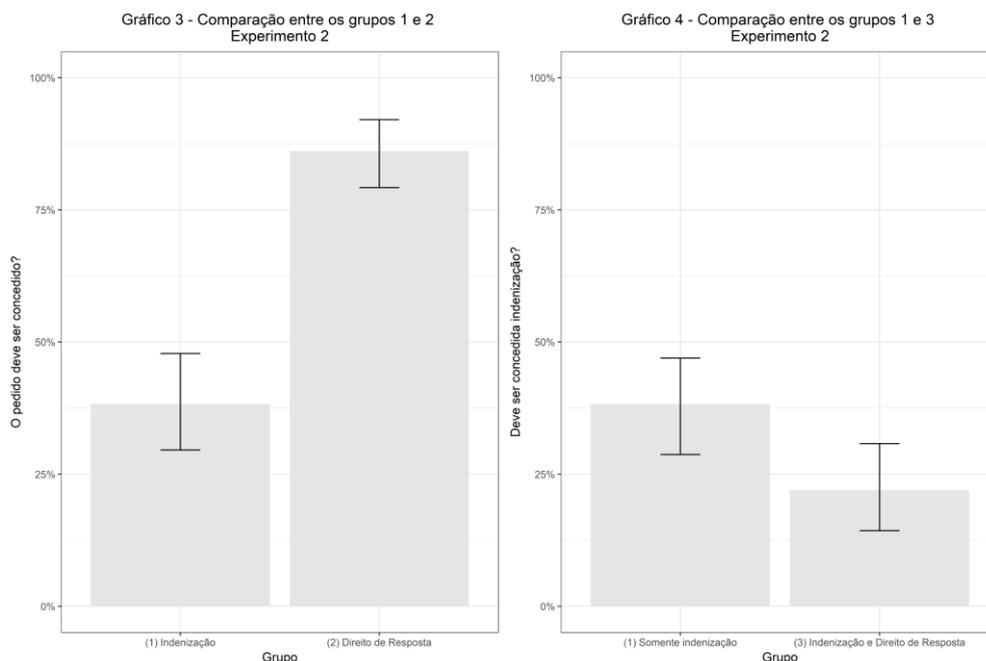
Que ele (juiz Arnaldo Teóphilo Braga) e seus familiares tornaram-se alvo de críticas e perseguições populares.

Se você fosse o(a) juiz(a) do caso, como julgaria a ação [de indenização/de direito de resposta/de indenização e de direito de resposta]?

Qual o seu grau de confiança de que este é o julgamento correto?

(Muito baixo; Baixo; Um pouco baixo; Nem baixo, nem alto; Um pouco alto; Alto; Muito alto)

O experimento foi respondido por 425 pessoas, sendo 311 profissionais e estudantes de direito (D) e 84 leigos (L). No caso dos profissionais e estudantes de direito, 117 responderam a versão 1 (grupo 1), onde o pedido era apenas de indenização; 101 responderam a versão 2 (grupo 2), onde o pedido era apenas de direito de resposta; e 93 responderam a versão 3 (grupo 3), onde foram feitos os dois pedidos. Os resultados (em números percentuais) foram os seguintes:



É importante desde já esclarecer que o objetivo não é comparar os números do experimento 2 com aqueles do experimento 1, pois os casos descritos são distintos e podem ter resultados distintos. O propósito da análise comparativa é verificar se a relação entre os resultados do segundo experimento foi a mesma observada no primeiro. E, novamente, na comparação das respostas nos grupos 1 e 2, vemos uma diferença expressiva entre procedência (ou improcedência) em cada grupo: 39.3 x 86.1 (60.7% x 13.8%). Assim, o mesmo discurso que estaria protegido pela liberdade de expressão para 60.7% dos participantes do grupo 1, não estaria plenamente protegida para 86% dos participantes dos grupos 2 e 3. E quando o direito de resposta foi apresentado como uma das sanções possíveis, podendo ser aplicado exclusivamente ou em conjunto com a indenização, a condenação pecuniária diminuiu de 39.3% (grupo 1) para 21.5% (grupo 3). E a condenação em direito de resposta foi aproximada nos grupos 2 e 3: 86.1% (grupo 2) x 80.6% (grupo 3)²⁷.

O grau de confiança dos profissionais e estudantes de direito a respeito da correção das suas respostas não mudou muito entre os grupos²⁸.

5. Conclusão

Os dados apresentados no artigo sugerem que: (i) os autores das ações judiciais tendem a não requerer direito de resposta, apenas indenização; (ii) os magistrados tendem a conceder direito de resposta, quando requerido, mas (praticamente em todos os casos, com uma única exceção) condenando os réus também em indenização por danos morais. Desconheço a causa desta resistência dos magistrados em condenar os réus apenas a concederem direito de resposta, mas é possível especular sobre as consequências.

Embora, em tese, o conflito entre liberdade de expressão/imprensa e direitos da personalidade seja complexo, há muitos casos concretos que são de fácil resolução, seja pela procedência ou pela improcedência do pedido. No entanto, e sobretudo no direito brasileiro, há uma enorme zona cinzenta, de indefinição e imprevisibilidade, onde há bons argumentos para ambos os lados e nenhum compromisso normativo prévio mais

²⁷ Novamente, o resultado do experimento aplicado a profissionais e estudantes de direito (D) foi muito semelhante ao resultado alcançado quando respondido pelos leigos (L). Na comparação por grupos, temos o seguinte: Grupo 1 – 39.3% (D) x 36% (L); Grupo 2 – 86.1% (D) x 84.8% (L); Grupo 3 – 16.1% (D) x 34.6% (L); 5.4% (D) x 3.8% (L); 64.5 (D) x 53.8 (L); 14 (D) x 7.6 (L).

²⁸ Grupo 1: Alto = 38%; Muito alto = 21%; Grupo 2: Alto = 39%; Muito alto = 23%; Grupo 3: Alto = 39%; Muito alto = 11%.

concreto e específico para que se possa avaliar uma decisão judicial como correta ou adequada.

Neste contexto, a resolução de casos concretos a partir de um sistema binário que diferencia *liberdade de expressão* e *abusos na liberdade de expressão* a partir da chave “discurso protegido x indenização pecuniária (com ou sem direito de resposta)” pode gerar – e acredito que esteja gerando – decisões judiciais de difícil sustentação, em casos tanto de procedência como de improcedência do pedido. Por exemplo: nesta zona cinzenta a que me referi, alguns juízes e desembargadores reconhecem que não se pode exigir que as notícias veiculadas pelos órgãos de imprensa sejam absolutamente exatas e precisas, que “no salutar dever de noticiar fatos de interesse da coletividade não se insere o de apuração prévia da veracidade dos mesmos”²⁹, que “da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial”³⁰, que a imprensa, “trabalhando com uma noção de tempo distinta daquela com que se trabalha nos processos judiciais, não tem como proceder a um exame minudente e metuculoso de todas as declarações e afirmações que apresenta”³¹ e que “a noticia ou matéria jornalística não pode esperar pela sua confirmação cabal, sob pena de se tornar velha e sem interesse”³².

Se as premissas (também adotadas e desenvolvidas em *New York Times Co. V. Sullivan*) estão corretas, temos que reconhecer que (em muitos casos) a condenação em indenização por danos morais não teria (porque não poderia ter) caráter pedagógico, ou seja, não poderia ter por propósito mudar algo que se reconhece como inerente à atividade jornalística; e que, por outro lado, a decisão que prestigiasse a liberdade de imprensa não alteraria o fato de que uma informação falsa, equivocada, foi transmitida ao público, gerando desinformação. Não há uma solução ótima e confortável a partir da chave “discurso protegido/liberdade de imprensa x indenização pecuniária/abuso da liberdade de imprensa”, mas é dessa forma que os magistrados costumam fundamentar suas decisões, sugerindo que (i) houve “abuso” por parte da imprensa, quando a própria premissa reconhece que os erros são inerentes à atividade, ou que (ii) a notícia está protegida pela liberdade de imprensa e pelo direito de informar, quando ela na verdade desinforma em alguma medida.

²⁹ Apelação Cível nº 0299032-11.2008.8.19.0001, julgada em 19/10/10 pela 19ª Câmara Cível.

³⁰ Recurso Especial nº 680.794, julgado em 17/00/10 pela 4ª Turma do STJ.

³¹ Apelação Cível nº 0092856-87.2014.8.19.0001, julgada em 27/01/16 pela 7ª Câmara Cível.

³² Apelação Cível nº 0092856-87.2014.8.19.0001, julgada em 27/01/16 pela 7ª Câmara Cível.

Os resultados dos experimentos confirmam esse problema, revelando uma preferência pelo direito de resposta, maior divergência entre os participantes em relação à condenação indenizatória e, ao menos no primeiro experimento, um grau de confiança menor nas condenações de indenização por danos morais do que nas condenações em direito de resposta.

6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERTONI, Eduardo Andrés. *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, 2ª edição atualizada.

DANTAS, Andressa de Bittencourt Vieira; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Liberdade de Expressão e Direito à Informação: Os Limites da Atividade Jornalística sob a Ótica do STF e do STJ. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.89-118, jan./jun. 2016.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. *Direito de Imprensa e Liberdade de Expressão: Soluções teóricas e práticas após a revogação da lei 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HALL, Kermit L., e UROFSKY, Melvin I. *New York Times v. Sullivan: civil rights, libel law and the free press*. University Press of Kansas, 2011.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as Ideias que Odiamos – Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*; tradução de Rosana Nucci; São Paulo: Aracati, 2011.

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*. Rio de Janeiro, 2016, Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

TOLLER, Fernando M. *O Formalismo na Liberdade de Expressão*; São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

civilistica.com

Recebido em: 13.02.2018

Aprovado em:

19.03.2018 (1º parecer)

18.05.2018 (2º parecer)

Como citar: LEITE, Fábio Carvalho. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-posicao-preferencial/>>. Data de acesso.