

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DO TJ-RJ

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA DEL TJ-RJ

FREEDOM OF SPEECH IN THE TRIAL COURT RULINGS AT THE RIO DE JANEIRO STATE COURT

*Ivar Alberto Martins Hartmann**

1 Introdução e Justificativa. 2 Revisão de Literatura. 3 Metodologia. 4 Resultados. 5 Conclusões. Referências.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é avaliar a prática judicial da primeira instância na resolução de conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção da imagem e da honra, geralmente com pedidos de danos morais formulados. A pergunta de pesquisa é: os juízes de primeira instância, quando confrontados com o conflito entre esses direitos constitucionais, utilizam qual método de decisão? Há o recurso à proporcionalidade, razoabilidade ou ponderação a partir do caso concreto, conforme prescrito pelo Supremo e pela doutrina? A hipótese é de que as decisões de primeira instância destoam daquilo que exige a Constituição, segundo a interpretação do Supremo e da doutrina brasileira. A partir de análise de uma amostra aleatória de 30% das decisões de primeira instância do TJ-RJ no período de 2013 a 2015, constata-se que 34% das decisões não realizam ponderação e nem citam qualquer jurisprudência ou doutrina. Já 43% das decisões não realizam ponderação e nem citam qualquer jurisprudência. Existe uma desconexão entre, de um lado, a doutrina constitucionalista teórica, que descreve a aplicação de métodos sofisticados para a solução de conflitos de direitos fundamentais, e, de outro, a realidade das decisões judiciais que ignoram esses métodos ao tratar do exercício da liberdade de expressão. Mais estudos empíricos são necessários para testar se a situação da justiça estadual do Rio de Janeiro se repete em outros estados brasileiros.

* Doutorado em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Professor e Pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - RJ. Coordenador do Projeto Supremo em Números. Coordenador Executivo da Revista Direitos Fundamentais e Justiça (A2). CEO do Pablyx.com.br. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: <ivar.hartmann@fgv.br>. <https://orcid.org/0000-0002-8497-6291>



Palavras-chave: Liberdade de expressão. Colisões de Direitos Fundamentais. Comportamento Judicial. Pesquisa Empírica no Direito.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es evaluar la práctica judicial de primera instancia en la resolución de conflictos entre la libertad de expresión y la protección de la imagen y el honor, generalmente con solicitudes de daños morales formulados. La pregunta de investigación es: ¿los jueces de primera instancia, cuando enfrentan el conflicto entre estos derechos constitucionales, usan qué método de decisión? ¿Hay un recurso a la proporcionalidad, razonabilidad o ponderación del caso concreto, según lo prescrito por el Supremo y por la doctrina? La hipótesis es que las decisiones de primera instancia no son lo que exige la Constitución, según la interpretación del Supremo y de la doctrina brasileña. Sobre la base del análisis de una muestra aleatoria del 30% de las decisiones de primera instancia de TJ-RJ en el período de 2013 a 2015, se observa que en 34% de las decisiones no realizan ponderación, no mencionan ninguna jurisprudencia ni mencionan la doctrina. Ya el 43% de las decisiones no tienen ponderación y no citan ninguna jurisprudencia, citando alguna doctrina. Existe una desconexión entre, por una parte, la doctrina teórica constitucionalista, que describe la aplicación de métodos sofisticados para la solución de conflictos de derechos fundamentales, y, por otra, la realidad de las decisiones judiciales que ignoran estos métodos cuando se trata del ejercicio de la libertad de expresión. Se necesitan más estudios empíricos para comprobar si la situación de la justicia estatal en Río de Janeiro se repite en otros estados brasileños.

Palabras-clave: Libertad de expresión. Colisión de derechos fundamentales. Comportamiento judicial. Investigación empírica en derecho.

ABSTRACT

The goal of this paper is to evaluate judicial practice of trial courts in cases where freedom of expression collides with the protection of a person's image or honor, generally with demands for moral damage awards. The research question is: when confronted with such constitutional rights conflicts, what method do trial court judges employ to solve the case? Do they resort to proportionality, reasonability or ponderation in light of the specific case facts, as prescribed by the Brazilian Supreme Court and the literature? The hypothesis is that trial court rulings distance themselves from what the Constitution demands. The analysis of a random sample of 30% of trial court rulings from the Rio de Janeiro state court between 2013 and 2015 shows that 34% of rulings do not employ ponderation nor cite any jurisprudence or literature. 43% of rulings do not employ pondering, nor cite any case law. There is a disconnect between, on one side, the theoretical constitutional law literature which describes the application of sophisticated methods for solving fundamental rights collisions and, on the other side, the

reality of trial court rulings which ignore such methods when deciding about free speech. More empirical studies are necessary to test whether the findings for the Rio de Janeiro state judiciary repeat themselves in other Brazilian states.

Keywords: Freedom of expression. Fundamental rights collisions. Judicial behavior. Empirical Legal research.

1 INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

Um perigoso fenômeno parece estar ocorrendo no Brasil nos últimos anos. A Constituição e a literatura especializada compreendem a liberdade de expressão como um direito fundamental, portanto passível de restrições no caso concreto apenas mediante ponderação ou aplicação do princípio da proporcionalidade. No entanto, a prática judicial está totalmente desconectada, mostrando que a realidade nega a Constituição e ignora a doutrina. Casos de censura mediante decisão judicial, com imposição de pagamento de danos morais, são, lamentavelmente, corriqueiros e cada vez mais banais.

Um exemplo bastante ilustrativo é o do ministro do STF Gilmar Mendes. Muito embora se espere de uma figura pública a ciência de seu papel em uma sociedade democrática e, com isso, a aceitação da crítica, o ministro adotou prática de buscar a punição dessa crítica pela via do Judiciário¹. Em um caso ilustrativo de tantos outros, venceu ação contra a jornalista Monica Iozzi e obteve compensação de 30 mil reais. Iozzi havia postado foto do ministro em rede social estampada com a palavra “Cúmplice?”, em reação à decisão de Mendes de conceder *habeas corpus* ao réu Roger Abdelmassih, condenado judicialmente por 58 estupros.

Logo após o desfecho do processo, o ministro anunciou que iria doar o valor para a caridade (LUIZ; OLIVEIRA, 2016), apenas reforçando a ideia de que não havia dano a reparar, ou seja, o objetivo único era coibir críticas a seu respeito. A lógica de utilizar o dano moral como punição, e não como compensação necessária, é característica de uma visão antiga do papel do direito civil que é incompatível com a ordem de valores da Constituição de 1988 (FACHIN, 2000). A condição de figura pública do ministro garante a proteção constitucional mesmo da crítica pessoal ou por atos e fatos de sua vida privada, mas a jornalista sequer foi tão longe. Expressou discordância com ato de Mendes no exercício da função, um objeto perfeitamente passível de contestação ou repúdio plenos. Como, então, um juiz encontrou fundamento para censurar essa crítica?

Ao enfrentar a questão decisiva — se Monica Iozzi pode ter sua liberdade de expressão restringida nesse caso, de maneira proporcional —, a decisão do juiz Giordano Resende Costa não faz qualquer menção aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade. Também não fala em ponderação. Alguns dos precedentes citados na decisão mencionam esses mecanismos, mas apenas na discussão da quantificação do valor dos danos morais. Para responder se o

1 A lista de processados já é extensa, demonstrando um padrão de comportamento. Ver Bertoni (2016).

post de Iozzi pode ser considerado ilícito, a decisão não recorre a qualquer subsídio de direito constitucional ou teoria dos direitos fundamentais. A liberdade de expressão vira domínio interno ao campo da responsabilidade civil, e a doutrina citada na decisão é o *Programa de Responsabilidade Civil*, de Sérgio Cavalieri Filho.

É elementar que em tais casos a decisão judicial seja forçada a limitar o direito fundamental à liberdade de expressão ou o direito fundamental à proteção da imagem. É um dos pressupostos básicos estabelecidos pela doutrina. A decisão do juiz Costa alude ao fato de a liberdade de expressão ser passível de limitação,² mas já parte disso como pressuposto. Não é o resultado da aplicação da proporcionalidade, razoabilidade ou ponderação.

A melhor leitura possível dessa fundamentação apontaria para a adoção, por Costa, da teoria dos limites internos, pois a decisão do juiz aponta que Iozzi “extrapola” ou “abusa” da liberdade de expressão. Por trás dessas frases de efeito está a concepção de que certas manifestações não fazem parte da proteção da liberdade de expressão — o que é diferente de compreender que fazem, mas podem ser restringidas pela ação de outros direitos fundamentais ou interesses estatais.

Talvez o trecho mais preocupante da decisão seja a afirmação de que “a liberdade de expressão deve ser utilizada de forma consciente e responsável.” (BRASIL, 2016, p. 3). Esses são critérios possivelmente manejáveis e previsíveis na visão do juiz Costa, mas são evitados pela doutrina como forma de avaliar a possibilidade de restrição da liberdade de expressão porque transformam a atividade jurisdicional em mera manifestação de opinião a ser sobreposta àquela de Iozzi.

Há uma diferença entre, de um lado, um juiz avaliar a possibilidade de impor restrição à liberdade de expressão da jornalista de forma proporcional — em razão da proteção de outro direito fundamental — e, de outro, um juiz avaliar se concorda com o que a jornalista falou. O recurso aos critérios vazios de “consciência” e “responsabilidade” iludem o juiz a acreditar que está fazendo o primeiro, quando na realidade faz apenas o segundo.

Essa decisão é apenas um exemplo de casos nos quais as práticas dos ministros do Supremo sobre liberdade de expressão destoam de sua boa jurisprudência na área (HARTMANN, 2016)³. É evidente que o discurso de um magistrado nem sempre está alinhado aos seus valores e preconceções — os quais, tanto quanto o direito, determinam como ele irá decidir. Isso é comprovado, especificamente, pela maneira como decidem os juízes da Suprema Corte Norte-Americana sobre liberdade de expressão.

2 “No tocante à análise da publicação e dos comentários realizados, pode-se constatar que, de fato, a requerida, extrapolou o seu direito de expressão ao divulgar uma imagem do requerente e suscitar a dúvida se este seria cúmplice de um crime de estupro [...]. A partir do momento em que a requerida imputa a um jurista reconhecido, ministro da Suprema Corte, cumplicidade a práticas criminosas, esta, evidentemente, abusa do seu direito de liberdade de expressão, pois ofende a honradez e a imagem do requerente perante o meio social.” (BRASIL, 2016, p. 2-3).

3 Importante, nesse ponto, avaliar também o caminho reverso: o quanto a preocupação com sua própria reputação modula as decisões do ministro, inclusive ao garantir mais ou menos proteção para a crítica de autoridades públicas como ele.

Um estudo quantitativo identificou a influência da posição do julgador face ao tipo de discurso que estava em jogo. *Justices* conservadores protegem discurso conservador contra restrição estatal com mais facilidade, ao passo que seus colegas democratas fazem o mesmo pelo discurso liberal (EPSTEIN; PARKER; SEGAL, 2013). O juiz poderia, inclusive, estar sob influência do fato de o autor ser figura do órgão máximo do próprio poder do qual ele, Costa, faz parte. Há indícios disso em sua decisão⁴. Possivelmente, se o autor da ação fosse autoridade do Executivo, a decisão de Costa seria, na média, diferente. Ou então o juiz adota posição diametralmente oposta da jurisprudência e doutrina majoritárias no Brasil e no exterior. Para ele, a crítica a autoridades públicas deve ser menos protegida, e não mais. Talvez, se o autor fosse um jornalista famoso e o réu uma autoridade, Costa não tivesse optado pela censura.

São apenas especulações, considerando que não temos dados sobre o corpo de decisões desse juiz em casos de liberdade de expressão, imagem e honra. O senso comum, entretanto, é aquele apontado logo no início: essa decisão é representativa das decisões sobre a mesma questão em todo o Brasil. Sem dados sobre a realidade, essa é uma mera hipótese. Mas é uma hipótese preocupante. Se de fato os juízes brasileiros estão desconectados da determinação constitucional conforme interpretada pela doutrina constitucionalista na seara dos conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção da imagem e da honra, então as consequências são gravíssimas para a democracia brasileira.

São raros os estudos que testam essa hipótese com método empírico que permita conhecer a realidade brasileira. Talvez o único até hoje a fazer isso, com decisões da justiça eleitoral de todo o país, apontou que o autor que pede remoção de conteúdo ganha a liminar 66% das vezes e tem taxa de sucesso de 62% na primeira instância e de 58% na segunda (JUSTIÇA..., 2016).

Existem, é claro, muitos estudos qualitativos sobre o tratamento dado à liberdade de expressão pelo Judiciário no Brasil. Mas o método é, quase que invariavelmente, a escolha arbitrária de um conjunto de decisões que não necessariamente representam o todo de um tribunal. Mesmo em pesquisas com maior rigor, o universo da análise acaba diferindo em muito do corpo total de decisões dentro do recorte escolhido. Um exemplo disso são estudos que cobrem apenas decisões colegiadas do Supremo, excluindo da análise as decisões monocráticas⁵.

Todavia analisar decisões de tribunais superiores não ajuda a testar a hipótese apresentada aqui. Se há um descompasso entre o que dizem os ministros em suas decisões de maior visibilidade e o que decidem os juízes brasileiros, então é imprescindível conhecer a realidade da primeira instância. É preciso, pois, encontrar as decisões como a do juiz Costa.

4 “Não podemos olvidar que o requerente é um jurista de grande renome, ministro do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável, precipuamente, pela defesa da Constituição Federal e que, em consequência, profere decisões de grande impacto e repercussão para o ordenamento jurídico. Ou seja, o requerente é um importante membro da República.” (BRASIL, 2016, p. 2).

5 Um exemplo disso é a boa monografia de Istamati (2008). O mesmo problema é encontrado na pesquisa de Carvalho (2010).

O método ideal seria, portanto, um estudo abrangendo o universo de decisões sobre liberdade de expressão, imagem e honra na justiça estadual brasileira. Até poucos anos atrás, isso seria virtualmente inviável. Recentemente, entretanto, esse quadro começou a mudar por duas vias.

Diversas empresas no mercado jurídico, muitas delas startups, como a Digesto⁶, montaram bases de dados e acumulam informações sobre processos em instâncias inferiores, especialmente na área de direito do consumidor. Uma das bases mais completas, seja sob o ponto de vista do número de processos, seja pela abrangência de ramos do Judiciário, seja pela quantidade e diversidade das variáveis, foi produzida pela Kurier⁷: a empresa alega possuir 74,4% de todos os processos judiciais brasileiros, conforme contados pelo Conselho Nacional de Justiça, na Justiça Estadual (81,7%), Federal (58,5%) e do Trabalho (56,8%). No caso do TJ-RJ, são 79,5% dos processos. Trata-se de um banco com 146.830.118 processos. As variáveis incluem a vara ou comarca, os nomes das partes, o assunto do processo e o resultado, entre outras. Tudo está disponível em um *dashboard* de acesso restrito a assinantes.

Em princípio, poderia parecer que essas novas empresas, graças ao seu investimento na construção de bases de dados judiciais, poderiam viabilizar o quadro do tratamento dado aos casos de liberdade de expressão e honra pelo direito brasileiro. Porém, mesmo a Kurier, que provavelmente chega mais perto do que qualquer outra, não é capaz de responder às perguntas de pesquisa decisivas pretendidas aqui. Primeiro porque sua parcela de 74,4% dos processos não é aleatória. Não há um critério predefinido ou conhecido que determine a razão pela qual um processo foi adicionado e outro não foi. Os dados no agregado estão sujeitos, portanto, a vieses potencialmente ocultos – é possível, por exemplo, que tenha sido excluída da amostra uma determinada vara na qual a taxa de sucesso de ações pedindo danos morais a jornais é baixa, fazendo com que o resultado final de todas as varas aponte uma taxa de sucesso mais alta do que a real. Não há como saber e, portanto, não há rigor estatístico.

Segundo porque, mesmo que isso fosse resolvido, a informação sobre o resultado dos processos na primeira instância não pode ser identificada a partir do texto das decisões. Uma busca pelos processos em cuja decisão conste “liberdade de expressão” e a palavra “honra”, entre novembro de 2012 e novembro de 2017, resultou em 201.436 processos. Nesses, a informação disponível sobre a sentença é “sem informação” para 143.342; “não classificado” para 56.022; “improcedente” para 745; “sem resolver mérito” para 710; “procedente” para 242; “acordo” para 202; “desistência” para 141; e “parcialmente procedente” para 52. Ou seja, para 99% dos processos sobre liberdade de expressão a base de dados não traz informação sobre o resultado.

Ao isolar apenas os processos cíveis dentro desse universo de liberdade de expressão, o panorama permanece inalterado: 5.232 na justiça estadual. Sobre a sentença inicial, 78% deles constam como “sem informação” e 20% como “não classificado”. Na justiça

6 Disponível em: <http://www.digesto.com.br>.

7 Disponível em: <http://kuriertecnologia.com.br/>.

criminal são 128.720 processos, dos quais 69% constam como “sem informação” e 30% como “não classificado”.

A outra via na qual houve avanço em termos de dados judiciais é a pública. Felizmente, o CNJ e as equipes técnicas de diferentes órgãos adotaram o Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI) por via de um convênio em 2009⁸, criando condições para que o CNJ concentre bases de dados de todos os processos da justiça nos últimos anos. Isso foi efetivado pela primeira vez em 2017, por meio do projeto “Selo Justiça em Números”, no qual os tribunais que enviam seus dados no padrão do MNI ao CNJ são premiados⁹. No momento, entretanto, tenho acesso apenas à base de dados dos processos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Não há nada que garanta serem as decisões nesse âmbito representativas de todas as decisões no país. Mas é um primeiro passo importante por, pelo menos, duas razões: existe um vácuo de pesquisas com essa amplitude sobre o tema e o TJ-RJ é o segundo maior tribunal do país, com mais do que o dobro dos processos tramitados do que o terceiro colocado, o TJ-MG (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017b, p. 34).

Meu objetivo neste trabalho é, portanto, utilizar decisões da primeira instância do TJ-RJ nas quais os juízes enfrentam o conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da imagem e da honra, geralmente com pedidos de danos morais formulados. Com isso, testarei a hipótese de que essas decisões destoam daquilo que exige a Constituição, segundo a interpretação do Supremo e da doutrina brasileira. Mais especificamente, a pergunta é: os juízes de primeira instância, quando confrontados com o conflito entre esses direitos constitucionais, utilizam qual método de decisão? Há o recurso à proporcionalidade, razoabilidade ou ponderação a partir do caso concreto, conforme prescrito pelo Supremo e pela doutrina?

Evidentemente, não se ignora, aqui, que o próprio Supremo pode não estar perfeitamente alinhado à doutrina majoritária quanto à proteção de direitos fundamentais¹⁰. No campo da

8 Sobre o MNI, ver Conselho Nacional de Justiça (2016).

9 Conforme a descrição do próprio CNJ, “O projeto visa reconhecer e premiar os tribunais que se destacam pela excelência na qualidade dos dados. Por intermédio do mencionado projeto, todos os tribunais que se candidataram ao Selo, encaminharam ao CNJ todos os dados em trâmite em 10 de setembro de 2016, além de todos os casos baixados desde 1º de janeiro de 2015. A partir dessa data, os tribunais devem permanecer enviando mensalmente ao CNJ as informações de processos que tenham sido alterados, criados ou solucionados em cada mês de referência. O CNJ constituiu uma rica base de dados que contém as informações de cada processo judicial, com detalhamento das classes, dos assuntos, as movimentações processuais segundo as Tabelas Processuais Unificadas do CNJ (Resolução n. CNJ 46/2007), além de dados com qualificação das partes, endereço, unidade judiciária, entre outras. Por não ter caráter obrigatório, alguns tribunais de justiça não se inscreveram para concorrer ao Selo, e logo, não encaminharam à base de dados. São eles: TJSP e TJRN. Em outros casos, os tribunais encaminharam os dados, mas não seguem até hoje as Tabelas Processuais Unificadas de movimentos, e por isso também não estão contemplados nas análises. Dessa forma, os dados apurados contemplam informações provenientes de dezesseis tribunais de justiça”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 72).

10 A doutrina nem sempre influencia os ministros do Supremo. Mesmo quando se trata de tema altamente polêmico, como o direito fundamental à saúde e o reconhecimento de prestações concretas do Estado diretamente da norma constitucional, os ministros não citam quase nenhuma produção acadêmica e não decidem de acordo com os critérios defendidos pela pouca doutrina que de fato mencionam. Esses são os resultados de Arguelles e Hartmann (2014).

liberdade de expressão, a despeito de existirem cada vez mais estudos sobre o comportamento de juízes, permanece verdadeira a afirmação de Thomaz Schwartz há três décadas: “what we know about judicial attitudes toward the first amendment is very little.” (SCHWARTZ, 1986, p. 87).

2 REVISÃO DE LITERATURA

O objetivo desta seção é traçar um quadro da atualidade dos ditames doutrinários e jurisprudenciais considerados representativos daquilo que seria a boa prática em termos de conflitos entre liberdade de expressão, honra e imagem. Esta parte do trabalho é meramente instrumental; a finalidade não é uma fazer revisão exaustiva ou mesmo extensa, mas sim estabelecer um mínimo de características do que seria o estado da arte, especialmente no Brasil, sobre o tema. Para isso, resta suficiente uma análise brevíssima daquilo que é representativo na doutrina sobre como se dá o enfrentamento de casos de colisão entre liberdade de expressão, honra e imagem.

Com isso também não quero dar a entender que há unanimidade ou total homogeneidade na doutrina e jurisprudência acerca do assunto. É apenas de se reconhecer que existem já muitas e robustas convergências em questões essenciais.

A primeira delas é a ideia de que, em se tratando dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e personalidade, o seu âmbito de proteção é definido apenas no caso concreto. Isso porque existem posições fáticas que, abstratamente, estariam abrangidas por esses direitos, mas acabam cedendo a restrições resultantes da necessidade de proteção de outro direito fundamental.

A teoria dos limites externos determina que, em abstrato, já estão em conflito os direitos à liberdade de expressão e direitos da personalidade, como a proteção da imagem e honra.¹¹ A constatação da exigência do princípio da proporcionalidade ou da realização de ponderação para avaliar, apenas no caso concreto, se sofrerá restrição a manifestação do pensamento ou a proteção da imagem e da honra é decorrência lógica da teoria dos limites externos.

Existe ainda quem defenda, nesse tipo de caso, uma teoria de limites internos ou imanentes, com base na doutrina clássica de antinomias; segundo esse entendimento, em abstrato não existe possibilidade de restrição ou conflito entre a liberdade de expressão ou a honra, pois “[...] a colisão entre ambos os direitos em realidade não ocorre.” (BEZNOS, 2011, p. 10) Mas esse posicionamento é realmente isolado. A maior parte da doutrina defende

11 “Dentre tais referidos direitos contrapostos que podem sofrer a incidência da eficácia da interpretação judicial orientada pelos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, destaquem-se os direitos fundamentais de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF), de comunicação social (art. 5º, IX da CF) e de expressão artística (também protegido pelo art. 5º, IX da CF). Trata-se, também, de direitos fundamentais que, em regra, colidem, no caso concreto, com os direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF, sendo que, no âmbito normativo- abstrato, já se encontram em uma situação ou ‘relação de tensão’, como se diz na discussão comparada germânica (Spannungsverhältnis).” (MARTINS, 2016, p. 115). Sobre as teorias interna e externa, ver especialmente Sarlet (2012, p. 389).

que o juiz, quando confrontado com um caso de pedido de danos morais por manifestação do pensamento, deve produzir sua decisão com uso do princípio da proporcionalidade¹² ou mediante a aplicação da ponderação.¹³

Prega-se a ponderação “[...] transparente, além de muito criteriosa na utilização da técnica”, com fixação clara de seus parâmetros, como forma de “[...] reduzir os riscos de erro e arbítrio judicial” e “[...] aumentar a previsibilidade das decisões em favor da segurança jurídica.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 523-525). Essa ponderação pode ser composta por três etapas:

- a) identificação dos enunciados normativos em conflito;
- b) identificação dos fatos pertinentes à decisão e;
- c) decisão propriamente dita, que deve conter e expressar uma racionalidade viabilizadora de universalização do dispositivo da própria decisão¹⁴.

Por outro lado, a proporcionalidade, nesse panorama, exerce ao menos duas funções: “[...] i) to manage potentially explosive environments, given the politically sensitive nature of rights review; ii) to establish, and then reinforce, the salience of constitutional deliberation and adjudication within the greater political system.” (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 87).

No caso da ponderação, ela deve ser feita com atenção aos parâmetros constitucionais para resolver conflitos entre esses direitos fundamentais na área cível,¹⁵ o que significa que também em outros ramos do direito a solução do conflito entre liberdade de expressão e honra ou imagem deve ser constitucionalmente informada. No processo penal, a identificação da

12 “O princípio da proporcionalidade permite que o magistrado, diante da colisão de direitos fundamentais, decida de modo que se maximize a proteção constitucional, impedindo o excesso na atividade restritiva aos direitos fundamentais. O objetivo é não anular um ou outro princípio constitucional, mas encontrar a solução que mantenha os respectivos núcleos essenciais.” (SCHÄFER; DECARLI, 2007, p. 131). No mesmo sentido, Martins (2016, p. 126-127), para quem a autoridade judicial é uma das modalidades de atuação do Estado na realização de restrições de direitos fundamentais. Mas a identificação dessas restrições ou limites deve “[...] atender a determinadas condições. Trata-se, principalmente, de se observar o limite recíproco, fundado no próprio vínculo do legislador e demais órgãos estatais aos direitos fundamentais que é a presença da proporcionalidade entre o meio de intervenção e o propósito lícito perseguido pela autoridade estatal interventora. a restrição.”

13 “Entende-se, assim, que o melhor método de solucionar as relações conflituosas que envolvem a liberdade de expressão e informação em relação aos direitos à vida privada, à imagem, à honra e à intimidade das pessoas é o juízo de ponderação, método eficaz que garante solução constitucionalmente adequada ao conflito, não permitindo a exclusão ou a anulação, de imediato, de um dos direitos em jogo, em razão da relevância das condicionantes concretas.” (SCHÄFER; DECARLI, 2007, p. 135).

14 Essas as três etapas propostas por Barcellos (2005, p. 92 e ss).

15 “No processamento dessa concordância prática dos direitos fundamentais como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais expressos em normas constitucionais. [...]. Nesse sentido, o juízo de ponderação a ser feito deve necessariamente obedecer aos parâmetros constitucionais, que em linhas gerais sugerem que ao sacrifício de um direito fundamental deve corresponder a salvaguarda de outro direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Há que se compreender portanto a conformação, a implicação mútua de tais direitos no âmbito interno da própria Constituição.” (LEONCY, 1997, p. 351).

ofensa à honra somente pode ser feita a partir da análise do caso concreto¹⁶. No direito do trabalho também são vistos os direitos da personalidade como direitos fundamentais (ONÇA; SILVA, 2010, p. 255) e, portanto, sujeitos à proteção constitucionalmente adequada, que exige mais do que mera aplicação de categorias da legislação trabalhista.

Ou seja, a legislação infraconstitucional, como aquela da responsabilidade civil, pede uma interpretação constitucionalmente adequada para proteger a manifestação do pensamento e os direitos da personalidade, sendo que uma das consequências é a determinação das possíveis restrições apenas pelo intérprete, a partir da realidade do caso concreto.¹⁷ De qualquer forma, ao realizar as restrições, há que se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que opera como um limite aos limites. Para Daniel Sarmento, a determinação do âmbito de proteção do núcleo essencial deve respeitar a teoria relativa, sendo determinado apenas diante das condições do caso específico¹⁸.

O Min. Gilmar Mendes busca lições na dogmática de direitos fundamentais alemã para defender que, no Brasil, a Constituição exige a ponderação da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade para decidir qual — e o quanto — deve ser restringido no caso concreto:

No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação (MENDES, 1994, p. 301).

Na verdade, a proteção da personalidade pode significar uma restrição à liberdade de expressão mesmo quando não há, efetivamente, um direito da personalidade ou um direito à honra, mas sim deveres fundamentais, criando uma “esfera de não-liberdade” de expressão (NAVES; SÁ, 2007). A dogmática constitucional aponta para o uso da proporcionalidade também quando a colisão envolve deveres fundamentais. A doutrina aponta para a necessidade de compreender ações que pedem danos morais por suposta ofensa da honra ou da imagem, como casos de conflitos de direitos fundamentais e, portanto, sujeitos a metodologia mais sofisticada que aquela usada em alguns pleitos de danos morais¹⁹.

No entanto, isso não significa que categorias e institutos desenvolvidos no direito infraconstitucional não possam ser úteis, tais como a proteção diferenciada e menos ampla da

16 “[...] se impõe relevar que a compatibilidade constitucional da responsabilização criminal, em casos de ofensa contra a honra, apenas pode e deve ser apurada no caso concreto e não em tese em geral.” (SANTANA, 2016, p. 49).

17 “O legislador infraconstitucional pode atuar no sentido de oferecer alternativas de solução e balizamentos para a ponderação nos casos de conflito de direitos fundamentais. Todavia, por força do princípio da unidade da Constituição, não poderá determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, in concreto, a solução constitucionalmente adequada para o problema.” (BARROSO, 2004, p. 36).

18 “Portanto, parece-nos que a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é a mais correta, por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas.” (SARMENTO, 2003, p. 113).

19 Que já é, por sua vez, bastante sofisticada em demandas por danos morais relacionadas a outros direitos da personalidade — por exemplo, a privacidade e a proteção de dados pessoais. Ver Ruaro (2007).

honra e imagem de figuras públicas (FRANCIULLI NETTO, 2004) e a compreensão da complexidade da honra, que pode ser protegida sob seu aspecto objetivo ou subjetivo (GUERRA, 2006, p. 8).

Um último esclarecimento aqui é necessário: reconhecer a diferença de efeitos e custos sociais da censura judicial e da indenização por dano moral não é o mesmo que subestimar o impacto da segunda. Aqui, é especialmente relevante a inovadora contribuição de Fábio Leite, que aponta para a incongruência de se considerar o perigo da censura judicial mediante decisões liminares ou finais que proíbam o acesso à manifestação, de um lado, e de ignorar totalmente o efeito censório nefasto das indenizações por dano moral impostas judicialmente, de outro:

Assim, se um cidadão, em seu blog, faz duras e pesadas críticas ao modo como um juiz se comportou ao longo de um processo ou como determinado jornal atuou na cobertura de uma campanha eleitoral, o público terá se beneficiado das críticas feitas, mas, em caso de condenação (em valor de 50 mil reais, por exemplo), esta será suportada exclusivamente pelo autor das críticas. Ou seja, na medida em que não se admite restrição prévia, não houve obstáculo ao livre mercado de ideias e as críticas (duras e pesadas) contribuíram para o debate público. Do ponto de vista da coletividade, a liberdade de expressão, na sua concepção formalista, garantiu a livre circulação de ideias, de que tanto depende a democracia. Do ponto de vista do autor das críticas, a difusão de seu pensamento custou-lhe uma quantia considerável, que poderá fazer com que nunca mais manifeste suas opiniões – justamente aquelas que foram importantes para o debate público (LEITE, 2014, p. 6).

3 METODOLOGIA

Para obter um retrato do universo das decisões em meu recorte – TJ-RJ, primeiro grau, liberdade de expressão *versus* proteção da imagem e honra –, adotei metodologia de pesquisa empírica, com técnica quantitativa. Os dados foram levantados usando uma das bases de dados do projeto Supremo em Números – trata-se de projeto de pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) no Rio de Janeiro.

Desde 2010, o projeto realiza macroanálises dos processos que chegaram ao Supremo a partir da Constituição de 1988²⁰. Mais recentemente, foram iniciadas pesquisas também com bases de dados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Pesquisas como esta, envolvendo grandes *data sets*, têm permitido aos juristas analisar de maneira muito mais minuciosa decisões judiciais (DIAMOND; MUELLER, 2010).

Nesse contexto, a disponibilidade de equipamento computacional, software e suporte técnico desempenha um papel-chave na viabilização de estudos empíricos pelos pesquisadores

20 Ver, por exemplo, Falcão, Cerdeira e Werneck (2011), Falcão, Abramovay, Leal e Hartmann (2013), Falcão, Hartmann e Chaves (2014), Falcão, Moraes, e Hartmann (2016). E, mais recentemente, Falcão, Hartmann, Almeida e Chaves (2017).

do Direito nos Estados Unidos (EPSTEINS; KING, 2003). A mesma situação prevalece no Brasil, onde faculdades de Direito começam a se adaptar a essa realidade, tornando o acesso a tal instrumental um elemento ainda mais importante (VERONESE, 2007). Os dados que subsidiam este artigo, bem como a diversificada produção do projeto Supremo em Números, são possíveis somente em razão do uso de ferramental tecnológico potente²¹.

Ademais, como já dito, a técnica de pesquisa escolhida pretende responder às perguntas de pesquisa mediante um olhar do todo – não de processos ou decisões isoladas do TJ-RJ. O novo movimento de estudos empíricos (YANOW; SCHWARTZ-SHEA, 2006) no Direito, no qual o presente estudo se insere, sempre se distinguiu do realismo jurídico e da sociologia jurídica, em que as pesquisas são preponderantemente quantitativas, e não qualitativas (SUCHMAN; MERTZ, 2010).

A base de dados utilizada está em formato MySQL e contém todos os processos que ingressaram na primeira e segunda instância do TJ-RJ entre 2009 e final de 2015. Trata-se de 18.111.297 processos. Existem informações sobre 30.942.888 partes e 225.189.929 andamentos processuais. Também fazem parte da base metadados sobre os processos como o assunto jurídico, o órgão judicial responsável, a comarca ou serventia, entre outras. Os andamentos abrangem informações sobre datas e decisões tomadas durante os processos, datas de distribuição dos processos, datas de conclusão ao relator do processo, trânsito em julgado e similares. Os principais dados ou variáveis sobre os quais se ancora o levantamento encontram-se associados a informações básicas sobre os processos, suas partes e seus assuntos. Além disso, a base contém também os arquivos de textos de decisão.

A primeira etapa foi a determinação do universo de processos pertinentes a partir do assunto com o qual foram catalogados pelos servidores do tribunal. Foram encontrados 5 assuntos que permitiam encontrar o processo diretamente²² e 7 assuntos que permitiam encontrar o processo por via de cruzamento com a lista de partes²³. Essa lista de assuntos foi

21 Há várias décadas os pesquisadores já haviam identificado os ganhos do uso da informática na pesquisa sobre comportamento judicial. Ver, por exemplo, Schubert (1968, p. 60): “The computer is a useful instrument in research in behavioral jurisprudence because (1) it facilitates inquiry by reducing time costs, thus freeing the investigator for routine operations (...) (2) it makes feasible many types of inquiry that could not have been undertaken heretofore (...) and (3) it provides, increasingly, better data (in the sense of empirical observations that have been transformed by the researcher into quantified units suitable for measurement manipulations) by making feasible a greatly expanded repertoire of alternative modes of analysis.”

22 “Lei de Imprensa (Não Recepcionada pela C. F.) / Indenização Por Dano Moral”, “Direito de Imagem / Indenização Por Dano Moral”, “Direito de Imagem / Indenização Por Dano Material”, “Direito de Imagem / Indenização Por Dano Material / Responsabilidade da Administração”, “Direito de Imagem / Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade da Administração”.

23 São assuntos de dano moral geral, que podem ou não estar relacionados a liberdade de expressão, imagem e honra: “Indenização por Dano Moral / Responsabilidade Civil do Empregador”, “Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade do Fornecedor”, “Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade da Administração”, “Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade Civil”, “Dano Moral Outros - Cdc”, “Dano Moral - Outros/ Indenização Por Dano Moral”, “Estabelecimentos Comerciais E/ou Virtuais (Internet)”. Busquei os processos com esses assuntos e nos quais figurava no polo passivo uma parte que poderia ser processada por questões de expressão, como jornais, revistas, rádios, canais de televisão, redes sociais e buscadores.

construída procurando por expressões comuns relacionadas à liberdade de expressão, e depois complementada a partir de pesquisa a fim de determinar os assuntos de processos nos quais entes possivelmente associados a esse tipo de processo judicial estariam no polo passivo — jornais, revistas, rádios, canais de televisão, redes sociais e buscadores. O primeiro grupo de assuntos retornou 12.779 processos e o segundo grupo de assuntos permitiu identificar 6.292 processos na primeira instância a partir de 2009.

A segunda etapa consistiu em procurar os arquivos de decisão referentes a esses processos. Para isso foi usado um *script* em linguagem Python, que encontrou o subgrupo de processos com ao menos uma decisão. Um segundo *script* gerava uma amostra a partir dessa lista e compilava todos os textos de decisão dos processos da amostra em um único arquivo de texto, permitindo a leitura mais rápida, sem necessidade de abrir e fechar cada arquivo de decisão por vez ou mesmo realizar procura e download de cada decisão no site do tribunal.

A resposta da pergunta de pesquisa exige uma avaliação a ser feita manualmente, decisão por decisão. Isso impõe a via amostral. Na verdade, nem todos os processos encontrados já tinham sentença produzida, de modo que o total de processos com alguma decisão (que nem sempre é a sentença) foi de 3.702. A complexidade das variáveis a serem codificadas recomenda uma amostra maior do que os 5% comumente utilizados, pois é muito difícil prever o comportamento da variância dessa amostra. Para esse estudo, adotei o recorte temporal dos anos de 2013, 2014 e 2015.

A codificação foi iniciada pelo ano de 2015. Uma primeira amostra aleatória de 15% das respectivas decisões foi extraída. Lidas as decisões uma a uma, identifiquei muitas ações de dano moral que não estavam relacionadas ao tema buscado. Eram ações de assinantes do *O Globo* alegando dano moral por não terem recebido o jornal, ou contra o Facebook, alegando cobrança indevida de serviços de anúncio. Dado o número alto dos processos que fui obrigado a descartar após ler a decisão, extraí nova amostra aleatória de 15% do mesmo universo. Nessa amostra, novamente foi alta a quantidade de processos a descartar por impertinência temática, ao mesmo tempo em que alguns dos processos não descartados estavam presentes na primeira amostra.

Dessa forma, a partir das duas amostras, encontrei e codifiquei um total de 42 decisões, das quais 27 foram descartadas. Posteriormente, gerei amostras de 30% dos processos iniciados em 2014 e, por último, daqueles iniciados em 2013. O resultado final é de 375 processos. Pelas razões apresentadas há pouco, alguns foram descartados após a leitura cuidadosa revelar que o assunto não estava ligado à proteção da liberdade de expressão no conflito com honra ou privacidade. Foram efetivamente mantidos para o levantamento dos dados 162 processos.

Sobre cada decisão foram respondidas as seguintes perguntas:

- 1) A ação foi procedente?
- 2) Qual o veículo da manifestação?
- 3) O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade foi mencionado?

- 4) O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade foi aplicado²⁴?
- 5) A ponderação foi mencionada?
- 6) A ponderação foi aplicada?
- 7) Foi reconhecida a possibilidade, em abstrato, de restrição da liberdade de expressão?
- 8) Foi reconhecida a possibilidade, em abstrato, de restrição da proteção da imagem e da honra?
- 9) Foi citada jurisprudência?
- 10) Foi citada doutrina?
- 11) Qual o valor da condenação?

No caso de procedência parcial, o processo foi considerado procedente. Havia muitos processos com pedido de danos morais cumulado com pedido de remoção de conteúdo. Em vários deles a decisão atendeu ao primeiro pedido, mas não ao segundo. A maioria das causas analisadas transitou no juizado especial cível.

Os testes mais importantes são aqueles das perguntas 3 a 8. O objetivo é identificar se o método adotado pelo juiz em sua fundamentação é aquele prescrito pelo Supremo e pela doutrina majoritária. Importante também diferenciar uma mera menção à proporcionalidade e sua efetiva aplicação. Existem decisões judiciais que afirmam que a proporcionalidade é o caminho para resolver conflitos de direitos fundamentais, porém não submetem a restrição no caso concreto às três etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Esse foi o critério para responder sim à pergunta 4: qualquer mera tentativa de relacionar os fatos do caso concreto aos três níveis de exame, mesmo que de forma tecnicamente errada. Se a segunda ou terceira etapas não fossem aplicadas ou sequer mencionadas em razão de a restrição não resistir à primeira etapa, também seria respondido sim à pergunta sobre aplicação da proporcionalidade.

No caso da ponderação, o teste foi similar. Bastava qualquer uma das palavras relacionadas, como “ponderação” ou “ponderar”, aparecer no texto da decisão para que a resposta à pergunta 5 fosse positiva. Já na pergunta 6 o que se buscava era alguma tentativa de relacionar os fatos do caso concreto aos direitos ou princípios que o juiz entendia serem passíveis de ponderação, explicitando como a harmonização seria realizada e descrevendo as possíveis restrições aplicadas a cada direito. As decisões que concluíam com preferências abstratas como “a liberdade de expressão deve ser o fiel da balança” ou “a liberdade de expressão pode ser exercida somente nos limites dos direitos da personalidade” receberiam resposta negativa para a pergunta 6.

As perguntas 7 e 8 funcionam como auxiliares das perguntas 4 e 6. Não reconhecer a possibilidade de restrição de algum dos direitos em conflito impede, logicamente, uma metodologia de decisão que adote a proporcionalidade ou a ponderação. Essas perguntas foram

24 Nesse sentido, meu método quanto às decisões do TJ-RJ não é diferente daquele empregado pelo pioneiro estudo de Virgílio Afonso da Silva, ao comparar o discurso de um órgão judicial (no caso, o STF) com sua real aplicação (ou falta dela) do princípio da proporcionalidade (SILVA, 2002).

adotadas em razão de manifestações comuns em decisões judiciais que buscam legitimar o resultado apenas com afirmações genéricas sobre a possibilidade de restrição da liberdade de expressão em abstrato — o que é uma obviedade. Contudo, essas decisões não aplicam qualquer método aceitável para testar a proporcionalidade da restrição adotada. A falha em reconhecer que a proteção da imagem e da honra também pode ser restringida é um indício que ajuda a identificar tais decisões.

Um exemplo disso é a decisão que determinou o bloqueio do Facebook no país inteiro em razão de um perfil falso, usado para criticar um candidato a prefeito em Santa Catarina. O trecho da decisão de 8 páginas do juiz Renato Roberge que mais se aproxima de um balanceamento entre direitos conflitivos limita-se a afirmar que “[h]á, portanto, nítido caráter ofensivo, conduta que não se alinha com a liberdade do pensamento constitucionalmente assegurada, pois esta não dá ensejo para que se vença limites e se avance sobre a honra alheia.” (SANTA CATARINA, 2016, p. 5). A decisão não menciona ou aplica o princípio da proporcionalidade ou a ponderação, assim como não reconhece, em nenhum momento, a possibilidade em abstrato de restrição da proteção da honra. Em entrevista após a decisão, o juiz utilizou novamente o argumento da possibilidade de restrição em abstrato da liberdade de expressão, sem qualquer menção à proporcionalidade de sua restrição no caso concreto.²⁵

As perguntas 9 e 10 também permitem coletar indícios do perfil de fundamentação utilizado pelo juiz na decisão. No caso da jurisprudência, é possível que o uso de um determinado precedente complemente ou até suplante a aplicação da ponderação ou da proporcionalidade. O maior problema seria, portanto, a ausência cumulada de precedentes e de uso adequado da ponderação e da proporcionalidade.

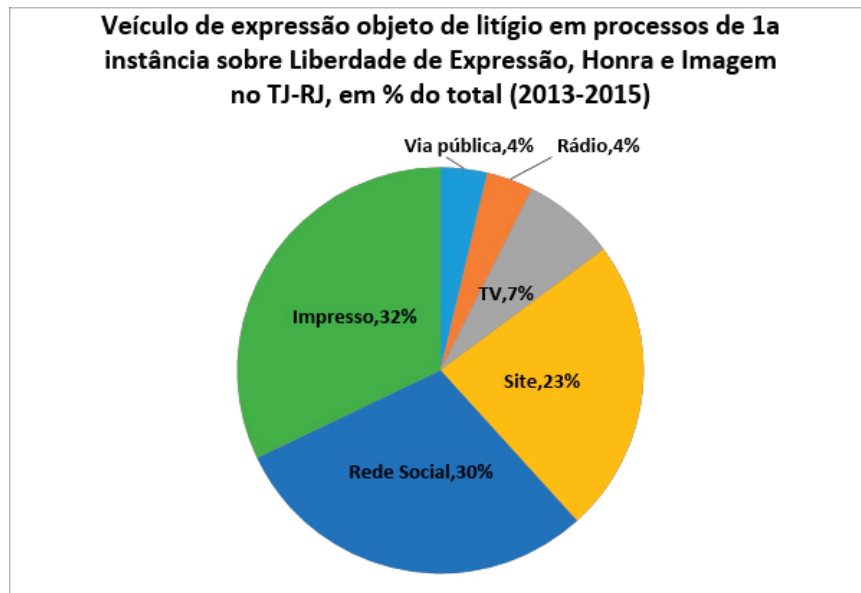
Ademais, foram catalogadas todas as referências doutrinárias feitas nas decisões, de modo que é possível avaliar se, independentemente de adotar ou não a fundamentação prescrita pela doutrina majoritária, o juiz a cita.

25 “A liberdade de expressão tem limites. A lei e a Constituição da República não toleram que um ser encoberto pelo anonimato saia publicando algo contra outrem, como também não dá sobra para que, anônimo ou não, viole-se a honra e a imagem das pessoas.” (MENDONÇA, 2016, online).

4 RESULTADOS

Os resultados da codificação das 162 decisões são os seguintes:

Gráfico 1 - Veículo de expressão objeto do litígio em processos da 1ª instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015)



Fonte: dados da pesquisa, 2013-2015.

Com 32% do total, o tipo de veículo mais comum nas ações é o impresso, que inclui jornal (50 casos), revista e embalagem (1 caso cada). Em segundo lugar estão as redes sociais, também com cerca de um terço. Aqui estão incluídos casos de perfis falsos e comentários considerados ofensivos. O terceiro veículo mais comum é site, com 23%. Aí estão incluídos casos sobre blogs e buscadores. A categoria inclui sites de notícias ou mesmo de jornais. Aqui, foi feita diferenciação: quando a manifestação objeto do processo estava no site de um jornal, era adotado o veículo site. Meios mais tradicionais, como televisão e rádio, juntos, chegam a perto de 11%. Uma minoria de manifestações em via pública ou feitas de forma verbal, pessoalmente, representa 4% dos casos.

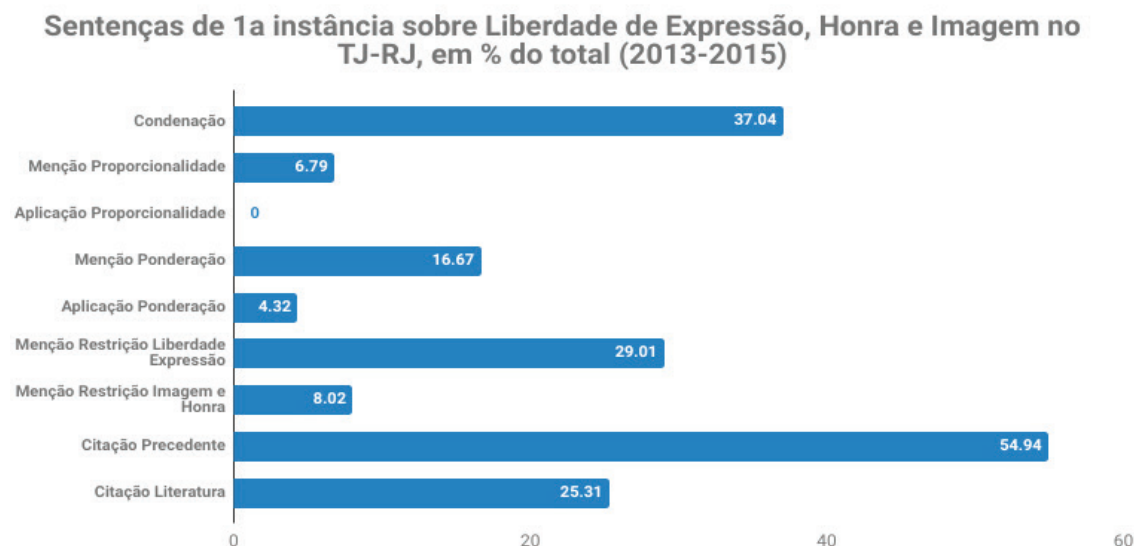
É importante notar que os meios virtuais, somados, representam mais da metade dos processos. Isso não é surpreendente, dado o avanço da penetração da internet no país, que já é acessada por metade dos brasileiros (GOMES, 2016). Decisivo para a concentração maior de processos contra manifestação do pensamento on-line, entretanto, é o fato de que o número de pessoas se expressando na internet é monumentalmente maior do que nos meios de comunicação em massa, o que aumenta o número de manifestações e, portanto, as chances de um processo.

Por outro lado, é intuitivo que uma pessoa que sente sua honra ofendida veria uma manifestação em jornal ou televisão com potencial mais danoso que em uma rede social,

fazendo com que, em cada caso isolado, a chance de buscar o Judiciário seja maior quando se trata de um veículo tradicional.

Abaixo, os resultados da codificação da amostra para as principais variáveis:²⁶

Gráfico 2 - Sentenças de 1ª instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015)



Fonte: dados da pesquisa, 2013-2015.

Mais de um em cada três (37,04%) processos resultam em condenação e, em quase todos esses casos, ao pagamento de danos morais. Ainda que seja possível realizar com-

26 O desvio padrão e o intervalo de confiança de cada variável são reportados abaixo, seguindo a fórmula Clopper-Pearson (binomial exata):

Variável	Obs	Média	Margem de erro	[95% Interv Confiança]
precedente	162	.3703704	.0379405	.2959267 .4496509
ponderacao	162	.1666667	.0292803	.1128003 .2331491
pondera_apl	162	.0432099	.0159751	.0175465 .0870001
proporcion	162	.0679012	.0197657	.034381 .1182448
proporc_apl	162	0	0	0 .0225136*
rest_honra	162	.0802469	.0213448	.0434197 .1333154
rest_expr	162	.2901235	.0356554	.2215968 .3665057
precedente	162	.5493827	.0390916	.4693794 .6275461

(*) unilateral, 97.5% de intervalo de confiança

parações com outros países ou jurisdições, elas nem sempre serão perfeitas, pois seria necessário levar em conta os diferentes custos para litigar, bem como as chances de sucesso de ações judiciais no geral. Um estudo de processos contra veículos de comunicação em massa por difamação na China encontrou uma taxa de sucesso da parte autora de 20% em 2013 (HE; LIN, 2017, p. 392)²⁷. Um levantamento mais antigo do *Bureau of Justice Statistics* norte-americano encontrou 39.5% de sucesso em ações do mesmo tipo em 2005 (UNWIN, 2013). É difícil avaliar se os 37,04% no TJ-RJ são muito ou pouco.

De um lado, uma taxa de sucesso na faixa de 50% já seria insustentável, pois significaria que na metade das vezes em que um brasileiro não gosta do que disseram sobre sua pessoa, ele terá condições de censurar a crítica. Por outro lado, presume-se que buscar o Judiciário é uma via com custos e, portanto, necessariamente não é utilizada por todos que se sentiram ofendidos. Aqui, a percepção dos brasileiros sobre o papel que o Judiciário está disposto a adotar nesses conflitos é decisiva. Se os juízes sinalizam que estão dispostos a atuar como mediadores do que pode e não pode ser dito, uma pessoa veria a ação judicial como um caminho com custos que são depois compensados.

Convém lembrar que a grande maioria dos processos na amostra era de juizados, os quais constituem uma via de mais baixo custo e mais rápida. Sendo assim, 37% de chances de obter a censura buscada pela via do juizado parecem boas chances. Nos juizados especiais do TJ-RJ, a média geral de procedência ou procedência parcial em 2012 foi de 42,37%, segundo estudo do IPEA e do CNJ (IPEA, 2013, p. 23). O valor das condenações por danos morais pode também funcionar como um estímulo ou desestímulo. Na média, as condenações geraram danos morais de R\$ 16.894,74²⁸.

Novamente, seria útil um estudo que identificasse a média geral das condenações por danos morais em juizados. Mas o valor parece alto considerando que os juízes não exigem qualquer prova a não ser mostrar a notícia, *post* foto, etc. considerada ofensiva pelo autor da ação. Os resultados dos testes mais importantes são surpreendentes. Apenas 6,79% das decisões sequer menciona a proporcionalidade como método para resolver os conflitos de direitos constitucionais. E nenhuma, na amostra de 162 decisões, tenta aplicar o princípio ao caso concreto. A ponderação é similarmente pouco lembrada ou utilizada. 16,67% das decisões mencionam a ponderação e apenas 4,32% tentam sopesar os interesses presentes

27 Ao menos dois fatores prejudicam a comparação. O estudo compreende o período de 1993 a 2013 e, portanto, é mais extenso – embora tenha analisado uma média de apenas 21 casos por ano, contra 54 por ano da presente pesquisa. O foco foi em casos contra órgãos de mídia, ao passo que a presente pesquisa lida também com quantidade significativa de casos que não envolvem atores da imprensa. Por último, o estudo encontrou uma maior taxa de sucesso na ação quando a parte autora era uma organização em vez de uma pessoa física isolada. Dado que somente cerca de 3 ou 4 dos casos analisados aqui envolvem pessoas jurídicas no polo ativo, se o cenário fosse mais parecido com o da China nesse aspecto a taxa de sucesso das ações talvez seria maior ainda.

28 O desvio padrão e o intervalo de confiança de cada variável são reportados abaixo, seguindo a fórmula Clopper-Pearson: Variável | Obs Média Margem de erro [95% Interv Confiança] condenacao | 5716894.74 3800.7179280.98624508.49.

no caso em questão²⁹.

É difícil identificar o objetivo de um juiz que cita a proporcionalidade como método pertinente no caso e não aplica o princípio. Ou diz que a ponderação deve ser usada, mas não se dá ao trabalho de fazer isso. Esses institutos parecem estar sendo usados para dar a aparência de rigor na técnica jurídica, de modo a oferecer um verniz de legitimidade a uma escolha arbitrária ou baseada, na verdade, em algum outro critério oculto ou mencionado logo a seguir na decisão.

Um dos resultados mais importantes, que confirma o quanto a decisão do juiz sobre o Facebook é representativa de um conjunto grande de decisões no Rio de Janeiro, é a frequência com que a possibilidade de restrição do direito à liberdade de expressão em abstrato é lembrada pelos juízes: 29,01%. Isso porque mesmo uma grande quantidade de decisões que sequer mencionou a proporcionalidade ou a ponderação ainda assim fez questão de deixar claro que “a liberdade de expressão não é um direito absoluto”.

Essa característica é ainda mais explicativa quando em conjunto com a concentração de decisões que cuidam de fazer a mesma afirmação sobre os direitos constitucionais no outro lado do conflito – apenas 8,02% das decisões, mostrando que cerca de uma em cada cinco decisões afirma a possibilidade de restrição apenas da liberdade de expressão. Considerando que a aplicação dos métodos consagrados pelo Supremo e pela doutrina é quase inexistente, surpreende que o posicionamento em relação à liberdade de expressão não resulte em taxa de condenações ainda mais alta.

A recusa em utilizar os métodos de resolução de conflitos entre direitos fundamentais exigidos nesse tipo de caso poderia ser, em parte, justificada se as situações fossem repetitivas o suficiente para que o precedente estabelecido por um tribunal pudesse auxiliar o juiz a encontrar uma resposta adequada. Estamos falando de uma possível mitigação parcial da necessidade de aplicação da proporcionalidade ou ponderação, a depender do caso em questão e das características do caso que gerou o precedente citado.

Segundo a posição majoritária na doutrina brasileira, entretanto, algum aspecto do conflito concreto de direitos diante do julgador ainda demandaria o uso da ponderação ou proporcionalidade – até porque dificilmente o caso é exatamente igual àqueles dos precedentes. Ocorre que a menção de precedentes judiciais também não é altamente popular nas decisões sobre liberdade de expressão. Praticamente a metade, ou 54,94% delas, apoia-se em jurisprudência para fundamentar sua decisão.

Ainda assim, muitas dessas citam precedentes sobre a possibilidade de responsabilizar um intermediário (como a plataforma de rede social) pelos danos causados, porém não citam qualquer jurisprudência para fundamentar a existência de dano moral a reparar. A concentração de uso de precedentes para auxiliar na averiguação da existência de dano, portanto, é

29 Algumas decisões sequer identificavam todos os princípios ou direitos fundamentais centrais. Uma grande quantidade delas completava essa etapa, mas não realizava nenhuma avaliação sobre o impacto dos fatos e do resultado escolhido sobre a efetivação de tais princípios ou direitos, um elemento essencial da ponderação, segundo aponta, entre outros, Barcellos (2005, p. 121).

muito inferior a 50%.

Uma quantidade consideravelmente menor das sentenças recorre à doutrina, apesar da aparente complexidade e sofisticação de conflitos de direitos fundamentais. 25,31% das decisões citam a literatura, isto é, cerca de uma em quatro. Mesmo nos casos em que a doutrina é aludida, as escolhas indicam que a maioria dos juízes não enxerga os conflitos entre liberdade de expressão, proteção da imagem e da honra como um problema de direito constitucional.

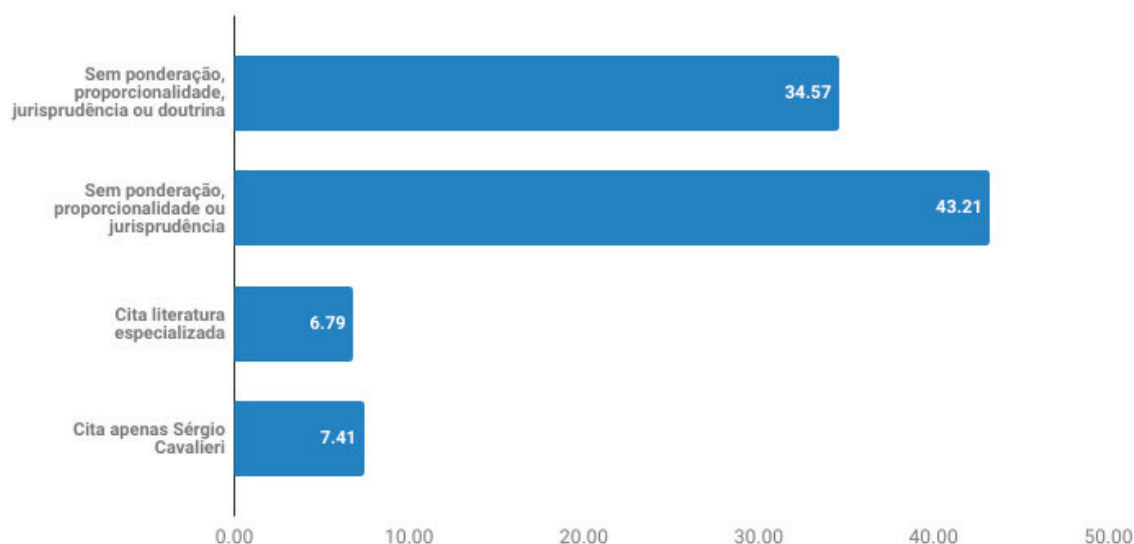
41 decisões citam doutrina. A obra predominante é o *Programa de Responsabilidade Civil*, de Sérgio Cavalieri – inclusive, é a única doutrina citada por 12 decisões, e se divide em dois grandes grupos e um terceiro, menor. O primeiro grande grupo é de autores clássicos de áreas que não o direito constitucional, como Maria Helena Diniz, Caio Mario da Silva Pereira, Luiz Antonio Rizzatto Nunes e Humberto Theodoro Júnior. Também inclui civilistas de obra mais recente e com algum enfoque específico no assunto, a exemplo de Anderson Schreiber e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.

O segundo grupo é de doutrina constitucionalista mais abrangente, como o curso de José Afonso da Silva. Um terceiro e menor grupo é de monografias ou artigos focados na questão da ponderação ou conflito entre direitos fundamentais em geral ou mesmo exclusivamente a liberdade de expressão, honra e imagem. São exemplos os trabalhos de Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso e Robert Alexy.

O número de decisões que cita doutrina especializada, do terceiro grupo, é 11. Ou seja, apenas 6,79% das sentenças mencionam obras pertinentes para o tipo de tarefa que o juiz precisa levar a cabo nesses casos. É evidente que o julgador não está obrigado a citar qualquer doutrina, quanto menos sobre um determinado assunto. Mas o objetivo do presente estudo é identificar o fundamento utilizado pelas decisões e quando a aplicação da ponderação ou proporcionalidade é virtualmente inexistente, como se revelou, o amparo na doutrina poderia diminuir os riscos de decisões arbitrárias.

Gráfico 3 - Sentenças de 1ª instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015)

Sentenças de 1ª instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015)

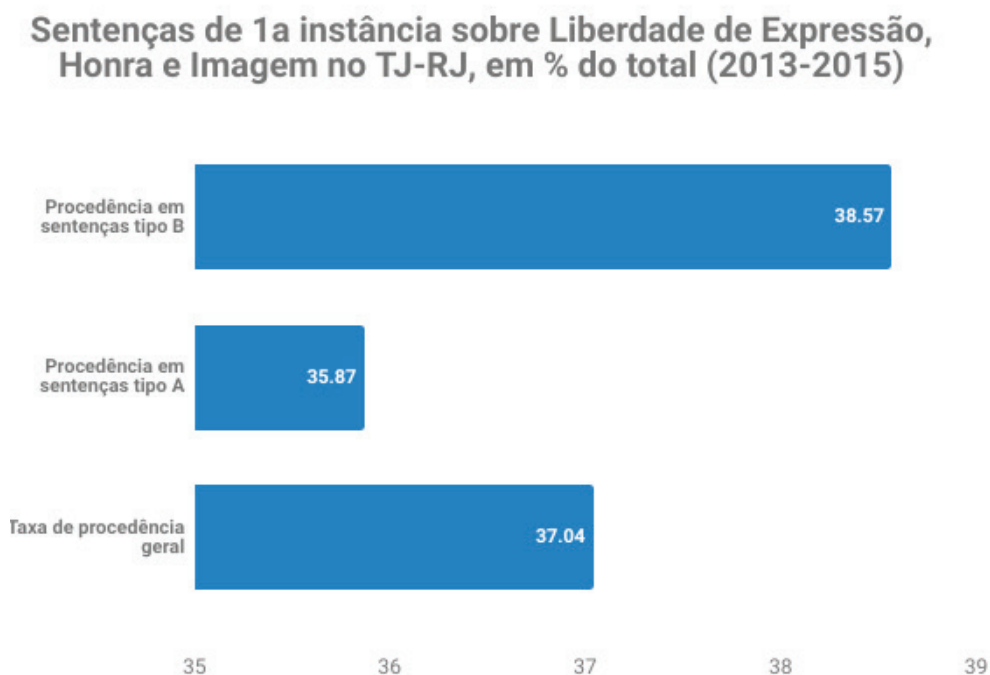


Fonte: dados da pesquisa, 2013-2015.

É nesse contexto e por essa razão que o último achado da pesquisa é decisivo. Um total de 70 decisões, ou 43,21% do total analisado, não aplicam a proporcionalidade ou ponderação e nem citam qualquer jurisprudência. Boa parte também não se ampara em qualquer literatura, de modo que 34,57% das decisões – uma em cada três – não aplica nenhum dos testes consagrados pela doutrina e não cita qualquer precedente ou obra acadêmica.

No conjunto das 70 decisões sem aplicação de proporcionalidade ou ponderação e sem recurso à jurisprudência, a taxa de procedência é ligeiramente maior do que no todo: 38,57%. No gráfico abaixo, são as sentenças do grupo B. As sentenças do grupo A são aquelas do grupo oposto, que aplicam a ponderação, a proporcionalidade ou citam jurisprudência – incluindo as que fazem mais de uma das três coisas.

Gráfico 4 - Sentenças de 1ª instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015)



Fonte: dados da pesquisa, 2013-2015.

As sentenças que colacionam jurisprudência surpreendem um tanto pelas escolhas. Se, de um lado, é intuitivo o resultado encontrado de que a maioria delas é da segunda instância do próprio TJ-RJ, por outro lado, não era esperado que apenas 10 decisões citassem precedentes do STF em um total de 65 com alguma jurisprudência. Há duas possíveis explicações. A primeira é que existe uma demanda dos magistrados na primeira instância de orientação jurisprudencial por parte do STF em conflitos de direitos fundamentais envolvendo liberdade de expressão, honra e imagem – mas essa demanda é reprimida pela escassez desse tipo de precedente vindo de nossa corte constitucional. A segunda explicação possível é que os magistrados de primeira instância simplesmente não acreditam existir um papel do STF de produção de precedentes para esse tipo de caso. Qualquer uma das duas – ou mesmo uma possível mistura de ambas – aponta para um contexto problemático.

Há um número razoável também de citações ao STJ, mas a grande maioria ocorre em casos envolvendo rede social ou buscador e os precedentes são utilizados para ancorar a decisão sobre se o intermediário deve ou não ser responsabilizado. Poucas sentenças usam precedentes do STJ para ancorar sua opção de resultado no confronto entre direitos fundamentais. Em alguns casos, a longa fundamentação sobre a primeira questão acaba tirando a atenção do fato de que a fundamentação para a segunda questão é quase inexistente.

Há casos, entretanto, em que a jurisprudência do STJ acaba servindo para propósito diferente daquele para o qual foi criada. Por exemplo, a súmula 403, que determina que “[i]

nde depende de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” O caso gerador da súmula era de uma modelo que realizou contrato para uso de sua imagem com fins publicitários e foi mais tarde surpreendida quando outras campanhas publicitárias, que não eram objeto do contrato, também incluíram sua imagem.

O contexto de uso era a publicidade, a comunicação com o intuito de vender um produto ou serviço, conforme diversas passagens da decisão³⁰. É verdade que a ementa da decisão que engatilhou a súmula foi redigida de maneira confusa e conducente a erro³¹, mas isso não exime o julgador de primeira instância de conhecer as características essenciais do precedente que pretende aplicar. Muitas das decisões analisadas utilizam essa súmula do STJ — citando-a explicitamente ou não — para eximir-se de fundamentar a existência de dano moral indenizável. Uma das ações foi ajuizada por esportista que utilizou como sua imagem de perfil pública do Facebook uma foto sua praticando *stand-up paddle*.

Mais tarde, um jornal utilizou a foto para ilustrar matéria sobre a prática de esportes aquáticos, porém relacionou a foto a outra pessoa, praticante de esporte de vela. O esportista alegou que teria sofrido escárnio decorrente da confusão feita pelo jornal. A magistrada não apenas concedeu indenização por dano moral no valor de 5 mil reais, como afirmou que o uso de imagem sem autorização automaticamente gera tal dano indenizável. Caracterizou o tipo de uso da imagem como “reprodução jornalística”.³² Esse é exemplo ilustrativo de outros, e a exposição de alguns elementos de casos assim é importante a título de análise qualitativa para dar contexto e profundidade a alguns fatos revelados pela análise quantitativa.

Com relação ao perfil das ações: os casos são, na média, bastante banais. Uma mulher chamada Sheila pediu 203 mil reais de danos morais em razão do vídeo “Na Lata”, do grupo

30 Entre elas: “a exposição de suas fotos em comerciais, mesmo não autorizados para determinada campanha publicitária”, “No caso, como registrado pelo acórdão impugnado, a recorrente, modelo profissional, e a recorrida, Avon Cosméticos Ltda., firmaram contrato de utilização de imagem, tendo a primeira autorizado a divulgação de sua imagem em encartes promocionais de produtos da segunda, a serem veiculados no Brasil.”, “Direito à imagem. Indenização. Modelo profissional. Fotografias. Danos materiais caracterizados pela publicação em periódicos nacionais, depois do prazo contratado e pela veiculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras sem autorização. Danos morais, contudo, não caracterizados, por ausência de demonstração nesse sentido. Embargos recebidos.” (ementa da decisão do caso pelo TJ-SP, grifou-se).

31 Não há clareza, na ementa, da existência de requisito do uso publicitário. “EMENTA Direito à imagem. Modelo profissional. Utilização sem autorização. Dano moral. Cabimento. Prova. Desnecessidade. Quantum. Fixação nesta instância. Possibilidade. Embargos providos. I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. IV - O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional.”

32 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2014.212.015945-2. 2a Vara Cível de Niterói. 7 dez 2015.

Porta dos Fundos (NA LATA, 2013). Ela sentiu-se ofendida com as piadas feitas com nomes como Kellen e Wellerson. Outra mulher processou o portal UOL em nome da filha, menor de idade, que havia aparecido em fotografia veiculada no portal com a legenda “Mulher dorme à beira de uma piscina enquanto a multidão marcha contra o governo federal na praia de Copacabana, na zona sul do Rio de Janeiro”³³.

Há processos de delegados de polícia que estavam em uma lotérica quando esta foi assaltada. Eles seguiram os ladrões à distância, após o assalto, mas não reagiram durante o ocorrido. O SBT divulgou matéria que descrevia a situação da seguinte forma: “Delegados se omitem em assalto”. Em outro caso, um homem processou a psicóloga com a qual havia feito terapia de casal porque ela mais tarde o chamou de “psicopata”.

Uma advogada associou seu perfil do Facebook a uma página de profissão de advocacia. A página adotava uma foto com teor sexual. Ao invés de desassociar-se da página, a advogada processou o Facebook. Um dos casos demonstra o quão prejudicial poder ser critério da veracidade da informação. Um sindicalista de Niterói criticou um servidor público em protesto e em site afirmando que ele recebia proventos acima do teto constitucional. O servidor processou pedindo danos morais.

A juíza usou diversas páginas para discutir a questão do teto, mudanças feitas por emendas constitucionais, entendimentos do Supremo em diferentes momentos, entendimento da doutrina etc. Tudo para concluir que, segundo sua interpretação, o valor recebido por função gratificada deve ser contado de forma avulsa para efeitos do teto, em vez de somado aos vencimentos principais. A opinião manifestada pelo sindicalista era, portanto, inverídica. Ele foi condenado a pagar 5 mil reais de danos morais ao servidor.

Em nenhum momento a juíza percebeu que o fato de serem necessárias diversas páginas para explicar a controvérsia e tomar posição atestavam para o fato de ser impossível classificar qualquer opinião sobre teto constitucional em abstrato ou em concreto como afirmação falsa. Isso é particularmente preocupante, pois presume que a discussão sobre o que deve ou não contar para o teto constitucional dos servidores públicos deve ser moderada pelos juízes — um dos grupos mais diretamente e pessoalmente interessados na questão.

Uma chance de sucesso de 37,04% em um conjunto de ações envolvendo pedidos de danos morais por disseminação de *revenge porn* ou difamação resultantes de manifestação que usa de erro com comprovada má-fé (o critério para concessão de danos morais a pessoas não públicas no direito norte-americano desde 1964) poderia ser considerada baixa. Em um cenário no qual os pedidos têm os fundamentos expostos há pouco, a banalidade é extremamente bem compensada com mais de uma chance em três de sucesso.

A falta de apoio em dogmática de direitos fundamentais permite algumas escolhas de simplismo preocupante. Uma das decisões, sobre pedido de tutela antecipada para remoção de conteúdo em rede social, afirma que “[n]ão se trata, pois, de censura legal prévia, recha-

33 A imagem está disponível em: http://imguol.com/c/noticias/5d/2015/08/16/16ago2015--mulher-dorme-a-beira-de-uma-piscina-enquanto-multidao-marcha-contra-o-governo-federal-na-praia-de-copacabana-na-zona-sul-do-rio-de-janeiro-1439755629099_1024x768.jpg. Acesso em: 14 out. 2016.

çada pela jurisprudência do E.Supremo Tribunal Federal, mas de tutela fundamentada na verossimilhança”.³⁴ Uma categoria genérica é utilizada em um campo específico, causando restrições desproporcionais da liberdade de expressão. Mas, como a proporcionalidade não é aplicada em uma decisão sequer, nenhum dos juízes chega a perceber o problema.

Essa característica é comum a várias das ações: a utilização de categorias aceitáveis para outras situações de pedidos de danos morais, todavia inadequadas para um conflito entre direitos fundamentais. Um grande número de condenações afirmava que a ofensa automaticamente causa o dano. Não apresentavam, portanto, qualquer fundamentação para explicar a razão pela qual existia, no caso concreto, uma restrição da honra ou da imagem considerada desproporcional. Um exemplo bastante ilustrativo: “[...] a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está implícito na própria ofensa, de tal modo que, provado o fato danoso, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum”.³⁵

Ocorre que a prova exigida nesses processos, conforme já mencionado, é a mera veiculação da matéria, *post* ou foto consideradas ofensivas. Isso, aliado ao fato de que a avaliação da existência da ofensa se dá, em grande parte dos casos, sem amparo em técnica jurídica, jurisprudência ou doutrina, cria as condições para um sistema extremamente hostil à liberdade de expressão.

Em outro caso, a parte ofendida é vereador, mas o fato de ser pessoa pública não acarreta tratamento mais cuidadoso com a restrição à liberdade de manifestação. Em toda a sentença, uma única frase é utilizada para justificar a existência de dano a partir da expressão, seguida já por fixação de valor de danos morais muito acima da média do universo analisado. Para ser preciso, bastou uma frase de fundamentação para estabelecer danos morais por crítica a pessoa pública em valor 47% superior à média dos casos similares.

Quanto ao dano moral, não sofreu a autora um mero aborrecimento do cotidiano, em razão do desrespeito, pela parte ré, de direitos básicos do consumidor, em especial aquele referente à proteção contra práticas abusivas (CDC, art. 6º, IV). Assim, é suficiente para a reparação desses danos a quantia de R\$24.880,00, considerando, para a fixação do ‘quantum’ indenizatório, que a demandante é pessoa pública e conhecida no município, integrante de sua Casa Legislativa.³⁶

Há também magistrados para quem a liberdade de expressão deve ser preterida *em abstracto* em favor da privacidade, pois essa está fundada na dignidade da pessoa humana:

Por oportuno, vale ressaltar que o conflito entre a ‘garantia à intimidade’ e a ‘liberdade de informação’, sendo ambos direitos fundamentais assegurados em sede constitucional, deve preponderar o interesse à privacidade do indivíduo

34 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2015.205.048819-3. 7a Vara Cível do Rio de Janeiro. 30 mar. 2017.

35 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2015.203.019064-2. 14a Juizado Especial Cível do Rio de Janeiro. 12 abr. 2016.

36 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2013.003.007694-6. Juizado Especial Adjunto Cível de Angra dos Reis. 8 nov. 2013.

como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).³⁷

A falta de critérios minimamente sofisticados nas decisões não prejudica apenas a liberdade de expressão. Pelo contrário! As decisões continham entendimentos como:

Assim, pode-se dizer que a liberdade de manifestação será legítima, desde que respeitados os limites impostos ao resguardo à intimidade individual, em uma construção do que vem a ser o proporcional e o razoável, o que deverá ser aferido casuisticamente. [...]. Não houve, repita-se, ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que, somente se configurado, justificaria o reconhecimento da responsabilidade indenizatória pretendida pelo autor.³⁸

Essa concepção acarretaria o problema contrário: proteção deficiente da imagem e da honra. Assim como proporcionalidade e ponderação parecem ser usadas como palavras mágicas que automaticamente contemplam a decisão com validade jurídica, também a dignidade humana é usada de forma panfletária. Não é necessário que uma conduta viole o núcleo de dignidade humana do direito fundamental para que ela seja restringida.

Outro exemplo: “Ademais, somente é considerado ofensa à honra quando há excesso na informação, sob pena de se violar a liberdade de imprensa”.³⁹ Segundo essa concepção, manifestada em outra decisão, também restam ameaçadas de proteção deficiente a imagem e a honra, pois o “excesso na informação” é apenas mais um critério vazio que não confere qualquer previsibilidade às decisões e permite a decisão arbitrária disfarçada de tecnicamente apurada.

A falta de critérios claros e transparentes aumenta consideravelmente o risco de decisões nas quais algum *bias* de decisão opera de forma decisiva. Enquanto a frequência desproporcional da afirmação de que a liberdade de expressão não é absoluta demonstra um *bias* pró-honra e imagem, existe outro possivelmente mais danoso em ação. Entre os 162 casos, 3 envolvem magistrados no polo ofendido da demanda. Nesses três casos a ação foi procedente, o que já é, por si, um sinal de alerta.

Mais preocupante, no entanto, é a média do valor de danos morais concedido. Entre os demais casos procedentes a média é de R\$ 15.201. Nos três casos envolvendo magistrados, é R\$ 47.373. Um dos três foi ajuizado pela magistrada que se recusou a realizar o teste do bafômetro em uma blitz policial. Nesse caso, segundo a sentença, o fato de ser magistrada era motivo de maior restrição da manifestação de opinião sobre ela, em uma completa inversão do uso do elemento “figura pública”. “Não se olvide, que é fato notório que a demandante,

37 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2013.209.004484-4. I Juizado Especial Cível do Rio de Janeiro. 3 jul. 2013. Para entender a razão pela qual essa posição é problemática e em desacordo com a literatura especializada ver, por exemplo, Bragato (2010).

38 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2015.058.004343-7. Juizado Especial Adjunto Cível de Saquarema. 27 jan. 2016.

39 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2015.212.008489-2. Juizado Especial Cível de Niterói. 6 out. 2015.

como Juíza de Direito, é pessoa pública, o que gera certamente maior repercussão ao caso, violando com mais intensidade a sua honra subjetiva.”⁴⁰

Além disso a maior indenização individual concedida em todos os casos analisados é de R\$ 80.000 para um desembargador. É o segundo maior valor arbitrado a título de danos morais. O mais alto de todos, R\$ 200.000, foi repartido entre 5 autores de uma ação contra uma emissora de televisão. Já as ofensas ao desembargador haviam sido veiculadas em rede social.

5 CONCLUSÕES

O Brasil é o país da cordialidade, das biografias chapa branca e de um histórico de autoritarismo estatal. As condições fortaleceram ao longo de séculos um senso comum que condena manifestações do pensamento desagradáveis e inconvenientes. O texto da Constituição, por mais avançado e sofisticado que seja, naturalmente não tem o poder de mudar o preconceito com a liberdade de expressão existente no país.

Condenações judiciais paradigmáticas em profusão e em situações inadequadas, como a decisão que puniu a jornalista Monica Iozzi em benefício do Min. Gilmar Mendes, têm banalizado a censura da manifestação do pensamento. Mas essas condenações são noticiadas por uma imprensa que é interessada direta e tem incentivos para amplificar a percepção de censura judicial. Como de costume, a pesquisa empírica na área do direito apresenta-se como essencial para determinar se essas decisões são excepcionais ou representativas do todo.

A análise amostral no TJ-RJ demonstrou que são efetivamente representativas. O cenário é preocupante. Existe uma desconexão entre, de um lado, a doutrina constitucionalista teórica, que descreve a aplicação de métodos sofisticados para a solução de conflitos de direitos fundamentais, e, de outro, a realidade das decisões judiciais que ignoram esses métodos, ao tratar do exercício da liberdade de expressão. Mais estudos empíricos são necessários para testar se a situação da justiça estadual do Rio de Janeiro se repete em outros estados brasileiros.

O principal problema que aparece nas decisões de primeira instância é a falta de apoio em critérios técnicos, claros e transparentes. O resultado, no caso do Brasil, conforme já ponderei, é prejudicial para a liberdade de expressão. Mas isso é mero efeito colateral não necessário. Em um país diferente, talvez com uma cultura mais parecida com a norte-americana, decisões baseadas majoritariamente em senso comum levariam à proteção deficitária da honra ou imagem. Isso seria igualmente preocupante. É importante deixar claro, portanto, que o defeito raiz retratado aqui é a falta de critérios e não o resultado específico de proteção insuficiente da liberdade de expressão.

40 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sentença do processo 2013.001.301965-8. 32a Vara Cível do Rio de Janeiro. 15 out. 2015.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. M. Law in the Books and Books in the Court. Are Social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. 7, p. 15-38, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula da. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.
- BERTONI, Estêvão. Quem Gilmar Mendes já processou. E qual foi o resultado. **Nexo Jornal**, São Paulo, 5 out. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expres-so/2016/10/05/Quem-Gilmar-Mendes-j%C3%A1-processou.-E-qual-foi-o-resultado>. Acesso em: 13 out 2016.
- BEZNOS, Clovis. A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 27, jul./ago./set., p. 1-19, 2011.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 13, p. 78-95, out./dez. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº 2016.01.1.062108-0. Direito de imagem. Quarta Vara Cível de Brasília, Brasília, DF, 21 de setembro de 2016. **Conjur**, São Paulo, 21 set. 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/juiz-monica-iozzi-acusou-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.
- CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres de. **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF e STJ**. 2010. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2010/relatorios/ccs/dir/DIRClara%20Rafaela%20Prazeres%20de%20Carvalho.pdf. Acesso em: 13 out. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Supremo em Ação 2017**. Ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017a.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017b.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Modelo Nacional de Interoperabilidade**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/comite-nacional-da-tecnologia-da-informacao-e-comunicacao-do-poder-judiciario/modelo-nacional-de-interoperabilidade>. Acesso em: 13 out. 2016.

DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 581-599, 2010.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. **Journal of Legal Education**, v. 53, n. 3, p. 311-320, 2003.

EPSTEIN, Lee; PARKER, ChristopheR; SEGAL, Jeffrey A. Do Justices Defend the Speech They Hate? In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment. **American Political Science Association 2013 Annual Meeting**, 6 Aug. 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2300572. Acesso em: 5 maio 2015.

FACHIN, Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. **II Relatório Supremo em Números**. O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números**. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme de; CHAVES, Luciano. **V Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FALCÃO, Joaquim; MORAES, Alexandre de; HARTMANN, Ivar A. **IV Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Ministério Público. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/139>. Acesso em: 3 out. 2016.

GOMES, Helton. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. **G1**, São Paulo, 6 abr. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>. Acesso em: 13 out. 2016.

GUERRA, Sidney. Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. In: **ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 15., 2006, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HARTMANN, Ivar A. Pela Honra dos Bonecos Infláveis. **Supra/JOTA**, São Paulo, 8 jul. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/pela-honra-dos-bonecos-inflaveis>. Acesso em: 13 out. 2016.

HE, Xin; LIN, Fen. The Losing Media? An Empirical Study of Defamation Litigation in China. **The China Quarterly**, n. 230, p. 371-398, June 2017.

IPEA. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório sobre os Juizados Especiais**. Brasília: IPEA, 2013.

ISTAMATI, Gisela Barroso. **O Supremo Tribunal Federal e a liberdade de expressão: análise de casos após a Constituição de 1988**. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/119_giselafinal.pdf. Acesso em: 13 out. 2016.

JUSTIÇA eleitoral e conteúdo digital nas eleições de 2014. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/pesquisa_justica_eleitoral_fgv_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2018.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEONCY, Leo Ferreira. Colisão de direitos fundamentais a partir da Lei nº 6.075/97: o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, p. 349-353, out./dez. 1997.

LUIZ, Gabriel; OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes diz que vai doar R\$ 30 mil de indenização de Monica Iozzi. **Portal G1**, Brasília, DF, 5 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/gilmar-mendes-diz-que-vai-doar-r-30-mil-de-indenizacao-de-monica-iozzi.html>. Acesso 13 out. 2016.

MARTINS, Leonardo. Direitos Fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (Art. 5o, X da CF): alcance e substrato fático da norma constitucional (intervenção estatal potencialmente violadora). **Ius Gentium**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 105-132, jan./jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 122, maio/jul. 1994.

MENDONÇA, Renata. 'Liberdade de expressão tem limites', diz juiz que pediu suspensão do Facebook. **BBC Brasil**, São Paulo, 10 out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37612969>. Acesso 13 out. 2016.

NA LATA. [S. l.: s. n.], 2013. Publicado pelo Canal Porta dos Fundos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NZb0XKHgtjo>. Acesso em: 14 out. 2016.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freite. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set. 2007.

ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias. Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 10, n. 1, p. 235-259, jan./jun. 2010.

RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 231-245, out./dez. 2007.

SANTA CARATINA. Tribunal Regional Eleitoral. **Autos nº 141-28.2016.6.24.0019**. Propaganda política. Representado – Facebook. Joinville, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/juiz-determina-anatel-tire-facebook-ar.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

SANTANA, Selma Pereira. Calúnia contra a presidente da república: a tensão entre o exercício da liberdade de expressão e a tutela da honra. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 1, p. 42-52, jan./jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHÄFER, Jairo Gilberto; DECARLI, Nairane. A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação. **Prisma Jurídico**, São Paulo, n. 6, p. 121-138, 2007.

SCHUBERT, Glendon. The Importance of Computer Technology to Political Science Research in Judicial Behavior. **Jurimetrics Journal**, v. 8, n. 3, p. 56-63, 1968.

SCHWARTZ, Thomas. Judicial Behavior and the First Amendment. **Communications and the Law**, v. 8, 1986.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 555-579, 2010.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, n. 47, p. 68-149, 2008.

UNWIN, David. **Defamation Litigation Patterns Across the United States, England, and Australia**. 2013. Disponível em: https://works.bepress.com/david_unwin/1/download/. Acesso em: 10 jan. 2018.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio De Janeiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Conpedi, 2007. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf. Acesso em: 11 2012.

YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (ed.). **Interpretation and method: empirical research. Methods and the interpretive turn**. [S.l.]: M. E. Sharpe, 2006.