



**DIFAMAÇÃO E
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**
uma versão resumida do ABC da Difamação

ARTICLE 19

Difamação e Liberdade de Expressão consiste em uma versão resumida do “ABC da difamação”, publicação da Artigo 19 e escrita por Daniel Simons e Toby Mendel em 2006.



Esta obra foi licenciada com uma Licença Creative Commons - Atribuição - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não Adaptada.

Você está livre para copiar, distribuir e exibir este trabalho e para fazer trabalhos derivados, desde que:

1. Dê créditos para a ARTIGO19;
2. Não use este trabalho para fins comerciais;
3. Distribua qualquer trabalho derivado desta publicação sob uma licença idêntica a esta. Para acessar o texto legal desta licença na íntegra, favor visitar: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/legalcode>.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	02
O QUE SÃO LEIS DE DIFAMAÇÃO	03
PROBLEMAS COM AS LEIS DE DIFAMAÇÃO	04
Sufocando o debate sobre as instituições públicas	04
Protegendo sentimentos ao invés de reputações	04
Protegendo a ordem pública ao invés das reputações	04
Defesas inadequadas	05
TIPOS DE LEIS DE DIFAMAÇÃO	06
Reputações contra sentimentos	06
Difamação civil contra difamação criminal	06
DIFAMAÇÃO E DIREITOS HUMANOS	08
Um conflito entre dois direitos	08
Direitos humanos: os princípios gerais	08
O direito à liberdade de expressão	08
O direito à reputação	09
Balanceando os dois direitos: o teste tripartite	09
DIFAMAÇÃO CRIMINAL	12
Os riscos da difamação criminal	12
Padrões internacionais sobre difamação criminal	13
Medidas provisórias em direção a descriminalização	14
DIFAMAÇÃO CIVIL	15
Elementos chaves de uma boa lei	15
ÂMBITO	15
Entidades públicas	15
O Estado, objetos e símbolos	15
Funcionários públicos e os políticos	15
DEFESAS	16
Defesa da verdade	16
Defesa de opinião	17
Defesa de ‘publicação razoável’	17
Privilégios absolutos e qualificados	18
Palavras de outros	18
Publicação de Inocente	18
Consentimento	19
Estatuto de limitações	19
SOLUÇÕES ALTERNATIVAS	20
Tipo e papel das soluções alternativas	20
Dando prioridade a soluções alternativas	20
Liminares Judiciais	21

INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro estabelece sanções criminais para os chamados “crimes contra a honra”, que no Brasil incluem a calúnia, a injúria e a difamação.

Na legislação doméstica a calúnia trata-se do ato de imputar a alguém a prática de um crime, mesmo sabendo ou devendo saber que isso não é verdade. A difamação trata-se do ato de atribuir a alguém um fato que seja lesivo à sua reputação. E a injúria trata-se do ato de ofender a dignidade e a moral de alguém. As sanções previstas no Código Penal variam de um mês a dois anos de prisão e multa.

No Brasil não apenas reputações são protegidas pelas leis de difamação, mas também sentimentos. Tal situação é preocupante uma vez que neste contexto as pessoas podem ser processadas e responsabilizadas – tanto civilmente quanto criminalmente – por suas opiniões, já que elas podem ser consideradas ofensivas aos sentimentos ou à moral de outros indivíduos.

Como mencionado acima, além das ações criminais, as ações civis de reparação de danos podem ser ajuizadas por aqueles que sentem sua reputação ofendida. Destarte, as ações civis são suficientes para proteger os indivíduos lesados e, portanto, tornam o uso das sanções criminais desnecessário.

O QUE SÃO LEIS DE DIFAMAÇÃO

A terminologia “lei de difamação” será usada para se referir a qualquer lei relativa à proteção da reputação ou dos sentimentos dos indivíduos. Todos os países contam com leis de difamação, embora exista uma variedade de terminologias que as descrevam, como por exemplo, a calúnia, injúria, a difamação, o insulto e o desacato.

Uma boa lei de difamação – que estabelece as bases para o equilíbrio adequado entre a proteção da reputação dos indivíduos e a liberdade de expressão – poderia ser definida da seguinte forma: uma lei de difamação é uma lei cujo propósito é proteger as pessoas contra as declarações de fatos falsos que causem danos às suas reputações. Esta definição contém quatro elementos. E para ser difamatória, a declaração deve:

- ser falsa (ver a sessão sobre a defesa da verdade);
- ser de uma natureza baseada em fatos (ver a sessão sobre a defesa da opinião);
- causar danos;
- estes danos deverão ser à reputação da pessoa correspondente, o qual em seu turno quer dizer que a declaração em questão deverá ter sido lida, ouvida ou vista por outros (ver a sessão sobre “reputação contra sentimentos”).

PROBLEMAS COM AS LEIS DE DIFAMAÇÃO

Embora as leis de difamação devessem servir a um propósito legítimo – o da proteção das reputações – na prática elas frequentemente representam restrições desnecessárias e injustificáveis à liberdade de expressão. Os problemas mais comuns observados nas leis de difamação provêm do fato de que estas (i) são muito abrangentes na sua aplicação, porém carecem de provisões adequadas para defesa e (ii) as sanções aplicadas por descumprimentos são excessivas. Em alguns casos, as leis que usam a terminologia de difamação, na realidade, possuem propósitos desconexos com a proteção das reputações, criando, desta maneira, confusão entre os cidadãos e inibindo-os de expressarem seus pontos de vista.

Sufocando o debate sobre as instituições públicas

Algumas leis de difamação, ao proibirem críticas, desencorajam o debate sobre as instituições públicas. A mera existência de leis deste tipo pode fomentar a auto-censura entre os meios de comunicação e os cidadãos, mesmo se aplicadas com moderação. Em outros casos, funcionários e outras figuras públicas podem explorar leis mal redigidas para silenciar críticos e evitar o debate sobre assuntos de interesse público.

Protegendo sentimentos ao invés de reputações

A proteção dos sentimentos ao invés da proteção de reputações permite que uma lei de difamação sofra abusos. Dado que os sentimentos constituem emoções subjetivas, sendo impossível definí-los, referidas leis podem ser interpretadas de uma maneira perigosamente flexível com fim de satisfazer as necessidades das autoridades, que procuram evitar as críticas políticas provenientes da sociedade.

Protegendo a ordem pública ao invés das reputações

Alguns países contam com leis de difamação cujo real propósito é proteger a ordem pública ao invés da reputação dos indivíduos. O problema desse tipo de lei não é apenas o risco de abuso, mas o potencial de criar confusão. “As leis de difamação”, que são na realidade leis de ordem pública, apresentam várias deficiências:

- Tendem a duplicar outras leis de ordem pública, levando à incerteza quanto ao padrão aplicável e aumentando a possibilidade de aplicação de regras diferentes para o mesmo ato.
- O uso da terminologia de difamação pode levar os juízes a aplicar as leis fora do âmbito da ordem pública. Como consequência, os juízes

podem aplicar sanções que são excessivas dentro do contexto da difamação, embora sejam apropriadas e proporcionais no contexto da ordem pública. A ameaça de imposições de sanções exageradas podem fazer com que os indivíduos se autocensurem de maneira excessiva.

- A conexão entre difamação e ordem pública pode fazer com que os juízes responsabilizem indivíduos de acordo com as reações desproporcionais de outros membros da sociedade, ao invés de responsabilizarem o conteúdo efetivo de suas declarações.

Portanto, ainda que a proteção da ordem pública possa justificar restrições à liberdade de expressão, seria melhor alcançada através de leis que fossem especificamente elaboradas para esse fim e não através de leis de difamação.

Defesas inadequadas

Muitas leis de difamação falham ao não estabelecer dispositivos para defesas adequadas, como quando a declaração controversa for uma expressão de opinião e não uma declaração de fatos ou quando a publicação da declaração tenha sido razoável.

Muitas vezes, as leis de difamação permitem que os tribunais presumam que os fatos que causaram dano à reputação de um indivíduo sejam falsos, ao invés de determinar que a falsidade do fato seja provada.

Mesmo em países que possuem lei de difamação aparentemente bem redigida, a qual procura proteger as reputações e proporcionar defesas adequadas, o custo para se defender em ações de difamação exerce um forte impacto sobre a liberdade de expressão. A imposição de altas indenizações por danos, especialmente as sanções penais podem impedir uma discussão mais aberta sobre assuntos de interesse público.

TIPOS DE LEIS DE DIFAMAÇÃO

Reputações contra sentimentos

As leis que protegem os sentimentos objetivam proteger um valor completamente subjetivo, afinal não há como provar por algum fator externo que um indivíduo foi realmente prejudicado. Em contrapartida, a reputação é um conceito objetivo, ou seja, é possível provar o dano à reputação de alguém por fatores externos. Leis que protegem os sentimentos colocam a parte acusadora em uma posição muito forte, gerando uma enorme dificuldade na justa análise do caso.

A fim de assegurar o debate aberto, muitos países estão se distanciando de leis que protegem os sentimentos e promulgando leis que genuinamente protegem somente a reputação. Isto não significa que não é possível que indivíduos apresentem demandas contra declarações injuriosas – no entanto, em vista de terem êxito, as partes acusadoras terão que provar que a declaração reduziu a estima que outras pessoas têm deles.

Difamação civil contra difamação criminal

Em diversos países, a difamação enquadra-se tanto como uma ofensa civil quanto um delito penal. A lei penal geralmente lida com atos prejudiciais ao interesse público, tais como atentados ou roubo. Embora tais atos possam ocorrer entre dois indivíduos, acredita-se que representam um risco para todos os membros da sociedade.

Se o suspeito for declarado culpado, ele pode ser obrigado a prestar reparações na comunidade ao pagar uma multa ao Estado, sendo sancionado com uma condenação ou qualquer outra sanção imposta.

Por outro lado, a lei civil trata de conflitos privados entre indivíduos ou organizações. Esta cobre assuntos que interessam apenas para indivíduos envolvidos.

Os envolvidos em um conflito de direito civil podem mover uma ação judicial, mas devem fazê-lo por conta própria. O objetivo da lei civil não é punir parte da sociedade, mas devolver à parte lesada sua situação “legítima”.

Direito civil e direito penal não são categorias mutuamente exclusivas, algo proibido pela lei penal também pode ser ilegal sob a lei civil, e vice-versa. Um atentado é geralmente uma infração penal, mas muitos sistemas legais permitem ações privadas para recuperar perdas resultantes de um atentado, como os custos médico ou perda de emprego.

As leis de difamação criminal são consideradas cada vez mais como uma limitação injustificável à liberdade de expressão e, como consequência, hoje

em dia são raramente aplicadas na maioria das democracias. Nos últimos anos alguns países revogaram formalmente a difamação criminal.

DIFAMAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Um conflito entre dois direitos

As leis de difamação são, por definição, uma limitação a um direito humano protegido pelo direito internacional - o direito à liberdade de expressão - em favor de outro interesse importante, a proteção da reputação.

Não há hierarquia automática entre eles, mas o estabelecimento do equilíbrio deverá ser realizado de acordo com um conjunto de regras claramente definidas, expostas abaixo.

Direitos humanos: os princípios gerais

Os direitos humanos são aqueles direitos tão inerentes à igualdade e à dignidade do ser humano que todo indivíduo pode, em todos os países do mundo, reclamar contra o Estado em cujo território ele ou ela se encontra.

O direito à liberdade de expressão

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) possui a principal definição do direito à liberdade de expressão, no seu artigo 19:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) define a liberdade de expressão em termos muito semelhantes, o artigo 19 (2):

Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, este direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

A definição internacional da liberdade de expressão emprega cinco elementos principais:

- Pertence a todos, sem qualquer distinção em razão de raça, sexo, nacionalidade ou religião. Pertence às crianças, estrangeiros, minorias e até mesmo prisioneiros.
- Inclui o direito de procurar, receber e transmitir informações e ideias. Em outras palavras, abrange não apenas o direito de falar, mas também o direito de acessar as declarações de outros/as e de acessar informação em posse das entidades públicas.
- O direito se estende a informações e ideias de todos os tipos. Qualquer fato ou opinião que possa ser transmitido está protegido pela lei,

inclusive as declarações que escandalizam ou ofendem, ou as que são consideradas falsas, de aparência enganosa ou sem importância.

- A liberdade de expressão é garantida independentemente de fronteiras. Indivíduos tem o direito de procurar, receber e transmitir informações de e para outros países.
- O direito à liberdade de expressão pode ser exercido por qualquer meio de expressão. Os indivíduos têm o direito de usar qualquer forma de transmitir sua mensagem, seja tradicional ou moderna, incluindo jornais, revistas, folhetos, rádio, televisão, internet, arte e reuniões públicas.

O direito à reputação

O direito à reputação está assegurado pelo artigo 12 da DUDH. A disposição correspondente no PIDCP é o artigo 17.

O direito a uma reputação é claramente aplicável contra o Estado: as instituições públicas tem o dever de abster-se de atentados ilegais à reputação dos cidadãos. Além disso, o artigo 12 da DUDH e o artigo 17 do PIDCP dispõe que os Estados são obrigados a assegurar que as reputações desfrutem da “proteção da lei”.

Desta forma, está claro que cada país deve ter uma lei que permite que os cidadãos apresentem uma reclamação quando os órgãos ou funcionários do governo ferirem sua reputação.

Balanceando os dois direitos: o teste tripartite

Até que ponto é possível restringir a liberdade de expressão para proteger a reputação?

O PIDCP estabelece parâmetros claros dentro dos quais deverão caber todas as restrições à liberdade de expressão:

O exercício do direito previsto no parágrafo 2º implicará deveres e responsabilidades especiais. Portanto, pode estar sujeito a certas restrições que devem, entretanto, estar expressamente fixadas pela lei. São necessárias para:

- a) Assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas;
- b) Proteção da segurança nacional, ordem, saúde ou moral públicas.

Artigo 19 (3) prevê um teste de três partes: a primeira, qualquer restrição sobre o direito à liberdade de expressão deverá obedecer a uma lei ou regulamento; a segunda, a restrição legalmente sancionada deverá proteger ou promover uma finalidade considerada legítima sob o direito internacional e, a terceira, a restrição deverá ser necessária para a proteção ou promoção de uma finalidade legítima.

Todas as três condições acima devem ser obedecidas para que uma restrição

à liberdade de expressão seja legítima.

As “restrições” à liberdade de expressão consistem em qualquer tipo de formalidade, condição, restrição ou sanção impostas por uma autoridade pública no exercício de um direito, independentemente de sua gravidade.

Por exemplo, uma lei exigindo que os indivíduos responsabilizados pela difamação publiquem uma retificação é uma restrição à liberdade de expressão e só será legítima se cumprir o teste tripartite.

A primeira parte do teste significa que uma restrição à liberdade de expressão não pode ser simplesmente o resultado do capricho de um funcionário público, mas deve basear-se em lei ou regulamento existentes. No entanto, a condição vai mais além: a legislação que restringe a liberdade de expressão também deverá ser clara e acessível, para que os cidadãos possam prever razoavelmente as consequências de suas ações.

Existem várias razões fundamentais para isso. Primeiro por uma questão de justiça não se deve restringir os direitos dos cidadãos sem dizer-lhes adequadamente e com antecedência o que é proibido. As leis imprecisas possuem muitas possibilidades de interpretação, o que pode resultar em abusos, possuem o que se denomina “efeito resfriador”: uma vez que transmitem incerteza sobre o que é e o que não é permitido, incentivando a auto-censura e podendo, conseqüentemente, impedir a discussão sobre assuntos legítimos e importantes.

A segunda parte da prova nos diz que a restrição da liberdade de expressão deverá servir de um propósito legítimo. Tais propósitos legítimos não compõe uma lista em aberto, estão taxados no Artigo 19(3) do PIDCP e os governos não podem adicionar outros propósitos.

A citada lista inclui “o respeito aos direitos e às reputações de outros/as”, o qual promove uma base legal para as leis de difamação genuínas. Não inclui os sentimentos, nem a autoestima dos indivíduos.

A parte final da prova determina que uma restrição à liberdade de expressão deverá ser realmente necessária. O requisito de “necessidade” impõe rigorosos controles de qualidade nas leis que restringem a liberdade de expressão: primeiramente, uma restrição à liberdade de expressão deve ser em resposta à uma necessidade social premente e não apenas uma questão de conveniência; segundo, deve-se utilizar a medida menos intrusiva que seja capaz de responder à necessidade social premente, visto que uma medida que cause mais danos não seria necessária se uma opção menos danosa estivesse disponível; terceiro, a medida deverá prejudicar a liberdade de expressão o menos possível e, em particular, deverá afetar somente aquela declaração que foi especificamente prejudicial. Por exemplo, uma lei que proíba todos os ataques à reputação não estaria de acordo com esta prova, já

que entre outras coisas proibiria declarações críticas, mas verídicas no que diz respeito aos fatos; e quarto, o impacto das restrições deverá ser proporcional, o que significa que a restrição à liberdade de expressão não deverá pesar mais que os benefícios do interesse que se pretende atender. Uma restrição que fornece proteção limitada para a reputação de uma pessoa, mas compromete seriamente a liberdade de expressão não satisfaz este padrão.

Finalmente, ao aplicar esta prova, os tribunais devem considerar todas as circunstâncias antes de aplicar a restrição.

DIFAMAÇÃO CRIMINAL

Os riscos da difamação criminal

Embora muitos países ainda estabeleçam a difamação como delito penal, há uma tendência crescente que considera a difamação criminal como uma restrição injustificada à liberdade de expressão e avalia suprimi-la em favor da difamação civil. Países como Bosnia y Herzegovina (2002), Georgia (2004), Ghana (2001), Sri Lanka (2002) y Ucrania (2001) já descriminalizaram a difamação e vários outros países estão considerando adotar esta medida. A maioria dos países estão limitando o impacto das leis de difamação criminal, como por exemplo, eliminando a possibilidade de prisão.

Uma das principais preocupações com a difamação criminal é o forte “efeito resfriador” que exerce sobre a liberdade de expressão. As leis de difamação criminal podem resultar na imposição de sanções severas, tal como uma condenação, multas de grande valores, e no caso dos jornalistas, a suspensão do direito de exercer sua profissão.

Ainda que as penas sejam baixas, a difamação criminal pode projetar uma larga sombra: os indivíduos processados sob este delito enfrentam a possibilidade de serem presos pela polícia, submetidos a uma detenção prévia e sujeitos a um processo penal. Mesmo que seja aplicado a ele somente uma multa de pequeno valor, os acusados terão que lidar com os antecedentes penais em seus registros e enfrentar o estigma social associado à isso.

O “efeito resfriador” das leis de difamação criminal está agravado devido ao fato de que em muitos países são os atores sociais poderosos – tais como os oficiais de governos, altos funcionários ou homens de negócio poderosos – que apresentam a grande maioria das ações. Estes indivíduos abusam de referidas leis visando para se protegerem das críticas ou da divulgação de fatos verídicos, porém vergonhosos.

Outra objeção grave às leis de difamação criminal é que a finalidade de proteger as reputações dos indivíduos pode ser realizada de forma eficaz através de leis civis.

Isto se confirma pela experiência de países que eliminaram ou não usam suas leis difamação criminal. Tal fato levanta sérias dúvidas sobre se as leis criminais de difamação, que por sua natureza consistem em um instrumento severo, podem ser justificadas, pois, como mencionado acima, faz-se necessário sempre preferir uma restrição eficaz que cause menos dano.

As leis de difamação criminal também são criticadas por outros motivos. Pode-se argumentar que a difamação é um assunto privado entre dois indivíduos,

com o qual o Estado não se deve ocupar. Ademais, uma condenação penal geralmente não proverá a pessoa que foi difamada alguma indenização, dado que na maioria dos sistemas legais, as multas vão diretamente para os cofres do Estado.

Padrões internacionais sobre difamação criminal

Organismos internacionais como a ONU reconhecem a ameaça representada pelas leis de difamação criminal e recomendam que as mesmas sejam revogadas.

- A Comissão de Direitos Humanos da ONU vem expressando repetidamente sua preocupação sobre as leis de difamação criminal e fez um apelo aos Estados para que “asseguem que a difamação não seja passível de encarceramento”. A Comissão aprovou a revogação de leis de difamação criminal nos Estados onde isso ocorreu.
- O Relator Especial da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão afirmou em seu informe anual de 1999 que “as sanções por difamação não devem ser tão grandes e assim exercer um efeito negativo sobre a liberdade de opinião, o direito de buscar, receber e difundir informações; sanções penais, especialmente a detenção, nunca devem ser aplicadas”. Em seus informes dos anos seguintes, o Relator Especial foi mais longe ainda, pedindo que todos os Estados revoguem as leis de difamação criminal a favor de leis de difamação civil.
- O Relator Especial da ONU também discutiu a questão com os Relatores da OSCE e da OEA. Nas Declarações Conjuntas promulgadas em novembro de 1999, novembro de 2000 e dezembro de 2002, os três Relatores Especiais sobre Liberdade de Expressão fizeram um apelo para que todos os Estados revoguem suas leis de difamação criminal. A declaração de 2002 afirmou: “A difamação criminal não é uma restrição justificável a liberdade de expressão: deve-se revogar todas as leis criminais de difamação e substituí-las com as devidas leis de difamação civil.
- A Declaração de Sana’a de 1996 assinada pela UNESCO afirma: “Litígios em que estão envolvidos os meios de comunicação e/ou os profissionais destes em razão do exercício de seu trabalho... deverão ser processados perante os códigos e procedimentos civis e não criminais.”
- O Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem declarando em muitas oportunidades que “a posição dominante que o Governo ocupa faz com que este demonstre moderação ao recorrer a processos penais” em casos de difamação.
- A Corte Interamericana de Direitos Humanos também considerou uma violação do direito à liberdade de expressão em dois principais casos

que versam sobre difamação quando se discute assuntos de interesse público. Em tais casos, a Corte rejeitou a acusação de difamação.

- O Secretario Geral do Conselho Europeu solicitou que todos os Estados Membros “revoguem dispositivos criminais” na área da difamação (Declaração de 3 de maio de 2006, Dia Mundial da Liberdade de Imprensa).

Medidas provisórias em direção a descriminalização

Embora haja uma tendência crescente para a revogação total das leis de difamação criminal, ainda há grande oposição em diversos países. Nos países onde a revogação completa de tais leis não é factível ou politicamente viável, várias medidas provisórias podem ser tomadas para limitar o impacto negativo da difamação criminal. Cita-se como exemplo, as seguintes medidas:

- Remoção de sanções excessivas como condenações, penas de liberdade condicional, multas vultosas e a suspensão do direito de praticar jornalismo ou qualquer outra profissão.
- Proibir que funcionários públicos, entidades e instituições públicas iniciem ações de difamação.
- Onde sejam possíveis processos criminais envolvendo pessoas privadas, faz-se necessário descartar a possibilidade da participação de autoridades públicas, inclusive da policia e dos fiscais, no inicio do processamento de casos de difamação criminal.
- Estabelecer que não se pode condenar ninguém por difamação a menos que a parte acusadora prove, além de toda dúvida razoável, que:
 1. a declaração em questão era falsa;
 2. a pessoa que fez a afirmação sabia que era falsa ou demonstrou descaso em averiguar sua veracidade;
 3. a declaração foi realizada com a intenção de causar dano a parte acusadora.

DIFAMAÇÃO CIVIL

Elementos chaves de uma boa lei

Desde que não envolvam o sistema de justiça penal do Estado, as leis de difamação civis podem deixar menores impressões para a liberdade de expressão do que as suas equivalentes no âmbito criminal. Para que isto aconteça, a lei deve ser formulada de modo que:

- proteja contra usos abusivos, isto é, deve-se definir o âmbito da lei da forma mais estrita possível, inclusive ao definir quem tem o direito de propor a ação;
- assegure que os indivíduos acusados de difamação possam preparar uma defesa apropriada;
- adote disposições para um regime de remédios que permita respostas proporcionais as declarações difamatórias.

Âmbito

Entidades públicas

Em razão da importância que o debate aberto opera em tais organismos, algumas democracias estabelecidas não permitem que instituições públicas intentem ações por difamação sob nenhuma circunstância, visto que é comumente entendido que estas não possuem uma reputação que mereça proteção.

Portanto, deve-se proibir que processos por difamação sejam intentados pelas instituições públicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e em todos os níveis, isto é, seja de âmbito nacional, regional ou local.

O Estado, objetos e símbolos

As leis de difamação que procuram proteger a ‘reputação’ do Estado ou de objetos, tal como um símbolo religioso ou um símbolo de Estado (as bandeiras e insígnia nacionais) constituem uma restrição especialmente problemática a liberdade de expressão. Como instituições públicas, estas instituições abstratas não têm interesses econômicos ou emocionais para defender, questiona-se até mesmo se tais instituições possuem uma “reputação” de qualquer tipo que possa ser minada por acusações de fatos falsos.

Funcionários públicos e os políticos

Em muitos países, as leis de difamação proporcionam uma maior proteção para certos funcionários públicos do que para cidadãos comuns.

No entanto, tribunais internacionais de direitos humanos têm reiteradamente afirmado que os funcionários públicos devem tolerar mais, e não menos, a crítica do que os cidadãos comuns. Ao optar por uma profissão que envolve ter responsabilidades para com o público, os referidos funcionários conscientemente cedem o controle de suas palavras e ações para parte dos meios de comunicação e do público em geral. Além disso, um debate vigoroso sobre o funcionamento do funcionalismo público e do governo é um aspecto importante da democracia.

Defesas

A defesa é um argumento legalmente reconhecido que, caso bem sucedida, significa que o réu não será responsável por um ato que na ausência de defesa seria ilegal. Um forte sistema de defesas das quais se pode recorrer em um demanda de difamação é essencial para que leis de difamação não restrinjam excessivamente o livre fluxo de informações e ideias.

As oito defesas citadas a seguir – retiradas de uma comparação realizada a partir de leis de diversos países e da jurisprudência dos tribunais internacionais - são particularmente importantes.

Defesa da verdade

A defesa da verdade é central na maioria dos regimes de leis de difamação.

A verdade é uma defesa completa contra uma alegação de difamação. A razão fundamental na defesa da verdade é que a lei de difamação deveria servir com a finalidade de proteger os indivíduos contra ataques injustificados contra sua reputação.

Os indivíduos podem não querer ver publicadas declarações verdadeiras, porém pouco lisonjeira a seu respeito, mas isso não poderia ensejar um processo por danos e prejuízos. Ao mesmo tempo e afim de se proteger, um indivíduo confrontado com revelações verdadeiras sobre a sua vida privada poderia propor uma ação distinta por invasão de privacidade.

Uma questão importante trata de quem deve suportar o ônus da prova quanto à verdade ou falsidade de uma declaração. A afirmação de que uma declaração é falsa faz-se fundamental em um processo por difamação e como resultado, a forma mais justa e menos prejudicial à liberdade de expressão consiste que a parte acusadora tenha o ônus da prova.

O ônus da prova, no mínimo, deve recair sobre a acusação em casos que envolvem questões de interesse público, como a discussão sobre as atividades de políticos e funcionários públicos. Ainda que em alguns casos, isso pode tornar mais difícil que estes indivíduos sigam uma demanda por difamação bem fundamentada, o empecilho imposto as partes acusadoras é justificado

pela importância de estimular o debate sobre assuntos de interesse público. Requerer que a parte acusada prove a veracidade de suas declarações fomenta a autocensura.

Defesa de opinião

Perante o direito internacional, as expressões de opinião vêm sendo protegidas de forma muito significativa e em alguns países, não se pode declarar ninguém responsável por declarações difamatórias quando se trata de expressão de opinião. Isso porque as declarações de opinião não envolvem alegações de fatos e não podem ser provadas como verdadeiras ou falsas.

A lei não deve decidir quais opiniões são corretas e quais não são, pois devem permitir que os cidadãos decidam por si próprios.

Evidentemente, existe o risco de que algumas pessoas usem a imunidade que a lei prevê para expressar opiniões que muitas pessoas considerariam um insulto. No entanto, este risco é minúsculo quando comparado ao perigo de permitir que as autoridades determinem quais opiniões são aceitáveis e quais não são. Determinar se uma declaração versa sobre fatos ou consiste em uma opinião é muitas vezes uma tarefa difícil. Se o ônus de provar que a afirmação é falsa recai sobre a acusação, esta parte terá que identificar um elemento com base em fatos para refutar a afirmação, embora isso ainda possa ser defendido.

Uma afirmação que alguém é “bom” ou “ruim” é, obviamente, uma opinião, mas o que dizer de um comentário que alguém é “fraudador/a”? Às vezes, uma declaração pode conter elementos que, se interpretadas literalmente, são de uma natureza baseada em fatos, todavia possuem claramente a finalidade de ser entendida como uma opinião.

Este é o caso de declarações que se utilizam de figuras de linguagem, tais como piadas ou hipérboles. Os tribunais devem considerar o contexto das declarações para determinar se devem ser interpretadas como uma alegação factual ou como uma declaração de opinião.

Defesa de ‘publicação razoável’

Mesmo que uma declaração feita sobre uma questão de interesse público tenha sido provada falsa, os réus de um processo por difamação devem se beneficiar de uma defesa chamada “publicação razoável” (que em alguns países é conhecido como defesa da “devida diligência” ou “boa fé”). Como o nome sugere, esta defesa será aplicável quando todas as circunstâncias nas quais a parte acusada difundiu os materiais objeto do litígio foram realizadas de forma razoável.

O objetivo principal da defesa de publicação razoável é assegurar que os meios

de comunicação possam fazer o seu trabalho de informar o público de uma forma eficaz.

Podem surgir situações em que algum jornalista, pesquisador acadêmico ou ativista da sociedade civil publiquem inadvertidamente fatos incorretos em circunstâncias em que era razoável agir dessa forma.

Privilégios absolutos e qualificados

Há certos momentos em que a capacidade de falar abertamente, sem medo das consequências legais, faz-se tão essencial que as declarações feitas neste momento nunca devem ensejar a responsabilidade por difamação. Deve-se aplicar tal “privilégio absoluto”, como por exemplo, nas declarações feitas durante um processo legal, ou em declarações feitas por órgãos eleitos como o Parlamento ou uma autoridade local.

Outros tipos de declarações devem desfrutar de um “privilegio qualificado”, isto é, deve ser isento de responsabilidade, a menos que se prove que a declaração foi realizada de má vontade ou por ressentimento. A última categoria deve incluir declarações que correspondam a um dever legal, moral ou social aplicável, como relatar uma suspeita de crime à polícia. O fator decisivo deve ser se o interesse público na divulgação de tais declarações, o qual supera o dano que pode causar à reputação privada.

Palavras de outros

Não se deve responsabilizar qualquer indivíduo por relatar ou reproduzir declarações difamatórias de outros quando se atende as seguintes condições:

- Primeiro, as declarações devem ter sido parte de uma discussão sobre um assunto de interesse público;
- Segundo, o indivíduo se absteve de comprovar as declarações;
- Terceiro, está claro que as declarações foram feitas por outra pessoa.

A defesa de “palavras dos outros” reconhece que os meios de comunicação têm a obrigação de comunicar a notícia e que isso pode incluir relatar comentários que prejudicam a reputação dos outros.

Publicação de Inocente

Muitos países reconhecem a defesa da ‘publicação inocente’, a qual se aplica quando alguém publica ou contribui para a disseminação de uma declaração difamatória sem saber e sem ser descuidado ou responsável de qualquer maneira pela declaração. Por exemplo, os provedores de serviço de internet facilitam a disseminação de informações através da internet, mas cabe aos tribunais e não aos provedores determinar se o material é difamatório. Caso os provedores sejam considerados responsáveis pelas informações, eles teriam

que se comprometer com a censura com base em sua própria revisão do material, o que é claramente insatisfatório.

Consentimento

Como mencionado acima, o consentimento é uma defesa comum contra qualquer reclamação por danos ou lesões. A defesa de consentimentos é aplicável, por exemplo, nos casos em que um indivíduo fornece informações falsas sobre si mesmo para um jornal.

Estatuto de limitações

A maioria dos sistemas legais reconhecem uma data limite para que a parte acusadora possa intentar uma ação por danos, inclusive por difamação.

Há várias razões para a existência das chamadas “prescrições”, principalmente porque depois de um certo período de tempo, a prova pode ter sido perdida e as memórias das testemunhas podem estar desgastadas, além do que os indivíduos devem poder continuar com suas vidas e não viver para sempre sob a sombra de uma eventual ação judicial.

Estas considerações são particularmente graves no caso das leis de difamação, dado que representa uma restrição à liberdade de expressão, o estatuto de limitações neste caso deve ser curto, geralmente não mais de um ano.

Um limite de tempo mais largo pode servir para refrear a liberdade de expressão, tanto porque dificulta a preparação de uma defesa, como porque viver na incerteza jurídica de certas declarações desencoraja a discussão crítica. Se o prazo fixado pelo estatuto de limitações já ocorreu, o réu poderá apresentar este fato como uma defesa completa a difamação.

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

Uma “solução alternativa” é uma forma de reparação que pode ser concedido por um tribunal para reparar os danos causados. Exemplos de alternativas comuns entre os diferentes sistemas jurídicos incluem a liminar determinando o pagamento de uma indemnização, o cessamento da conduta ilícita ou a previsão de um direito de resposta ou de retificação.

Tipo e papel das soluções alternativas

A discussão acima demonstra que a difamação criminal é considerada cada vez mais como uma restrição ilegítima à liberdade de expressão pelo direito internacional. Menciona-se como uma razão principal para isto o fato de que as sanções associadas com a difamação criminal – encarceramento, multas altas, a proibição aos indivíduos do direito de exercer o jornalismo – são desproporcionadas e desnecessárias. Em troca da difamação criminal, o sistema jurídico deverá fornecer reparação por difamação através de recursos do direito civil.

A diferença da lei criminal, cujos propósitos incluem sanções por comportamento inaceitável, o propósito da lei civil é o de promover relações harmoniosas entre indivíduos na sociedade e de assegurar que danos realizados por uma pessoa a outra se sejam reparados. Para tanto, quando a lei civil estabelece as disposições para recursos por declarações difamatórias, o propósito de tais recursos deveria ser o de reparar o dano causado à reputação da parte acusadora e não o de sancionar à(s) parte(s) acusada(s).

De acordo com o direito internacional, deverão justificar-se como ‘necessárias’ as sanções por declarações difamatórias, as que são também um tipo de restrição à liberdade de expressão. Isto nos leva a entender que deverão ser proporcionais no sentido de que o dano ao direito não pese mais do que os benefícios ocasionados com a proteção da reputação. Na verdade, as autoridades têm a obrigação de estabelecer um regime de recursos para declarações difamatórias o qual, repare o dano à reputação, mas não exerça um efeito excessivamente repressor sobre a liberdade de expressão.

Dando prioridade a soluções alternativas

Tradicionalmente, a solução mais comum em um caso de difamação tem sido as recompensas ou indenizações a ser pagas pela parte acusada para a parte acusadora. Entretanto, em vários países tem se desenvolvido uma cultura de indenizações excessivas, fato este que representa um efeito negativo sobre a liberdade de expressão e o livre fluxo de informação.

Existe uma variedade de recursos alternativos menos severos, mas também

eficazes, tal como o mandato judicial determinando uma retificação ou uma réplica, ou a publicação de uma nota reconhecendo a falha e declarando que as expressões eram difamatórias.

É menos provável que tais recursos alternativos cheguem a dissuadir os indivíduos de expressar suas opiniões no futuro e portanto, os tribunais deveram dar-lhes prioridade.

As indenizações monetárias deverão ser impostas somente no caso que não se possa recompensar adequadamente a parte acusadora pela declaração difamatória através de outras medidas.

Nas hipóteses em que realmente sejam necessárias indenizações monetárias, a lei deverá precisar claramente os critérios para determinar o montante da indenização, o qual deverá considerar os danos reais provados pela parte acusadora, tanto como qualquer reparo já proporcionado através de recursos não pecuniários. Igualmente, deve-se estabelecer um limite ao nível de indenizações que se possam adjudicar por danos não econômicos à reputação de alguém – ou seja, danos que não se podem quantificar em termos monetários.

Liminares Judiciais

Em alguns países, a lei estabelece disposições possibilitando uma liminar judicial contra uma declaração difamatória – ou seja, a existência de uma ordem emitida por um tribunal a fim de impedir a publicação e distribuição de uma publicação (alegadamente) difamatória.

O tipo mais danoso de liminar é uma ordem determinando a não distribuição de uma publicação que ainda não havia chegado ao público. Tais liminares se configuram como uma forma de censura prévia, o que é visto com grande desconfiança pelo direito internacional.

Menos problemático é uma decisão judicial emitida por um tribunal ao final de uma ação por difamação, depois de uma audiência completa e imparcial dos méritos do caso. O processo deverá ser aberto, a fim de que haja controle dos motivos das autoridades em proibir a distribuição da declaração. Entretanto, as decisões definitivas não deverão ir além do necessário: por exemplo, deverão limitar-se à declaração exata do que foi declarado como difamatório.

Reitera-se que decisões liminares, ou seja, decisões emitidas antes que um processo judicial tenha sido concluído, são as mais problemáticas, pois decidiu-se antes que toda a evidência tivesse sido devidamente ponderada. No entanto, poderiam ser justificáveis se a parte acusadora conseguisse demonstrar que a probabilidade de ganhar o julgamento é muito grande, e que a nova publicação causaria danos que não poderiam ser reparados através de recursos posteriores.



Rua João Adolfo, 118 - 8ºandar
Anhangabaú, São Paulo, Brasil
+55 11 30570042 / 0071
www.artigo19.org / www.article19.org
brasil@article19.org



ARTICLE 19