

MANUAL DE FORMAÇÃO E REFERÊNCIA PARA A EUROPA

Liberdade de expressão, direito da comunicação social e difamação

MLDI

Media Legal
Defence Initiative



I.P.I.

International
Press
Institute

MANUAL DE FORMAÇÃO E REFERÊNCIA PARA A EUROPA

Liberdade de expressão, direito da comunicação social e difamação



International
Press
Institute

Maio de 2015

Este manual foi elaborado pelo Prof. Dr. Richard Carver, da Universidade de Oxford Brookes, para uma série de cursos de formação sobre legislação em matéria de difamação para advogados e jornalistas na Europa, sob os auspícios da Media Legal Defence Initiative e do International Press Institute. A produção deste manual foi apoiada com fundos da Comissão Europeia e da rede Open Society Foundations.

Este trabalho encontra-se licenciado ao abrigo de uma licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional. Isso significa que pode ser partilhado e adaptado, desde que inclua o devido crédito ao autor, uma ligação para a licença e a indicação de que foram feitas alterações, quando aplicável. Qualquer partilha ou adaptação deverá ter fins não-comerciais e ser disponibilizada nos termos da mesma licença. Os termos podem ser consultados na íntegra em <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>.



ISBN: 978-3-9504098-2-6



This training manual was supported by co-funding from the European Commission, under its European Centre for Press and Media Freedom pilot programme, and by a grant from the Foundation Open Society Institute in cooperation with the Program on Independent Journalism of the Open Society Foundations.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO: COMO USAR ESTE MANUAL	5
1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRINCÍPIOS E FONTES FUNDAMENTAIS	7
<i>Porque é importante a liberdade de expressão?</i>	8
<i>Liberdade de expressão e liberdade de imprensa</i>	10
<i>Limitações à liberdade de expressão</i>	11
2. DIFAMAÇÃO	17
<i>O que é difamação?</i>	17
<i>Difamação criminosa</i>	19
<i>Difamação civil</i>	21
<i>Pode uma afirmação verdadeira ser difamatória?</i>	21
<i>Expressão de opiniões</i>	23
<i>Existe o direito à reputação?</i>	24
<i>Qual é a maneira certa de lidar com a difamação?</i>	25
3. DIFAMAÇÃO E DEBATE PÚBLICO	27
<i>Críticas às autoridades públicas</i>	27
<i>Protecção do discurso político</i>	31
<i>Imunidade parlamentar e publicação de declarações feitas no parlamento</i>	33
<i>Privacidade de figuras públicas</i>	34
<i>Ofensa às instituições</i>	35
<i>A imprensa como "cão de guarda público"</i>	37
<i>Difamação religiosa</i>	40
4. TIPOS DE MATERIAL DIFAMATÓRIO	43
<i>Opiniões contra factos</i>	43
<i>Humor</i>	44
<i>Afirmações de outros</i>	46

5. PROCESSOS POR DIFAMAÇÃO EM TRIBUNAL	49
<i>Defesa num processo por difamação</i>	49
<i>A quem pertence o ónus da prova?</i>	50
<i>Protecção de fontes anónimas</i>	51
<i>Reparações/penas</i>	53
<i>Como pode o Direito Internacional em matéria de direitos humanos ser aplicado nos tribunais nacionais?</i>	56
<i>E quanto à jurisprudência em outros ordenamentos jurídicos?</i>	59
6. UTILIZAÇÃO DESTE MANUAL	61
<i>Pedagogia e aprendizagem de adultos</i>	62

INTRODUÇÃO: COMO USAR ESTE MANUAL

Este manual foi elaborado como material de apoio para um curso de formação sobre difamação para advogados e jornalistas na Europa. Contém recursos e outros materiais que ajudarão os formadores a preparar o curso e os participantes a compreender as matérias em discussão.

Os participantes na formação serão jornalistas e profissionais dos meios de comunicação social – a quem o curso dará a oportunidade de aprender sobre os princípios gerais por trás da legislação sobre difamação – e advogados, que poderão praticar o desenvolvimento de estratégias de litigação para eventuais processos de difamação contra os seus clientes.

Para os participantes juristas, o pressuposto é que são advogados qualificados e competentes, com experiência em litigação, mas não necessariamente nas áreas relacionadas com os meios de comunicação, liberdade de expressão ou legislação em matéria de direitos humanos.

Este manual tem uma tripla finalidade:

- Pode ser usado pelos formadores para prepararem os cursos de formação. O material aqui contido deverá proporcionar tudo o que é necessário para organizar uma formação de dois dias dedicada à legislação europeia sobre difamação (embora não inclua informação específica de cada país). Os planos de sessão e outros materiais de apoio (apresentações de *PowerPoint* e documentação a entregar) acompanham este manual.
- Pode ser usado pelos participantes para se prepararem para a formação. A experiência na área da pedagogia do adulto demonstra que a aprendizagem é mais eficaz quando se centra no desenvolvimento e prática de competências, em vez de se basear na tentativa de transmissão de conhecimentos. Se os participantes estiverem familiarizados com alguns dos princípios gerais aqui delineados, os exercícios serão mais eficazes.
- O manual fica disponível aos participantes para utilização como guia de referência *depois* da formação. O manual inclui orientações e referências a casos práticos que serão úteis para compreender os princípios da legislação da difamação e para preparar litigação no futuro.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRINCÍPIOS E FONTES FUNDAMENTAIS

A importância atribuída à liberdade de expressão não é uma ideia nova. No início dos tempos modernos na Europa, pensadores como John Milton e John Locke enfatizaram a sua oposição à censura como parte do desenvolvimento do governo democrático. Mais notoriamente, a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos diz:

O Congresso não fará nenhuma lei (...) restringindo a liberdade de expressão ou da imprensa.

No entanto, foi só com a formação da Organização das Nações Unidas (ONU), e a construção de um regime de direitos humanos fundado no Direito Internacional, que a liberdade de expressão se tornou universalmente reconhecida.

O artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) afirma:

Todo o indivíduo 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 ideias por qualquer meio de expressão.¹

Subsequentemente, este direito foi consagrado de forma vinculativa no Direito dos Tratados, no artigo 19º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP).² O artigo espelha a redacção da DUDH, mas acrescenta alguns argumentos explícitos com base nos quais este direito pode ser limitado.

Para os europeus, no entanto, a protecção vinculativa do direito à liberdade de expressão chegou ainda mais cedo. A Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (conhecida de forma geral como Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ou CEDH) foi adoptada em 1950 e entrou em vigor em 1953. A CEDH foi criada sob a égide do Conselho da Europa. Todos os estados oficialmente reconhecidos do continente europeu, com excepção

¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, AGNU, 1948.

² Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (adoptado em 16 de Dezembro de 1966, entrou em vigor em 23 de Março de 1976) 999 UNTS 171.

de três, são hoje signatários da Convenção (as exceções são o Vaticano, a Bielorrússia e o Cazaquistão).

O artigo 10º da CEDH protege a liberdade de expressão nos seguintes termos:

Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.³

Como no caso do artigo 19º do PIDCP, no entanto, o artigo 10º também especifica algumas situações nas quais o direito à liberdade de expressão poderá ser limitado.

Porque é importante a liberdade de expressão?

TROCA DE IDEIAS:

Faça uma lista das razões por que a liberdade da expressão é um direito humano importante

A sua lista começa provavelmente com a liberdade de expressão enquanto direito *individual*. Está intimamente ligada à liberdade de consciência e de opinião do indivíduo (veja-se a redacção do artigo 19º tanto na DUDH como no PIDCP, e o artigo 10º da CEDH). Mas a lista rapidamente se alarga para questões em que se considera que a liberdade de expressão acarreta um benefício social geral. Em particular, este é um direito visto como crucial para o funcionamento da democracia como um todo. É um meio para assegurar o fluxo aberto de ideias e a responsabilização das autoridades. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem salientado repetidamente este ponto:

A liberdade de expressão constitui uma das fundações essenciais de tal sociedade [democrática], uma das con-

³ Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, 213 UNTS 222.

dições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de todos os homens. Sujeita ao artigo 10º (2), é aplicável não somente à “informação” ou às “ideias” que são recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer segmento da população. Essas são as exigências do pluralismo, da tolerância, da abertura mental, sem as quais não existe uma “sociedade democrática”.⁴

Estas palavras foram retiradas de um acórdão relativamente inicial sobre o artigo 10º, mas encontram-se integralmente repetidas em decisões muito posteriores.

Mas as vantagens da liberdade de expressão não se encontram apenas na esfera da política. O Prémio Nobel da Economia Amartya Sen chegou mesmo a dizer que países com uma imprensa livre não sofrem épocas de fome. Se essa afirmação é ou não literalmente verdadeira, a ideia geral é que a liberdade de expressão - incluindo a liberdade dos meios de comunicação - é condição prévia para o usufruto de outros direitos.

A primeira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1946 disse-o desta forma:

A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e (...) é a pedra-de-toque de todas as liberdades a que as Nações Unidas se consagram.⁵

A liberdade de informação é compreendida aqui como parte inseparável da liberdade de expressão - como na “liberdade de procurar, receber e difundir informações” contida no artigo 19º da DUDH. Uma pedra-de-toque é uma ferramenta de análise usada para determinar a pureza de metais preciosos. Assim, a metáfora significa que a liberdade de expressão e de informação são meios para determinar até que ponto os direitos e liberdades em geral são respeitados.

Uma conclusão desta abordagem seria dizer que a liberdade de expressão tem um estatuto mais elevado do que outros direitos, uma vez que a sua apreciação depende dela. Esta é a abordagem escolhi-

⁴ *Handyside c. United Kingdom*, Julgamento de 7 de Dezembro de 1976, série A, n.º 24.

⁵ Resolução da AG 59(I), 14 de Dezembro de 1946.

da, mais notoriamente, nos Estados Unidos, onde a Primeira Emenda à Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal têm repetidamente sublinhado o primado da liberdade de expressão. Embora o TEDH se baseie ocasionalmente em acórdãos do Supremo Tribunal dos EUA, esta não é a abordagem habitualmente seguida na Europa (nem, de resto, nos instrumentos de direitos humanos da ONU).

Como discutiremos em seguida, a liberdade de expressão é um direito que pode ser limitado em determinadas circunstâncias, como para proteger a reputação de terceiros (e pode ser suspenso por completo em períodos de emergência nacional). Isto significa que goza de um estatuto inferior ao de outros direitos, como a liberdade de consciência ou o direito a não ser torturado.

Liberdade de expressão e liberdade de imprensa

Resulta do que foi dito até agora que o papel dos meios de comunicação social é de particular importância. Mais uma vez, o papel de “cão de guarda público” (*public watchdog*) é algo que o TEDH tem reforçado em muitas ocasiões:

Não só tem [a imprensa] a tarefa de transmitir tais informações e ideias: o público tem também o direito de recebê-las. De outro modo, a imprensa seria incapaz de desempenhar o seu papel vital de “cão de guarda”.⁶

E:

A liberdade de imprensa proporciona ao público um dos melhores recursos para descobrir e formar uma opinião sobre as ideias e atitudes dos seus líderes políticos. Em particular, dá aos políticos a oportunidade de reflectir e comentar sobre as preocupações da opinião pública; permite assim que todos participem no debate político livre que está no centro do conceito de sociedade democrática.⁷

O que significa este argumento, tanto defendido pelo TEDH como pelos tribunais nacionais da Europa e em outras partes, é que o direito

⁶ *Thorgeirson c. Islândia*, Acórdão de 25 de Junho de 1992, Série A n.º 239.

⁷ *Castells c. Espanha*, Acórdão de 23 de Abril de 1992, Série A n.º 236.

à liberdade de imprensa não pertence apenas aos jornalistas individuais. O *Conseil Constitutionnel* francês, por exemplo, afirmou que este direito é usufruído não apenas por quem escreve, edita e publica, mas também por quem lê.⁸

Num famoso acórdão sobre liberdade de imprensa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou:

Quando a liberdade de expressão é violada (...) não é apenas o direito desse [jornalista individual] que é violado, mas também o direito de todos os outros a “receberem” informação e ideias.⁹

O artigo 10º da Convenção Europeia refere explicitamente que o direito à liberdade de expressão não exclui a possibilidade de “submeter as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”. Contudo, o licenciamento deve ser correctamente visto como um mecanismo para assegurar a distribuição justa do acesso aos meios de comunicação. O TEDH rejeitou a ideia de o Estado ter qualquer papel de censura prévia - ou de dizer aos emissores o que podem transmitir.

Limitações à liberdade de expressão

A liberdade de expressão não é um direito absoluto. É um princípio geral da legislação em matéria de direitos humanos, presente tanto nos instrumentos da ONU como na Convenção Europeia (artigo 17º), que define que os direitos humanos não podem ser exercidos de forma a infringir os direitos de outros. O artigo 19º do PIDCP e o artigo 10º da CEDH estabelecem algumas finalidades para as quais a liberdade de expressão pode ser limitada:

O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em consequência, ser submetido a certas restrições, que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei e que são necessárias:

⁸ CC, 29 de Julho de 1986, 110.

⁹ *A associação obrigatória de jornalistas*, Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 Nov. 1985, Série A n.º 5, 7 HRLJ 74 (1986), parágrafo 30.

- a) Ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem;
- b) À salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moralidade públicas. (PIDCP)

O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção de honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial. (CEDH)

Para além destes, o artigo 17º da CEDH é a chamada “cláusula do abuso”. Este estabelece que ninguém pode usar direito algum da Convenção no sentido de destruir ou limitar os direitos e liberdades reconhecidos na mesma. O mesmo não tem sido aplicado em questões de difamação, embora tenha sido invocado em relação a outras questões de liberdade de expressão, como a negação do Holocausto.

EN RESUMO:

Na Europa, a liberdade de expressão pode ser limitada com base em qualquer um dos seguintes pressupostos:

- Protecção dos direitos ou reputação de outrem
- Segurança nacional
- Ordem pública (que significa não apenas segurança mas também bem-estar público em geral)
- Saúde ou moral pública
- Integridade territorial ou segurança pública
- Confidencialidade da informação recebida em confiança
- Autoridade e imparcialidade do poder judicial.

Esta é uma lista longa e, vista da perspectiva de um jornalista ou de outro defensor da liberdade de imprensa, talvez bastante assustadora.

⁶ *Thorgeirson v. Iceland*, Judgment of 25 June 1992, Series A no. 239

⁷ *Castells v. Spain*, Judgment of 23 April 1992, Series A no. 236

No entanto, o processo de limitação da liberdade de expressão (ou de qualquer outro direito humano) não é um cheque em branco para ditadores. Não é suficiente para um governo simplesmente invocar a “segurança nacional” ou uma das outras limitações possíveis e depois violar direitos humanos.

Há um processo bem definido para determinar se o direito à liberdade de expressão (ou qualquer outro direito humano) pode ser limitado.

Na utilização do TEDH, o processo assume a forma de um *teste em três partes*.

Passo 1: Todas as limitações de um direito devem estar fixadas na lei.

Passo 2: A limitação deve servir uma das finalidades previstas no texto do instrumento de direitos humanos.

Passo 3: A limitação deve ser *necessária* para atingir a finalidade prevista.

Para aprofundar:

Passo 1: Previsto na lei

Esta é uma simples afirmação do *princípio de legalidade*, subjacente ao conceito de Estado de direito. A lei deve ser clara e não-retroactiva. Deve estar estabelecido de forma inequívoca em legislação pré-existente que a liberdade de expressão pode ser limitada (por exemplo no interesse da salvaguarda dos direitos e reputação de outrem). O TEDH afirmou que, para ser prevista na lei, uma limitação deve ser “adequadamente acessível” e “formulada com precisão suficiente que permita ao cidadão regular a sua conduta”.¹⁰

O Comité dos Direitos Humanos (organismo que supervisiona a aplicação do PIDCP) acrescenta que qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão deve obedecer aos princípios do Pacto como um todo, e não apenas ao artigo 19º. Em particular, isto significa que as limitações não podem ser discriminatórias e que as penas por infracção da lei não devem violar o PIDCP.¹¹

¹⁰ *The Sunday Times c. Reino Unido*, Acórdão de 26 de Abril de 1979, Série A n.º 30.

¹¹ Comité dos Direitos Humanos, Comentário Geral n.º 34, “Artigo 19º: Liberdades de Opinião e de Expressão”, CCPR/C/GC/34, 12 de Setembro de 2011, parágrafo 26.

O que é uma lei?

Uma lei que restringe o direito à liberdade de expressão tem de ser uma norma escrita. De acordo com o Comité dos Direitos Humanos, aqui podem incluir-se leis de imunidade parlamentar e leis de desrespeito ao tribunal. Dadas as graves implicações da limitação da liberdade de expressão, não é compatível com o PIDCP que uma restrição seja apenas “consagrada nos costumes tradicionais, religiosos ou outras formas de direito consuetudinário”.¹²

Passo 2: Cumpre uma finalidade prevista

É exhaustiva a lista das finalidades legítimas que podem limitar direitos em cada um dos instrumentos de direitos humanos. A título de exemplo, sete dessas finalidades estão listadas no artigo 10º da CEDH. Estas são as únicas que fornecem uma base possível para a restrição da liberdade de expressão.

Limitações legítimas no artigo 10º (2) da CEDH

- interesses de segurança nacional
- integridade territorial ou segurança pública
- prevenção de desordem ou crime
- protecção da saúde ou moral
- protecção da honra ou dos direitos de outrem
- impedir a divulgação de informação recebida em confidência
- manter a autoridade e imparcialidade do poder judicial

Passo 3: Necessário numa sociedade democrática

O PIDCP exige que qualquer limitação proposta seja “necessária”, mas a CEDH acrescenta-lhe uma expressão encontrada na DUDH: “numa sociedade democrática”. Fica assim reforçada a presunção que a limitação de um direito é uma opção de último recurso e deve sempre ser proporcional ao objectivo pretendido. “Necessário” é um critério mais forte do que meramente “razoável” ou “desejável”, embora a limitação não tenha de ser “indispensável”.¹³ A lei deve ser precisa e

¹² Ibid, parágrafo 24.

¹³ *Handyside c. Reino Unido*, parágrafos 48-50; *The Sunday Times c. Reino Unido*, parágrafo 62.

acessível ao público. “Uma lei não pode conferir poder discricionário ilimitado para a restrição da liberdade de expressão àqueles que têm a incumbência de a aplicar.”¹⁴

Ao decidir se uma limitação é “necessária numa sociedade democrática”, o TEDH tem em consideração o interesse público num caso. Se a informação a restringir se relaciona com uma matéria de interesse público, seria necessário demonstrar “uma certeza absoluta” de que a sua disseminação prejudicaria a finalidade legítima identificada.

A natureza da limitação proposta é também uma consideração importante. O Supremo Tribunal dos E.U. afirmou que qualquer limitação da liberdade de expressão deve ser o menos restritiva possível:

Mesmo que o propósito do governo seja legítimo e substancial, esse propósito não pode ser seguido por meios que genericamente asfixiem liberdades pessoais fundamentais, quando o mesmo fim pode ser atingido de forma mais estreita.¹⁵

De forma geral, esta é a abordagem favorecida pelo TEDH. O Comité dos Direitos Humanos afirma que as restrições à liberdade de expressão “não podem pôr em causa o direito em si”.¹⁶

Ao avaliar a legitimidade das restrições, o TEDH permite que o Estado tenha uma “margem de apreciação”. Isto significa que há um grau de flexibilidade na interpretação, especialmente aplicável se a limitação estiver relacionada com uma temática em que possam existir diferenças consideráveis entre estados europeus - como por exemplo na protecção da moral. A margem de apreciação será menor quando a finalidade da restrição é de natureza mais objectiva (tal como proteger a autoridade do poder judicial).¹⁷

¹⁴ Ibid, parágrafo 25.

¹⁵ *Shelton c. Tucker*, 364 US 479, 488 (1960).

¹⁶ Comité dos Direitos Humanos, Comentário Geral 34, parágrafo 21.

¹⁷ *Handyside c. Reino Unido*, parágrafo 48; *The Sunday Times c. Reino Unido*, parágrafos 79-81.

2. DIFAMAÇÃO

O que é difamação?

As leis sobre difamação datam do Império Romano. O delito de *libellis famosus* era por vezes punível pela morte. Embora as penas e os custos associados à difamação não sejam hoje tão graves, podem ainda ter um notório “efeito inibidor”, com sentenças de prisão ou enormes indemnizações compensatórias que são ainda um risco profissional para jornalistas em muitos países.

A difamação continua a entrar no âmbito do Direito penal na maioria dos países, embora em muitos casos a difamação criminosa tenha caído em desuso. Já a difamação como delito civil continua a ser bastante generalizada.

Nos termos da legislação moderna em matéria de direitos humanos, a difamação pode ser compreendida como a protecção contra “ataques ilegítimos” à “honra e reputação” de uma pessoa, tal como mencionado no artigo 17º do PIDCP. Nos últimos anos, o TEDH tem entendido o direito à reputação como estando abrangido pelo artigo 8º da Convenção Europeia (direito à vida privada e familiar).¹⁸ Tanto o artigo 19º do PIDCP como o artigo 10º da CEDH usam palavras idênticas como fundamento legítimo para limitar o direito à liberdade de expressão: direitos e reputação ou honra (embora não na mesma ordem).

Quem pode mover um processo por danos à reputação?

A legislação da difamação destina-se apenas a proteger o direito individual à reputação. Por conseguinte, somente uma pessoa em nome individual pode mover um processo para proteger esse direito. Então, será que algum dos que se seguem pode instaurar um processo para proteger a sua reputação?

- Uma bandeira ou insígnia?
- Um cargo (como rei ou presidente)?
- Uma instituição (como o exército)?
- Um grupo de pessoas (como uma denominação religiosa)?

¹⁸ *Sipos c. Roménia*, Queixa n.º 26125/04, Acórdão de 5 de Maio de 2011.

- Um membro de um grupo (tal como um grupo religioso), se não for difamado individualmente?
- Um representante (p. ex. um familiar) de uma pessoa falecida que tenha sido difamada?

A resposta em cada um destes casos *deveria* ser não. Em nenhum destes exemplos há uma pessoa humana individual cuja reputação possa ter sido infringida. Ou o potencial queixoso não é de toda uma pessoa. Ou a pessoa não é difamada individualmente (o rei ou o membro de um grupo religioso). Ou já não está viva para processar. No último exemplo - familiares de pessoas mortas - o Tribunal Europeu não descarta a possibilidade de se mover um processo, afirmando:

a reputação de um familiar falecido de uma pessoa pode, em determinadas circunstâncias, afectar a vida pessoal e a identidade dessa pessoa, e dessa forma incluir-se no âmbito do artigo 8º [o direito à vida privada e familiar].¹⁹

No entanto, o facto de a queixa não ser apresentada pela própria pessoa difamada é considerado um factor relevante ao avaliar se uma interferência no artigo 10º é proporcional.²⁰

Naturalmente, muitos países têm ainda leis que permitem a instauração de processos por difamação (ou insulto, ou difamação religiosa, ou algo semelhante) para cada um dos grupos acima listados. A questão, contudo, é que não constituem fundamento legítimo para limitar a liberdade de expressão *com base na protecção da reputação*.

Poderá argumentar-se que existe fundamento para limitar o discurso de ódio contra grupos religiosos, por exemplo, mas isso não deve ser incluído em leis de difamação.

Muitas leis de difamação, quer intencionalmente quer na prática, são utilizadas para lidar com questões que deveriam ser objecto de outras leis (ou de nenhuma lei). Em particular, as leis de difamação são com frequência usadas indevidamente para penalizar críticas contra governos ou autoridades públicas.

¹⁹ *Putistin c. Ucrânia*, Queixa n.º 16882/03, Acórdão de 21 de Novembro de 2013, parágrafo 33.

²⁰ *Ibid*, parágrafo 34.

Difamação criminosa

Muitas leis de difamação tiveram a sua origem no código penal do Estado. Isto sugere um entendimento que existe interesse público em que o Estado mova processos criminais contra jornalistas ou outros - algo que vai para além do direito do indivíduo a proteger a sua reputação. Está intimamente relacionado com o conceito de sedição ou revolta ("libelo sedicioso" no direito comum), que penaliza o discurso e outras expressões críticas do governo ou do Estado. No entanto a noção de difamação criminosa é vista cada vez mais como antiquada e anacrónica.

O Relator Especial da ONU para a Promoção e Protecção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão é um dos vários mecanismos internacionais e regionais que têm vindo a defender que "as leis de difamação criminosa devem ser revogadas em favor de leis civis, uma vez que estas podem providenciar suficiente protecção das reputações (...)":

As leis de difamação criminosa representam uma ameaça potencialmente grave à liberdade de expressão devido às próprias sanções que frequentemente acompanham a condenação. Recordar-se-á que vários organismos internacionais condenaram a ameaça de sanções privadas de liberdade, tanto especificamente para afirmações difamatórias como, de forma mais genérica, para a pacífica expressão de opiniões (...).

A jurisprudência internacional também apoia o entendimento de que os governos e as autoridades públicas, enquanto tal, não deveriam poder mover acções por difamação ou injúria. O Comité dos Direitos Humanos, por exemplo, apelou à abolição do delito de "difamação do Estado". Embora o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não tenha posto de parte inteiramente os processos por difamação instaurados por governos, parece tê-los limitado a situações que ameacem a ordem pública, implicando que os governos não podem processar por difamação simplesmente para proteger a sua honra. Vários tribunais nacionais (p. ex. Índia, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos da América e Zimbábwe) também

recusaram permitir que dirigentes eleitos e outras autoridades públicas movam processos por difamação.²¹

O Comité dos Direitos Humanos recomendou:

Os Estados signatários devem considerar a descriminalização da difamação e, em todo o caso, a aplicação da lei criminal deve apenas ser contemplada nos casos mais graves e a prisão nunca é uma pena apropriada. É inadmissível que um Estado processe uma pessoa por difamação criminosa, mas que depois não prossiga para julgamento com rapidez - tal prática tem um efeito inibidor que pode restringir indevidamente o exercício da liberdade de expressão da pessoa envolvida e de outrem.²²

Como o Relator Especial salientou, o TEDH não rejeitou completamente a possibilidade de acusações por difamação criminosa. No entanto, há um conjunto de protecções muito restritas que devem ser aplicadas quando uma lei por difamação criminosa permanece no ordenamento jurídico:

- Se a difamação fizer parte do código penal, o ónus da prova criminal - além da dúvida razoável - deve ser inteiramente satisfeito.
- As condenações por difamação criminosa devem ser asseguradas apenas quando as afirmações alegadamente difamatórias forem falsas - e quando o elemento intelectual do crime for demonstrado. Ou seja: quando forem feitas com o conhecimento de que são falsas ou com desrespeito imprudente sobre a sua veracidade.
- As sanções não devem incluir pena de prisão - nem devem envolver outras suspensões do direito à liberdade de expressão ou do direito ao exercício do jornalismo.
- Não se deve recorrer à lei penal quando se encontra disponível uma alternativa no direito civil.²³

Cada caso de prisão de um profissional da comunicação é um impedimento inaceitável à liberdade de expressão e implica que, apesar de o seu trabalho ser do interesse público, os jornalistas

²¹ Relatório do Relator Especial para a Promoção e Protecção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Sr. Abid Hussain, E/CN.4/2000/63, 18 de Janeiro de 2000.

²² Comentário Geral 34.

²³ (veja-se por exemplo *Amorim Giestas e Jesus Costa Bordalo c. Portugal*, Queixa n.º 37840/10, parágrafo 36).

têm uma espada de Dâmocles sobre as suas cabeças. Toda a sociedade sofre as consequências quando os jornalistas são amordaçados por pressões deste tipo. (...)

Consequentemente, a Assembleia adopta a posição de que as sentenças de prisão por difamação devem ser abolidas sem demora. Em particular exorta os estados cujas leis ainda preveem penas de prisão - embora as penas não sejam aplicadas na prática - a abolirem-nas sem demora para não dar nenhuma desculpa, por muito injustificada que fosse, àqueles países que continuam a aplicá-las, provocando assim uma corrosão das liberdades fundamentais.²⁴

O perigo da difamação criminosa, e um dos muitos motivos para que deva ser um assunto puramente civil, é que o envolvimento do Estado nas acções contra alegados difamadores faz resvalar a questão muito rapidamente para a punição da contestação. No mínimo dá uma protecção adicional e excessiva às autoridades e ao governo. Voltaremos mais tarde a este assunto.

Difamação civil

Existe amplo consenso em torno da ideia de que deve existir alguma espécie de reparação para quem acredita que a sua reputação foi injustamente danificada. Isso deve ocorrer através de um processo civil lançado pela pessoa que alega o dano à reputação.

Mas mesmo considerando este consenso, a prática real das leis de difamação levanta uma série de potenciais questões.

Pode uma afirmação verdadeira ser difamatória?

Posto desta forma, a resposta é clara. Naturalmente, quando falamos sobre proteger reputações, referimo-nos apenas a reputações que são merecidas. Por conseguinte, se uma afirmação for mesmo verdadeira, então não pode ser difamatória.

²⁴ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Resolução 1577 (2007), "Para a descriminalização da difamação".

Um político religioso e defensor da família está envolvido num caso extraconjugal. O político não deve poder processar por difamação. É certo que a exposição do caso danificaria a sua reputação - mas a reputação não era merecida.

Daí que provar a verdade de uma alegação deve sempre ser uma defesa absoluta para um processo de difamação.

O TEDH tem sempre defendido que uma afirmação verdadeira não pode ser legitimamente restringida para proteger a reputação de uma pessoa.

O que é reputação?

O conceito de "reputação" é pouco claro, talvez perigosamente, dado que pode ser usado como base para limitar direitos humanos. Por exemplo, como se relaciona com imagem pública ou celebridade? Uma figura pública tem maior reputação do que um comum membro do público? A reputação está relacionada com o número de pessoas que já ouviram falar de nós? Se a resposta for sim, então presumivelmente o prejuízo à reputação será muito maior para essas pessoas. Assim abre-se a possibilidade de abuso da legislação da difamação pelas figuras públicas.

Talvez uma melhor abordagem será ligar o conceito de "reputação" à dignidade humana. A legislação em matéria de direitos humanos tem como propósito a protecção da dignidade - em condições de igualdade para todos, celebridades ou não. Isto significa que uma pessoa comum, que apareceu pela primeira vez na comunicação social quando a sua reputação foi atacada, será tão digna de protecção como a figura pública cujas actividades são relatadas todos os dias.

E será a reputação um fenómeno objectivo?

E se uma afirmação for falsa? Se for prejudicial à reputação de alguém, significa automaticamente que é difamatória?

Nos últimos cinquenta anos, assistiu-se ao desenvolvimento da tendência de não penalizar a *publicação razoável* mesmo quando esta não é inteiramente verdadeira. O termo "publicação razoável" passa pela ideia de que o autor tomou medidas razoáveis para se certificar da exactidão do conteúdo da publicação - e também de que a publi-

cação se deu por uma questão de interesse público.

O TEDH remete frequentemente para o interesse público como factor a considerar contra restrições da liberdade de expressão, no momento de ponderar se determinada restrição é “necessária numa sociedade democrática.” Sublinha também muitas vezes a importância do papel dos *media* como “cão de guarda” da sociedade.²⁵

O argumento é que a liberdade da comunicação social seria obstruída - e o seu papel como “cão de guarda” subvertido - se fosse exigido aos jornalistas e editores que verificassem cada afirmação publicada de acordo com uma norma exigente de prova legal. É suficiente que a boa prática profissional seja aplicada, significando que foram feitos esforços razoáveis para verificar as afirmações publicadas. Os erros honestos dos jornalistas não devem ser penalizados de forma que limite a liberdade dos meios de comunicação.

Expressão de opiniões

Até agora a discussão centrou-se em afirmações factuais que podem ser difamatórias. E a expressão de opiniões?

O TEDH tem mantido uma posição bastante sólida sobre isso: ninguém pode ser impedido de expressar opiniões. Uma opinião é exactamente isso: é o ponto de vista do jornalista ou escritor, baseado na sua compreensão dos factos. É algo distinto dos factos em si.

No entanto, países com leis de “ofensa” podem penalizar estas expressões de opinião. Quando um militante político chamou o presidente francês de “pobre idiota”, foi considerado culpado de ofensa. O TEDH considerou que o seu direito à liberdade de expressão havia sido violado.²⁶

Tem de ser feita uma distinção cuidadosa entre factos e juízos de valor. A existência de factos pode ser demonstrada, enquanto os juízos de valor não são susceptíveis de prova. (...) No que se refere a juízos de valor, esta exigência [de provar a veracidade] é impossível de cumprir e infringe a própria liberdade de opinião (...).²⁷

²⁵ Por exemplo, *Sunday Times c. Reino Unido, Thorgeirson c. Islândia*.

²⁶ *Eon c. França*, Queixa n.º 26118/10, Acórdão de 13 de Março de 2013.

²⁷ *Lingens c. Áustria*, Acórdão de 8 de Julho de 1986, Série A n.º 103.

Existe o direito à reputação?

O artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à protecção da lei.

Esta ideia encontra-se espelhada em palavras idênticas no artigo 17º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (e portanto tem força de lei nos Estados signatários desse tratado).

Como já vimos, há também uma outra referência no artigo 19º do PIDCP à protecção “dos direitos e reputação de outrem” como fundamento legítimo para limitar a liberdade de expressão.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como já vimos, inclui também uma referência à “honra e direitos” como base legítima para limitações.

Nos últimos anos o Tribunal começou a encarar “honra e reputação” como direito substancial integrado no artigo 8º (como se a formulação desse artigo fosse a mesma utilizada no artigo 17º do PIDCP):

O Tribunal considera que a reputação de uma pessoa, mesmo se essa pessoa for criticada no contexto de um debate público, faz parte da sua identidade pessoal e integridade psicológica e consequentemente enquadra-se no âmbito da sua “vida privada”. Por conseguinte, aplica-se o artigo 8º.²⁸

Mais recentemente, o Tribunal modificou ligeiramente esta abordagem. Em *A. c. Noruega*, reconheceu que o artigo 8º não estabelece “expressamente” um direito à reputação. Neste caso concluiu que:

Para que o artigo 8º entre em jogo, o ataque à honra pessoal e reputação deve atingir um certo grau de gravidade e causar prejuízo ao usufruto pessoal do direito ao respeito pela vida privada.²⁹

²⁸ *Pfeifer c. Áustria*, Queixa N.º 12556/03, Acórdão de 15 de Novembro de 2007, parágrafo 35.

²⁹ *A. c. Noruega*, Queixa N.º. 28070/06, Acórdão de 12 de Novembro de 2009, parágrafo 64.

Em *Karako c. Hungria* o Tribunal sublinhou o mesmo, ao dizer que a difamação deve constituir “uma interferência tão grave sobre a vida privada que afecte a sua integridade pessoal”.³⁰

Qual é a maneira certa de lidar com a difamação?

Quando se verifica que uma pessoa foi difamada, ela tem claramente direito a uma compensação. O problema - e a razão para a grande notoriedade da legislação da difamação entre os jornalistas - é que as reparações aplicadas são frequentemente punitivas e desproporcionadas.

Já vimos que as sentenças de prisão por difamação criminosa são vistas como desproporcionadas pelo impacto que têm na liberdade de expressão. Do mesmo modo, as multas pesadas, seja em casos criminais ou civis, destinam-se mais a castigar o difamador do que a corrigir o dano sofrido pelo difamado.

As indemnizações absurdas concedidas em algumas jurisdições conduziram ao fenómeno do “turismo de difamação”, em que os queixosos procuram a jurisdição mais lucrativa para instaurarem os seus processos.

Sempre que possível, a compensação em casos de difamação deve ser não pecuniária e orientada directamente para a correcção do dano causado pela afirmação difamatória. Desde logo, poderia ser publicado um pedido de desculpas ou uma correcção.

A aplicação de uma compensação pode ser considerada como parte da avaliação da “necessidade” no teste de três partes para limitar a liberdade da expressão. Uma limitação proporcional - que pode ser justificada quando fica provada a difamação - é aquela que é a menos restritiva possível para atingir o objectivo de reparar uma reputação prejudicada.

As compensações pecuniárias - o pagamento de indemnizações - devem ser consideradas, conseqüentemente, apenas quando se verifica que os métodos menos severos são incapazes de reparar o mal causado. A compensação pelo dano causado (conhecida como indemnização pecuniária) deve basear-se em provas de que o dano aconteceu realmente.

³⁰ *Karako c. Hungria*, Queixa N.º 39311/05, Acórdão de 28 de Abril de 2009.

3. DIFAMAÇÃO E DEBATE PÚBLICO

Críticas às autoridades públicas

Historicamente, as leis de difamação têm concedido maior protecção às autoridades públicas. Em parte, fizeram isso através da noção de “ofensa”. As críticas dirigidas a um político ou outro detentor de cargo público é definida como uma “ofensa” à própria função. Em muitos países, esta protecção extra dos agentes públicos ainda continua até hoje.

Os detentores de cargos públicos gozam ainda, frequentemente, de outras vantagens. Podem ter acesso aos fundos do Estado - ou seja, ao dinheiro dos contribuintes - para financiar um processo por difamação. Podem existir penas mais pesadas para quem for condenado por difamar as autoridades públicas.

A jurisprudência internacional, contudo, tem-se movido decisivamente na direcção oposta. Há mais de um quarto de século que o TEDH defende que existem várias boas razões para que os agentes públicos gozem de *menos* protecção contra as críticas do que os outros:

A liberdade de imprensa proporciona ao público um dos melhores recursos para descobrir e formar uma opinião sobre as ideias e atitudes dos líderes políticos. Mais genericamente, a liberdade do debate político está no centro do conceito de uma sociedade democrática (...). Os limites da crítica aceitável são, portanto, mais amplos no que respeita a um político enquanto tal do que no que respeita a um indivíduo particular. Ao contrário do segundo, o primeiro coloca-se inevitável e conscientemente à mercê do escrutínio atento sobre cada palavra e acção (...) e deve, consequentemente, demonstrar um maior grau de tolerância.³¹

Este raciocínio do caso *Lingens* em 1986 tem surgido em vários acórdãos desde então:

- A liberdade do debate político é um valor democrático central e indispensável;
- Os limites da crítica a um político devem portanto ser mais amplos do que a um indivíduo particular;

³¹ *Lingens c. Áustria*.

- O político coloca-se deliberadamente nessa posição e deve portanto ser mais tolerante à crítica.

O [político] coloca-se inevitável e conscientemente à mercê do escrutínio atento tanto dos jornalistas como do público em geral sobre cada sua palavra e acção, e deve demonstrar um maior grau de tolerância, particularmente quando faz declarações públicas susceptíveis de crítica.³²

A doutrina de que os agentes públicos devem estar sujeitos a um limiar de prova mais elevado quando alegam difamação teve origem no Supremo Tribunal do Estados Unidos. No famoso caso *New York Times c. Sullivan*, o Tribunal concluiu:

os agentes públicos, a fim de sustentar um processo por difamação, devem provar a falsidade da afirmação alegadamente difamatória bem como a “má-fé”, isto é, que o réu publicou uma mentira com conhecimento de que era falsa ou com desrespeito imprudente sobre a sua veracidade ou falsidade.

O acórdão criticou a noção de que deve ser exigido aos réus em casos de difamação que provem a verdade das suas afirmações sobre agentes públicos:

Tal regra poderá dissuadir potenciais críticos da conduta oficial de expressar a sua crítica, mesmo que se acredite ser verdadeira e apesar de ser de facto verdadeira, pela dúvida de conseguirem prová-lo em tribunal, ou por receio da despesa de terem de fazê-lo. Tendem a fazer apenas as declarações que se afastem mais do campo ilícito. Assim, esta regra refreia o vigor e limita a variedade do debate público (...)³³

Num caso posterior, o Supremo Tribunal alargou o âmbito da decisão *Sullivan* para todas as “figuras públicas”, baseando-se no facto de que as figuras públicas têm acesso à comunicação social para refutar declarações falsas.³⁴

³² *Oberschlick c. Áustria*, Acórdão de 23 de Maio, Série A n.º 204.

³³ *New York Times c. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

³⁴ *Gertz c. Robert Welch Inc.*, 418 US 323 (1974).

PONTOS PARA DISCUSSÃO:

Será realmente verdade que todas as figuras públicas “se expuseram voluntariamente” a falsidades difamatórias? Se a nossa profissão escolhida for ser actor - ou mesmo advogado de renome - isso significa que somos um alvo legítimo? Quais são os argumentos a favor e contra?

O raciocínio no caso *Sullivan*, embora seja um precedente obrigatório obviamente apenas nos Estados Unidos, foi influente em posteriores julgamentos de casos de difamação, não apenas nas jurisdições de *common law* como Inglaterra, Índia e África do Sul, mas também nas Filipinas e na Europa. O argumento dos tribunais nos Estados Unidos sobre o ónus da prova ser imposto ao queixoso *não* foi bem aceite, de modo geral. Mas o argumento sobre uma maior amplitude para criticar figuras públicas foi.

Embora o padrão de “má-fé” seja ligeiramente diferente, está intimamente relacionado com o padrão de “razoabilidade” para a publicação que vimos antes.

O TEDH foi influenciado pela jurisprudência dos Estados Unidos em matéria de liberdade de expressão, embora raras vezes acompanhe inteiramente o seu raciocínio. Onde há claramente pontos em comum, no entanto, é na margem adicional que é dada à crítica não só dos agentes públicos e dos políticos, mas especificamente do governo:

Os limites da crítica permissível são mais amplos no que respeita ao governo do que em relação a um cidadão particular, ou mesmo a um político. Num sistema democrático, as acções ou omissões do governo devem estar sujeitas ao escrutínio atento, não apenas das autoridades legislativas e judiciais, mas também da imprensa e da opinião pública. Além disso, a posição dominante que o governo ocupa obriga-o a demonstrar contenção no recurso aos processos penais, particularmente quando tem ao seu dispor outros meios para responder a ataques injustificados e críticas dos seus adversários ou dos meios de comunicação.

Embora o TEDH não tenha dado esse passo, a posição razoável é que “o governo” enquanto entidade não deveria ter legitimidade para mover um processo por difamação. O governo é uma instituição, não uma pessoa,

e como tal não goza de direito à reputação. Em *Romanenko c. Rússia* o Tribunal afirmou que podiam existir boas razões para isso em termos políticos, mas não se pronunciou sobre o assunto.³⁵

Num caso britânico histórico, a Câmara dos Lordes declarou:

É da mais elevada importância pública que um organismo governamental democraticamente eleito, ou mesmo qualquer organismo governamental, esteja aberto à crítica pública sem restrições. A ameaça de uma acção cível por difamação deve inevitavelmente ter um efeito inibidor na liberdade de expressão (...). O que foi descrito como “efeito inibidor” induzido pela ameaça de acções cíveis por calúnia é muito importante. Com bastante frequência sabe-se que os factos que justificariam uma publicação difamatória são verdadeiros, mas não existem provas admissíveis disponíveis para provar esses factos. Isso pode impedir a publicação de matérias que é muito desejável trazer a público.³⁶

O TEDH admitiu a possibilidade de organismos empresariais processarem por difamação. No caso *Jerusalem*, duas associações austríacas processaram um vereador do governo local por difamação por descrevê-las como “seitas”. No entanto, o Tribunal determinou que tinha ocorrido uma infracção dos direitos do vereador, no âmbito do artigo 10º:

No presente caso, o Tribunal observa que a IPM e a VPM eram associações activas num sector de interesse público, nomeadamente das políticas anti-droga. Elas participaram nas discussões públicas sobre esta matéria e, como o governo reconheceu, cooperaram com um partido político. Uma vez que as associações eram activas desta forma no domínio público, deveriam ter demonstrado um nível mais elevado de tolerância à crítica quando os oponentes apreciaram os seus objectivos, assim como aos meios utilizados nesse debate.³⁷

³⁵ *Romanenko c. Rússia*, Queixa n.º 11751/03, Acórdão de 8 de Outubro de 2009.

³⁶ *Conselho do Condado de Derbyshire c. Times Newspapers Ltd*, [1992] 3 All ER 65 (CA), afirmado [1993] 2 WLR 449.

³⁷ *Jerusalem c. Áustria*, Queixa n.º 26958/95, Acórdão de 27 de Fevereiro de 2001.

PONTO PARA DISCUSSÃO:

No famoso caso “McLibel” (“McDifamação”), a empresa de *fast food* McDonald’s processou dois activistas ambientais britânicos por calúnia, por distribuírem um panfleto em que criticavam as práticas de fornecimento de carne da empresa. Os dois activistas não tiveram representação legal durante a maior parte do processo - uma vez que o apoio jurídico gratuito não existe para casos de difamação - num caso que se tornou o mais longo do seu género em toda a história jurídica britânica.

A McDonalds ganhou - e os activistas levaram o caso ao TEDH. O Tribunal entendeu que houve uma violação do artigo 10º devido a uma falta de equidade processual e a uma excessiva concessão de indemnização. Não houve “igualdade de armas” entre as partes.³⁸

Uma questão a abordar aqui seria, em primeiro lugar, se as empresas deveriam poder apresentar processos por difamação. Terá o McDonald’s o mesmo “direito à reputação” que uma pessoa individual? Quais os argumentos a favor e contra?

Protecção do discurso político

O raciocínio no caso *Jerusalem* reflecte uma questão mais ampla frequentemente encontrada em acórdãos do TEDH referentes ao artigo 10º: a importância da liberdade do discurso político. Recorde-se a anterior discussão sobre a importância da liberdade de expressão não apenas como direito individual, mas também devido aos benefícios sociais da livre circulação de informação.

“O debate político livre está no centro do conceito de uma sociedade democrática”, concluiu o Tribunal num dos seus históricos acórdãos sobre o artigo 10º.³⁹ Como aprofundou num acórdão mais recente:

O Tribunal sublinha que a promoção do debate político livre é uma característica muito importante de uma sociedade democrática. Atribui a maior importância à liberdade de expressão no contexto do debate político e considera que são necessárias razões muito fortes para justificar restrições ao discurso político. Permitir limitações genéricas ao discurso político em casos individuais afectaria

³⁹ *Lingens c. Áustria*.

sem dúvida o respeito pela liberdade de expressão em geral no Estado em questão (...).⁴⁰

Este princípio é considerado tão fundamental que pode ser encontrado nos acórdãos de tribunais de instância superior na Europa e em outros lugares. O Tribunal Constitucional de Espanha sublinhou a importância da liberdade de expressão política:

O artigo 20º da Constituição [sobre liberdade de expressão] (...) garante a manutenção de uma comunicação política livre, sem a qual outros direitos garantidos pela Constituição não teriam conteúdo, as instituições representativas seriam reduzidas a invólucros vazios, e o princípio da legitimidade democrática (...), que é a base para toda a nossa ordem jurídica e política, seria completamente falsa.⁴¹

A verdadeira democracia apenas pode prosperar com o livre intercâmbio de ideologias e filosofias concorrentes - políticas, económicas e sociais - e aqui a imprensa tem um papel importante a desempenhar. No dia em que este intercâmbio termine, está anunciada a morte da democracia.⁴²

A liberdade de discurso e de expressão consiste, antes de mais, não só na liberdade do cidadão para falar e escrever o que quiser, mas também na liberdade do público de ouvir e ler aquilo que necessita (...). O pressuposto básico de um sistema democrático é que o governo se baseia no consentimento do governado. O consentimento do governado não implica apenas que o consentimento será livre mas também que estará fundamentado em adequada informação e discussão, ajudadas pela disseminação de informação mais ampla possível de fontes diversas e antagónicas (...)

(...) Deve existir uma publicação sem entraves de notícias, pontos de vista e opiniões dos partidos políticos que criticam as acções do governo e expõem a sua fragilidade. O governo deve ser impedido de impor-se como guardião da mente pública.⁴³

⁴⁰ *Feldek c. Eslováquia*, Queixa n.º 29032/95, Acórdão de 12 de Julho de 2001.

⁴¹ *Proceso Voz de España*, STC de Junho de 81, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 2, 128, parágrafo 3.

⁴² Tribunal Superior de Bombaim, Binod Rao c. M R Masani (1976) 78 Bom. LR 125.

⁴³ *M Joseph Perera & Ors c. Procurador Geral*, Queixas n.º 107-109/86, (SC) Acórdão de 25 de Maio de 1987.

Imunidade parlamentar e publicação de declarações feitas no parlamento

Quase todos os sistemas legais preveem conceitos de imunidade para declarações feitas na legislatura, e habitualmente também em outros organismos semelhantes (como parlamentos regionais ou autarquias locais). A finalidade, claramente, é proteger a liberdade do debate político.

Este privilégio estende-se à publicação do que é dito no parlamento (ou nos outros órgãos cobertos pelo mesmo privilégio). Por conseguinte, como princípio geral, um membro do parlamento não poderá ser acusado de calúnia por uma afirmação difamatória feita na assembleia, nem um jornalista que reporte essa afirmação.

O TEDH tem sido geralmente muito firme na defesa do princípio da imunidade parlamentar em casos de difamação. Num caso do Reino Unido, um membro do parlamento havia proferido uma série de afirmações muito críticas sobre uma sua própria eleitora. O deputado forneceu o nome e o endereço da eleitora e em resultado disso ela foi alvo de correspondência insultuosa, bem como de cobertura mediática bastante negativa. O Tribunal rejeitou a consideração de que os direitos da eleitora tinham sido violados, nos termos do n.º 1 do artigo 6º (o direito a ter uma queixa civil apreciada por um juiz), uma vez que a protecção da imunidade parlamentar era “necessária numa sociedade democrática.”⁴⁴

Tendo em conta o que precede, o Tribunal acredita que uma regra de imunidade parlamentar, que é consistente com e reflecte regras geralmente reconhecidas nos Estados signatários no Conselho da Europa e na União Europeia, não pode por princípio ser considerada como impondo uma limitação desproporcional ao direito de acesso a um tribunal, conforme previsto no número 1 do artigo 6º (...).⁴⁵

No caso *Jerusalem* da Áustria, o Tribunal considerou que o queixoso tinha imunidade, mesmo tendo as afirmações alegadamente difamatórias sido feitas numa reunião da Câmara Municipal de Viena e não no parlamento. Tal foi justificado nos seguintes termos:

⁴⁴ A. c. *Reino Unido*, Queixa n.º 35373/97, Acórdão de 17 de Dezembro de 2002.

⁴⁵ *Ibid.*, parágrafo 83.

Neste contexto, o Tribunal recorda que se a liberdade de expressão é importante para todos, é especialmente importante para um representante eleito do povo. Ele ou ela representam o eleitorado, atraem atenção para as suas preocupações e defendem os seus interesses. Em conformidade, as interferências com a liberdade de expressão de um membro da oposição no parlamento, como o queixoso, exigem o escrutínio mais atento da parte do Tribunal (...).⁴⁶

Privacidade de figuras públicas

A privacidade de figuras públicas é uma consideração por vezes usada para limitar as reportagens da comunicação social. Isto é, naturalmente, bastante distinto da reputação, mas na prática pode por vezes interligar-se.

A privacidade é protegida explicitamente sob o artigo 8º da CEDH - e assim insere-se no âmbito dos “direitos e reputações de outrem”.

Como vimos anteriormente, o TEDH tem sublinhado com frequência que as figuras públicas devem estar sujeitas a uma maior latitude de críticas do que os outros. Também nos questionámos o que constitui uma figura pública. Isso incluiria certamente os políticos. Mas incluirá, por exemplo, os familiares dos políticos? Ou ainda outros indivíduos envolvidos em privado com políticos (em casos extraconjugais, talvez)?

O TEDH apreciou o caso de um jornal austríaco que havia sido penalizado por violar a privacidade de um político. Tinha publicado uma fotografia dele a acompanhar um artigo que alegava que alguns dos seus rendimentos tinham sido obtidos ilicitamente. Os tribunais nacionais tinham considerado que, embora o político fosse um membro do parlamento, não era bem conhecido do público. O jornal violava a sua privacidade ao publicar uma fotografia dele *no contexto de alegações críticas*.

Sem surpresas, considerando a sua anterior jurisprudência, o Tribunal entendeu que os direitos do jornal garantidos pelo artigo 10º tinham sido infringidos.⁴⁷

⁴⁶ *Jerusalem c. Áustria*, parágrafo 36.

⁴⁷ *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Áustria*, Queixa n.º 35373/97, Acórdão de 26 de Fevereiro de 2002.

Ofensa às instituições

O princípio de que o discurso político deve ser protegido está bem consolidado, tanto ao nível europeu como em muitas jurisdições nacionais. É curioso, então, que continue a coexistir com a noção de que é possível difamar ou insultar cargos, instituições ou até símbolos.

Deve o Presidente da França ser entendido como político (e portanto ser obrigado a tolerar mais a crítica do que uma pessoa comum)? Ou é um símbolo nacional ou cargo (beneficiando portanto de maior protecção)? A lei francesa de imprensa, de 1881, estabeleceu a protecção da presidência como um símbolo.

Em 2008, o agricultor francês e activista político Hervé Eon acenou um pequeno cartaz, enquanto um grupo, que incluía o Presidente Nicolas Sarkozy, se aproximava. No cartaz podia ler-se: "Casse-toi pauv' con" ("Desaparece, pobre idiota"). As palavras tinham sido previamente ditas por Sarkozy a um agricultor que recusou apertar-lhe a mão numa feira agrícola.

Eon foi acusado ao abrigo do artigo 26º da lei de 1881. Sob esta acusação não é possível alegar a veracidade da afirmação (ao contrário de um caso normal de difamação). Por outro lado, é necessário estabelecer a *mens rea* do delito, ou seja, provar que o acusado agiu de má-fé. Eon foi condenado e foi imposta uma pena de multa suspensa. Depois de vários apelos sem sucesso nos tribunais nacionais, o caso chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

O TEDH decidiu a favor de Eon. Concluiu que "não se pode dizer que a repetição da frase expressa previamente pelo Presidente tenha atingido a vida privada ou a honra deste último, ou que tenha constituído meramente um ataque pessoal gratuito contra ele (...). A intenção do queixoso foi a de tecer crítica pública de natureza política ao chefe de Estado".⁴⁸

O Tribunal considera que as penas criminais por conduta como a do queixoso no caso em apreço têm provavelmente um efeito inibidor nas formas satíricas de expressão relacionadas com assuntos da actualidade. Tais formas de expressão podem em si mesmas desempenhar um papel muito importante na discussão aberta das ma-

⁴⁸ *Eon c. França*, parágrafos 57-58.

térias de interesse público, uma característica indispensável numa sociedade democrática (...).⁴⁹

Infelizmente, no caso *Eon* o TEDH não foi tão longe quanto tinha ido anteriormente no processo francês *Colombani*. Neste último, a questão era a secção da Lei de Imprensa que criminaliza a ofensa ao chefe de estado estrangeiro. Um jornalista do jornal *Le Monde* tinha sido condenado por insultar o Rei de Marrocos num artigo sobre o tráfico de drogas nesse país, baseado num relatório oficial.

Os tribunais franceses foram bastante críticos do facto de a reportagem do *Le Monde* se limitar a reproduzir o conteúdo do relatório oficial em que se baseava, sem uma tentativa separada de verificar as suas alegações. O TEDH afirmou que isso não era razoável - a imprensa tinha o direito de considerar tais documentos credíveis e de não ser obrigada a confirmar cada alegação.

O Tribunal concluiu que o delito de ofensa a líderes estrangeiros:

(...) é conferir um estatuto legal especial aos chefes de Estado, protegendo-os de crítica em razão da sua função ou cargo, independentemente do mérito da crítica. Isso, na opinião do Tribunal, é equivalente a conferir aos chefes de Estado um privilégio especial que não pode ser conciliado com a prática e as concepções políticas modernas. Qualquer que seja o óbvio interesse que cada Estado tem em manter relações amigáveis baseadas na confiança com os líderes de outros Estados, tal privilégio excede o que é necessário para atingir aquele objectivo.⁵⁰

Numa opinião parcialmente divergente no processo *Eon*, o Juiz Power-Forde, da Irlanda, entendeu que deveria ter sido aplicada uma fundamentação semelhante. O Tribunal não recorreu à argumentação do processo *Colombani* porque esse envolvia a liberdade de imprensa, o que não era o caso em *Eon*. Mas o Juiz Power-Forde argumentou que se aplicavam princípios idênticos, em relação à ultrapassada e injustificada protecção de chefes de Estado contra críticas firmes.⁵¹

⁴⁹ Ibid., parágrafos 60-61.

⁵⁰ *Colombani c. França*, Queixa n.º 51279/99, Acórdão de 25 de Junho de 2002, parágrafos 66-68.

⁵¹ *Eon c. França*, Juiz Power-Forde, voto parcialmente divergente.

Em outro caso que envolvia uma ofensa a um chefe de Estado, o TEDH foi bastante firme ao decidir que o artigo 10º havia sido violado. O processo de *Otegi Mondragon* era espanhol, onde o chefe de Estado, o monarca, não é um político mas desempenha um papel constitucionalmente neutro.

Neste caso, Mondragon, um político nacionalista basco, havia sido acusado de ofensas ao Rei Juan Carlos, quando o identificou como chefe de um Estado responsável por torturar nacionalistas bascos e conceder imunidade a torturadores. Embora absolvido por um tribunal basco, uma instância superior condenou-o e sentenciou-o a um ano de prisão, removendo também o seu direito a candidatar-se a eleições.

O TEDH, num acórdão muito assertivo, reiterou a sua argumentação num processo turco anterior (*Pakdemirli*)⁵² e decidiu a favor de Otegi Mondragon:

(...) o facto de o rei ocupar uma posição neutra no debate político, e de agir como árbitro e símbolo da unidade do Estado, não o deve proteger de toda a crítica no exercício dos seus deveres oficiais ou - como no caso em apreço - na sua qualidade de representante do Estado que simboliza, em particular por parte de pessoas que desafiam de maneira legítima as estruturas constitucionais do Estado, incluindo a monarquia (...). O facto de o rei ser “inimputável” ao abrigo da Constituição espanhola, particularmente no que diz respeito ao direito criminal, não deve em si mesmo actuar como uma barreira ao debate livre sobre a sua possível responsabilidade institucional, ou mesmo simbólica, na sua posição como chefe de Estado, nos limites do respeito pela sua reputação pessoal.⁵³

À imprensa como “cão de guarda público”

Num acórdão com mais de 20 anos, o TEDH levou mais além a noção de protecção do discurso político.

O caso dizia respeito a um escritor islandês chamado Thorgeir Thorgerirson, que tinha escrito artigos de imprensa sobre brutalidade policial contra suspeitos. Foi condenado nos tribunais nacionais sob acusação de difamar membros das forças policiais de Reiquejavique.

⁵³ *Otegi Mondragon c. Espanha*, Queixa n.º 2034/07, Acórdão de 15 de Março de 2011, parágrafo 56.

Quando o caso chegou ao Tribunal Europeu, os advogados do governo islandês argumentaram, entre outras coisas, que este processo se distinguiu de anteriores processos apreciados pelo TEDH (como em *Lingens*) porque não se referia a discurso *político*, que o Tribunal havia estabelecido como especialmente protegido.

O Tribunal não se deixou convencer com este argumento e usou o seu acórdão para desenvolver uma nova doutrina, que veio a ser referenciada em vários processos subsequentes. Falou da importância do papel dos meios de comunicação como “cão de guarda” em matérias de importância - não apenas políticas, mas também outras matérias de interesse público, tais como as mencionadas nos artigos de *Thorgeirson*:

Embora a imprensa não deva ultrapassar os limites estabelecidos, *inter alia*, para “a protecção da reputação de (...) outrem”, sobre ela recai, no entanto, a incumbência de transmitir informação e ideias sobre matérias do interesse público. Não só tem a tarefa de transmitir tais informações e ideias: o público tem também o direito de recebê-las. De outra forma, a imprensa seria incapaz de desempenhar o seu papel vital de “cão de guarda público” (...).⁵⁴

Num outro caso, quase contemporâneo de *Thorgeirson*, foi solicitada a apreciação do Tribunal sobre um processo que envolvia um dossiê de imprensa sobre alegada crueldade na caça à foca da Noruega. A reportagem, no jornal *Bladet Tromso*, apoiava-se fortemente em revelações de um relatório oficial não publicado, escrito pelo jornalista Odd Lindberg. O jornal e o seu editor foram processados por difamação por membros da tripulação de uma embarcação cujas práticas eram descritas no relatório de Lindberg. O Tribunal decidiu num tom muito semelhante ao acórdão de *Thorgeirson*:

Tendo em consideração os vários factores que limitam o dano provável à reputação individual do caçador de focas e a situação tal como se apresentou ao *Bladet Tromso* na altura devida, o Tribunal entende que o jornal podia confiar de forma razoável no relatório oficial de Lindberg, sem que lhe fosse exigido realizar a sua própria pesquisa sobre a exactidão dos factos relatados. Não vê nenhuma razão para duvidar que o jornal agiu de boa-fé a este respeito.⁵⁵

⁵⁴ *Thorgeirson c. Islândia*, parágrafo 63.

⁵⁵ *Bladet Tromso e Stensaas c. Noruega*, Queixa n.º 21980/93, Acórdão de 20 de Maio de 1999.

Quanto à publicação de alegações vistas como prejudiciais à reputação de alguns membros da tripulação, a argumentação do Tribunal articulou-se (como habitualmente nestes casos) em torno de perceber se as limitações da liberdade de expressão que resultam dos processos de difamação eram “necessárias numa sociedade democrática”. Ao fazê-lo, teve em consideração o enorme interesse público envolvido neste caso - embora não necessariamente favorável à linha editorial seguida pelo *Bladet Tromsø*:

[O] Tribunal deve ter em conta o contexto geral em que foram feitas as declarações em questão. Assim, o conteúdo dos artigos contestados não pode ser analisado isoladamente da controvérsia que a caça à foca representava na época na Noruega e em Tromsø, o centro desse comércio na Noruega. Deverá igualmente recordar-se que o artigo 10º se aplica não somente à informação ou às ideias que são recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer segmento da população (...).⁵⁶

[P]arece que a essência dos artigos contestados não era primeiramente acusar determinados indivíduos de cometerem infracções contra as leis da caça à foca ou crueldade contra animais (...). Os artigos contestados faziam parte de um debate contínuo de interesse evidente para o público local, nacional e internacional, em que foram relatadas as opiniões de uma vasta selecção de partes interessadas.⁵⁷

Sobre os factos do presente caso, o Tribunal não pode concluir que o interesse inquestionável dos membros da tripulação em proteger a sua reputação era suficiente para compensar o interesse público vital em assegurar um debate público informado sobre uma matéria de interesse local e nacional, bem como internacional.⁵⁸

Um dos pontos particulares de interesse deste caso concreto, no entanto, é que uma minoria do comité de juízes discordou fortemente

⁵⁶ Ibid., parágrafo 62.

⁵⁷ Ibid., parágrafo 63.

⁵⁸ Ibid., parágrafo 73.

da decisão. A opinião divergente concluiu que o acórdão passava uma má mensagem aos *media* europeus, encorajando-os a ignorar princípios éticos básicos da profissão.

PONTOS PARA DISCUSSÃO:

O que é o interesse público? De que forma difere do que interessa ao público? Como se poderia construir um argumento de “interesse público” na defesa de uma história sobre, por exemplo, escândalos na vida privada de um político?

Difamação religiosa

Muitos estados europeus têm leis que proíbem a difamação de religiões, enquanto no *common law* existe o crime de difamação blasfema.

Devido à doutrina da “margem de apreciação”, o TEDH tem sido muito relutante em decidir contra os estados em matérias de blasfémia e difamação de religiões. Porque isto recai no âmbito da “moral pública”, o Tribunal declina frequentemente interferir nas decisões tomadas a nível nacional:

A ausência de uma concepção europeia uniforme acerca das exigências da protecção dos direitos de outros com relação aos ataques às suas convicções religiosas aumenta a margem de apreciação dos Estados signatários, ao regular a liberdade de expressão em relação a questões susceptíveis de ofender as convicções íntimas de pessoas no âmbito da esfera da moral ou da religião (...).⁵⁹

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos aplica uma doutrina de “margem de apreciação”. Refere-se à flexibilidade permitida aos estados na aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A margem nos casos que envolvem discurso político, por exemplo, será muito pequena porque esse é considerado um valor comum de grande importância. A amplitude será consideravelmente maior para casos que envolvem a “moral pública” porque esta é uma área de diferença cultural mais significativa entre países europeus.

⁵⁹ *Giniewski c. França*, Queixa n.º 64016/00, Acórdão de 31 de Janeiro de 2006, parágrafo 44.

Em casos recentes, contudo, o Tribunal tem estado relutante em decidir se uma religião foi difamada. Num caso francês, em que um escritor publicou um artigo que fazia uma análise crítica à doutrina Católica Romana e a relacionava ao anti-semitismo e ao Holocausto, o Tribunal entendeu que um veredicto de difamação religiosa era uma violação do artigo 10º. Embora invocando a doutrina da margem de apreciação, o Tribunal sublinhou ainda assim a importância da aplicação liberal do artigo 10º em matérias de interesse público geral (em que o Holocausto inquestionavelmente se inclui):

Ao considerar os efeitos prejudiciais de uma determinada doutrina, o artigo em questão contribuiu para uma discussão sobre as várias razões possíveis por trás da exterminação dos judeus na Europa, uma questão de interesse público inquestionável numa sociedade democrática. Em assuntos desta natureza, as limitações à liberdade de expressão devem ser interpretadas estritamente. Embora a questão levantada no caso em apreço se refira a uma doutrina sustentada pela Igreja Católica, portanto uma matéria religiosa, uma análise do artigo em questão revela que não contém ataques a crenças religiosas enquanto tal, mas um ponto de vista que o queixoso pretende exprimir enquanto jornalista e historiador. Neste contexto, o Tribunal considera essencial numa sociedade democrática que possa ocorrer livremente um debate sobre as causas dos actos de particular gravidade que constituem crimes contra a Humanidade (...).⁶⁰

Num caso da Eslováquia, um escritor publicou um artigo em que criticava o líder da Igreja Católica nacional por apelar à proibição de um cartaz de um filme, e depois à proibição do próprio filme, por razões de ordem moral. O escritor foi condenado pela ofensa de "difamação da nação, raça e credo", com o fundamento que criticar o líder da igreja seria equivalente a difamar a própria religião. O TEDH rejeitou esta argumentação e considerou que estava perante uma violação do artigo 10º:

A opinião pejorativa e assertivamente expressa pelo queixoso estava exclusivamente relacionada com a pessoa de um alto representante da Igreja Católica na Eslováquia. Contrariamente às conclusões dos tribunais nacionais,

⁶⁰ Ibid., parágrafo 51.

este Tribunal não foi persuadido de que com as suas afirmações o queixoso desacreditou e denegriu um sector da população pela sua fé católica.

[...] O facto de que alguns membros da Igreja Católica poderão ter-se ofendido pela crítica do queixoso ao Arcebispo, e pela sua afirmação de que não entende como os católicos decentes não abandonam aquela igreja desde que é dirigida pelo Arcebispo J. Sokol, não pode afectar a posição. O Tribunal aceita o argumento do queixoso de que o artigo nem interferiu impropriamente com o direito dos crentes à expressão e exercício da sua religião, nem denegriu o conteúdo da sua fé religiosa (...).⁶¹

Estes casos recentes contrastam com as decisões anteriores do TEDH. Num processo austríaco, o Tribunal rejeitou concluir que a apreensão de um filme considerado ofensivo para os católicos era uma violação do artigo 10º. No exercício do seu direito à liberdade de expressão, as pessoas tinham uma

obrigação de evitar tanto quanto possível expressões gratuitamente ofensivas para outros, representando, portanto, uma infracção dos seus direitos, e que não contribuem para qualquer tipo de debate público capaz de promover o progresso dos assuntos humanos. Assim sendo, por princípio pode ser considerado necessário em determinadas sociedades democráticas sancionar ou mesmo prevenir ataques impróprios dirigidos a objectos de adoração religiosa, desde que quaisquer “formalidades”, “condições”, “limitações” ou “penas” impostas sejam sempre proporcionais ao objectivo legitimamente procurado.⁶²

O Tribunal chegou a uma conclusão semelhante num processo britânico que envolvia uma curta-metragem com conteúdo erótico, proibida por ser acusada do delito criminal de difamação blasfema.⁶³

⁶¹ *Klein c. Eslováquia*, Queixa n.º 72208/01, Acórdão de 31 de Outubro de 2006, parágrafos 51-52.

⁶² *Otto-Preminger-Institut c. Áustria*, Queixa n.º 13470/87, Acórdão de 20 de Setembro de 1994, parágrafo 49.

⁶³ *Wingrove c. Reino Unido*, Queixa n.º 17419/90, Acórdão de 25 de Novembro de 1996.

4. TIPOS DE MATERIAL DIFAMATÓRIO

Opiniões contra factos

Já discutimos como uma defesa de verdade deve ser absoluta em casos de difamação. Isto é, se eu escrever que o ministro desviou fundos, então não o posso ter difamado se puder demonstrar que é verdade.

Mas e se a minha afirmação alegadamente difamatória não é um facto que pode ser provado ou refutado, mas uma opinião? E se eu chamar ao ministro “pobre idiota” (recorrendo a um exemplo aleatório)?

O processo daí resultante não irá certamente centrar-se em provar se o queixoso é ou não “um pobre idiota”. Ele irá argumentar que eu o insultei gratuitamente. Se o caso alguma vez chegar ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, é mais provável que seja defendida a minha liberdade de expressão do que o seu direito à reputação. (O Tribunal provavelmente concluirá que, como político, ele deve estar preparado para tolerar tais insultos. E se, como no exemplo de Sarkozy, for uma frase que ele mesmo tenha utilizado, os juízes poderão também, na sua maneira ponderada, dizer ao ministro que tenha um pouco de sentido de humor.)

O TEDH tem uma longa e estabelecida doutrina que distingue entre factos e juízos de valor:

Tem de ser feita uma distinção cuidadosa entre factos e juízos de valor. A existência de factos pode ser demonstrada, enquanto os juízos de valor não são susceptíveis de prova. (...) No que se refere a juízos de valor, esta exigência [de provar a sua veracidade] é impossível de cumprir e infringe a própria liberdade de opinião (...).⁶⁴

Isto foi aprofundado no processo *Thorgeirson*, já mencionado. Não foi Thorgeirson, o jornalista islandês que escreveu sobre brutalidade policial, a documentar ele mesmo essas situações, mas comentou sobre outros relatos de violência policial. Ainda que alguns dos indícios em que Thorgeirson baseou a sua argumentação se tenham revelado incorrectos, outros eram verdadeiros. O facto de que este assunto era

⁶⁴ *Lingens c. Áustria*, parágrafo 46.

também uma matéria de considerável interesse público significava que o ónus de estabelecer uma ligação entre o seu juízo de valor e os factos subjacentes era leve.

Assim, se eu chamasse “corrupto” ao ministro, isso seria difamatório? Uma opção ao meu dispor seria obviamente provar que isso é factualmente verdadeiro (manipulou as suas despesas). Mas se existem outros relatos sobre o desvio de dinheiro, eu poderei alegar que a minha opinião de que ele é corrupto é um juízo de valor com uma base factual - sem ter de provar a sua veracidade.

Humor

Quando Hervé Eon criou o seu cartaz insultuoso, o objectivo do seu conteúdo não era insultar gratuitamente o presidente francês. Era uma repetição das palavras que o próprio Sarkozy tinha usado. Uma vez que a generalidade do público reconheceu as palavras, a sua repetição foi humorística. O Presidente Sarkozy claramente não percebeu a piada, nem os tribunais franceses. Mas o Tribunal Europeu, nesta ocasião, percebeu.

A frequência com que as figuras públicas parecem perder o seu sentido de humor é surpreendente. Um artigo num jornal austríaco reflectiu de forma satírica sobre a angústia nacional em torno do seu campeão nacional de esqui, Hermann Maier, que tinha fracturado uma perna num acidente de trânsito. A única excepção, de acordo com este artigo, era o seu amigo e rival Stefan Eberharter, cuja reacção foi: “Boa, agora finalmente vou ganhar alguma coisa. Espero que aquele cão rançoso tropece nas muletas e parta a outra perna também.”⁶⁵

Seguiu-se uma série de desenvolvimentos cada vez mais incríveis:

- Sozinho em toda a Áustria, Eberharter não se apercebeu que isto era uma piada.
- Dirigiu-se a um advogado que não lhe disse para ir para casa arranjar o que fazer.
- O advogado levou o processo a tribunal, onde Eberharter ganhou uma acção por difamação contra o jornal.
- O Tribunal de Recurso de Viena manteve a decisão.

⁶⁵ *Nikowitz c. Áustria*, Queixa n.º 5266/03, Acórdão de 22 de Fevereiro de 2007, parágrafo 6.

O julgamento no TEDH foi um dos mais curtos de sempre. A sua conclusão pode ser resumida por “É uma piada!”:

O artigo, como já era evidente pelos seus títulos e pela legenda ao lado da fotografia do Sr. Maier, foi escrito num estilo irónico e satírico e era suposto ser um comentário humorístico. Não obstante, procurou fazer uma contribuição crítica a uma matéria de interesse geral, a saber, a atitude da sociedade para com uma estrela desportiva. O Tribunal não ficou convencido pela argumentação dos tribunais domésticos e do governo de que o leitor comum seria incapaz de apreender o carácter satírico do texto e, particularmente, o elemento humorístico do excerto contestado sobre o que o Sr. Eberharter poderia ter dito mas não disse realmente.⁶⁶

O Tribunal concedeu todas as compensações e custas reclamados.

Esta não foi a primeira nem a última vez que um queixoso numa acção por difamação consegue prejudicar a sua própria reputação.

O TEDH tem mantido consistentemente a posição de permitir uma maior margem de manobra para o comentário humorístico e satírico. No processo *Klein*, já visto anteriormente no contexto da difamação religiosa, contou significativamente a favor do jornalista o facto de o artigo que criticava o arcebispo católico ter sido concebido como uma piada intelectual elaborada.

No entanto, a simples publicação numa revista satírica de uma alegada difamação não é suficiente para protegê-la. Num processo romeno, um político chamado *Petrina* apelou com sucesso ao TEDH, alegando que os seus direitos ao abrigo do artigo 8º tinham sido violados pela falsa afirmação de que ele era um antigo membro da notória polícia secreta comunista, a *Securitate*. O facto de a publicação ter ocorrido numa revista satírica foi irrelevante. A mensagem do artigo era “clara e directa, desprovida de qualquer elemento irónico ou humorístico.”⁶⁷

Esta margem de manobra geral para o humor e a sátira aplica-se a outra escrita criativa. Em dois casos turcos, *Karatas* e *Alinak*, o Tribu-

⁶⁶ Ibid., parágrafo 25.

⁶⁷ “[C]lair et direct, dépourvu de tout élément ironique ou humoristique.” *Petrina c. Roumélie*, Queixa n.º 78060/01, Acórdão de 14 de Outubro de 2008, parágrafo 44.

nal entendeu que material que poderia noutras circunstâncias ser visto como fundamento legítimo para restringir a liberdade de expressão (nestas situações, incitação à violência) era admissível devido ao seu contexto artístico. Num outro caso que envolvia um alegado ataque à reputação, o Tribunal esteve preparado para ser mais tolerante com uma criação artística:

O Tribunal entende que tal representação constitui uma caricatura das pessoas envolvidas utilizando elementos satíricos. Observa que a sátira é uma forma de expressão artística e comentário social e, pelas suas características inerentes de exagero e distorção da realidade, pretende naturalmente provocar e agitar. Em conformidade, toda a interferência com o direito de um artista a tal expressão deve ser examinada com particular cuidado.⁶⁸

Esta margem de manobra não é, porém, ilimitada. Em *Lindon, Otchakovsky-Laurens e July*, o Tribunal decidiu que era difamatória uma obra literária que tinha como protagonista uma versão ficcionada do líder de extrema-direita Jean-Marie Le Pen - embora este acórdão da Grande Secção tenha provocado opiniões divergentes ferozmente fundamentadas, acusando a maioria de abandonar a anterior jurisprudência do Tribunal.⁶⁹

Afirmações de outros

Até que ponto é que um jornalista é responsável pelas coisas (possivelmente difamatórias) que outra pessoa diz? A maioria dos jornalistas passa uma grande parte do seu tempo a reportar as palavras de outros ou, no caso da difusão, a proporcionar a outros uma plataforma para falarem através de entrevistas e discussões.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem apreciado vários processos em que os tribunais nacionais responsabilizaram jornalistas por afirmações feitas por terceiros. Isto demonstra que muitas jurisdições nacionais tendem ainda a considerar os jornalistas como responsáveis por reportarem as palavras de outros. A fundamentação do TEDH, no entanto, constitui um grande motivo de esperança.

⁶⁸ *Vereinigung Bildender Künstler c. Áustria*, Queixa n.º 68354/01, Acórdão de 25 de Janeiro de 2007, parágrafo 33.

⁶⁹ *Lindon, Otchakovsky-Laurens e July c. França*, Queixas n.º 21279/02 e 36448/02, Acórdão de 22 de Outubro de 2007.

O mais celebrado caso desta natureza não envolveu difamação. Jersild era um jornalista dinamarquês que fez um documentário televisivo com um grupo de jovens neonazis. Ao longo do filme, os seus protagonistas proferiram uma série de afirmações racistas radicais e manifestamente ofensivas. Após queixas públicas, tanto Jersild como os protagonistas do seu documentário foram processados e condenados ao abrigo de leis contra o ódio racial.

Na sua apreciação do caso, o TEDH fez uma observação, posteriormente repetida com frequência, sobre os tribunais não terem qualquer papel na determinação do modo como os jornalistas desempenham o seu trabalho:

os métodos do jornalismo objectivo e equilibrado podem variar consideravelmente, dependendo, entre outros factores, do meio em questão. Não compete a este Tribunal, nem aliás aos tribunais nacionais, sobrepor os seus próprios pontos de vista aos da imprensa sobre que técnica de reportagem deve ser adoptada pelos jornalistas.⁷⁰

As opiniões transmitidas não só não eram as do próprio Jersild, como foram apresentadas claramente como parte de um debate público sério sobre o problema do racismo:

Considerado como um todo, o filme não poderia objectivamente parecer ter o objectivo de propagar opiniões e ideias racistas. Pelo contrário, procurou claramente - através de uma entrevista - expor, analisar e explicar este grupo particular de jovens, limitados e frustrados pela sua situação social, com cadastros criminais e atitudes violentas, lidando assim com aspectos específicos de um tema que já então era de grande preocupação pública.⁷¹

Por conseguinte:

A punição de um jornalista por ajudar a disseminar afirmações feitas por outra pessoa numa entrevista, dificultaria seriamente a contribuição da imprensa para o debate sobre questões de interesse público, e não deve ser

⁷⁰ *Jersild c. Dinamarca*, Queixa n.º 15890/89, Acórdão de 23 de Setembro de 1994, parágrafo 31.

⁷¹ *Ibid.*, parágrafo 33.

equacionada sem que existam motivos particularmente fortes para fazê-lo.⁷²

Num caso mais recente, o locutor de rádio grego Nikitas Lionarakis foi considerado culpado de difamação e condenado a pagar uma indemnização a um indivíduo insultado em directo numa transmissão de rádio por um entrevistado em estúdio. O Tribunal Europeu encontrou diversos fundamentos para determinar que os direitos de Lionaririkis ao abrigo do artigo 10º haviam sido violados, enfatizando particularmente a ausência de responsabilidade do entrevistador pelas palavras de um entrevistado proferidas em directo. Reiterou também uma questão que se pode encontrar em vários acórdãos de processos sobre meios de comunicação:

exigir que os jornalistas se distanciem sistemática e formalmente do conteúdo de uma afirmação que possa difamar ou prejudicar terceiros não é conciliável com o papel da imprensa de informar sobre eventos, opiniões e ideias da actualidade.⁷³

Por outras palavras, deve ser um dado adquirido que um jornalista não seja associado automaticamente com as opiniões defendidas por outros e é desnecessário repetir isso para cada opinião ou facto relatado.⁷⁴

⁷² Ibid., parágrafo 35.

⁷³ *Lionarakis c. Grécia*, Queixa n.º 1131/05, Acórdão de 5 de Julho de 2007.

⁷⁴ *Veja-se também Filatenko c. Rússia*, Queixa n.º 73219/01, Acórdão de 6 de Dezembro de 2007.

5. PROCESSOS POR DIFAMAÇÃO EM TRIBUNAL

Defesa num processo por difamação

Pelo que já foi dito, torna-se claro que existem várias defesas possíveis num processo por difamação:

Verdade: O TEDH tem mantido que a verdade é uma defesa absoluta para um processo por difamação. Isto é, se algo for verdadeiro não pode ser difamatório.

Publicação razoável: A jurisprudência do Tribunal Europeu desenvolveu a ideia de que se uma publicação for *razoável* então pode ser justificável, mesmo não sendo inteiramente verdade. Há alguns elementos a considerar na definição de “razoabilidade”:

- O jornalista desenvolveu esforços de boa-fé para provar a verdade da afirmação e acreditou na sua veracidade.
- As afirmações difamatórias constavam de um relatório oficial - não sendo exigido ao jornalista que verifique a exactidão de todas as afirmações no relatório.
- Tratava-se de uma questão que suscitava a preocupação e o interesse público.

Opinião: A afirmação que originou a queixa não era uma declaração de facto mas a expressão de uma opinião. Pode haver alguma expectativa que exista base factual, mas não se exige a sua prova.

Sátira: A afirmação não se destina a ser levada a sério e nenhuma pessoa sensata a compreenderia dessa forma.

Privilégio absoluto: Se a afirmação difamatória for divulgada a partir de sessões parlamentares ou judiciais, será geralmente informação protegida por privilégio absoluto. Isto é, nem o autor original da afirmação nem os *media* que a divulguem podem ser acusados de difamação. Esta regra pode também aplicar-se a outros corpos legislativos e a outras instituições quase-judiciais (como investigações em matéria de direitos humanos).

Privilégio qualificado: O TEDH também considerou que existe um maior grau de protecção para os meios de comunicação que divulguem outro tipo de afirmações, mesmo que não gozem dos mesmos privilégios de imunidade atribuídos aos parlamentos e tribunais. Isso pode aplicar-se, por exemplo, a reuniões públicas e documentos e outros materiais do domínio público.

Afirmações de terceiros: Os jornalistas não podem ser responsabilizados pelas afirmações de outras pessoas, desde que não as tenham apoiado eles mesmos. Isto aplicar-se-ia, por exemplo, a uma transmissão ao vivo de uma entrevista.

À quem pertence o ónus da prova?

Se eu processar alguém, então tenho de provar as minhas alegações contra essa pessoa se quiser ganhar. Certo?

Bem, não. No caso da difamação este princípio geral normalmente está errado. Em muitos ordenamentos jurídicos (mas não todos), o ónus de prova não cabe ao lesado - a pessoa que diz ter sido difamada - mas ao réu. Em qualquer outra acção civil destinada a obter reparação por um dano alegadamente causado, seria automaticamente da responsabilidade da pessoa lesada provar que:

- O réu tinha realizado a acção (neste caso, tinha feito a alegação difamatória).
- A acção lesava o queixoso (prejudicava a sua reputação).

Mas em casos de difamação, este ónus é invertido no segundo ponto. Se o queixoso puder demonstrar que o réu fez a afirmação - habitualmente muito simples de fazer - cabe ao *réu* mostrar que a afirmação era verdadeira, e portanto não difamatória.

Notável excepção a esta regra são os Estados Unidos. No famoso caso *New York Times c. Sullivan*, que já vimos aqui, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos corrigiu a anomalia do ónus de prova em processos de difamação movidos por agentes públicos. Num caso posterior esta nova regra foi alargada para abranger todas as figuras públicas. Claro que esta regra não isenta os jornalistas da responsabilidade de reportar com exactidão - essas questões podem ainda ser discutidas em tribunal, apesar de tudo - mas permite que sejam mais audaciosos ao perseguir matérias de interesse público.

Aqui a diferença entre legislação de difamação nos Estados Unidos e na Europa é notável. Enquanto as jurisdições europeias de *common law* (Reino Unido, Irlanda, Malta e Chipre) seguem a tradição anómala da lei inglesa, as jurisdições do sistema romano-germânico têm uma abordagem ligeiramente diferente, embora com efeito similar. O princípio da lei romano-germânica é que o ónus deve caber à parte que consegue provar a afirmativa, o que advém da suposta dificuldade de provar uma negativa. No caso de um processo por difamação, isto significa, claro, que o ónus de provar que uma afirmação é verdadeira caberá ao réu.

PONTO PARA DISCUSSÃO:

Deve o ónus de prova em casos de difamação ser invertido?

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem-se revelado completamente imune aos argumentos para inverter o ónus da prova. Embora tenha sido influenciado por outros aspectos da jurisprudência evolutiva dos Estados Unidos sobre difamação - como já vimos - tem-se oposto explicitamente à nova regra do caso *New York Times c. Sullivan* e de subsequentes processos norte-americanos.

Em *McVicar*, foi solicitado ao Tribunal que se pronunciasse sobre a regra Sullivan, como parte da acção movida por um jornalista britânico que entendia que não deveria ser obrigado a provar a verdade das alegações sobre o uso de drogas de um atleta famoso. O Tribunal concluiu:

O Tribunal considera que obrigar o queixoso a provar que as alegações feitas no artigo eram substancialmente verdadeiras, pesadas as probabilidades, constituiu uma limitação justificada da sua liberdade de expressão ao abrigo do n.º 2 do artigo 10º da Convenção (...)⁷⁵

Protecção de fontes anónimas

Curiosamente, isto levanta outra questão interessante em que a posição do TEDH tem sido muito mais progressiva. Um dos problemas que *McVicar* teve, para provar a verdade das suas alegações, foi a relutância dos seus informadores em testemunhar a seu favor. Em muitas situações, naturalmente, as alegações na comunicação social sobre actos ilícitos assentam em fontes cujo anonimato foi garantido.

⁷⁵ *McVicar c. Reino Unido*, Queixa n.º 46311/99, Acórdão de 7 de Maio de 2002, parágrafo 87.

A protecção de fontes anónimas é vista como um princípio da ética jornalística.

No histórico processo *Goodwin*, nome de um jornalista britânico que recusou um mandado judicial para revelar as suas fontes, o Tribunal Europeu observou:

A protecção de fontes jornalísticas é uma das condições básicas para a liberdade de imprensa, tal como está reflectido nas leis e nos códigos profissionais de conduta em vários Estados signatários e é afirmado em diversos instrumentos internacionais sobre liberdades jornalísticas (...). Sem tal protecção, as fontes podem ser dissuadidas de auxiliar a imprensa a informar o público em matérias de interesse público. Consequentemente, o papel vital de “cão de guarda” desempenhado pela imprensa pode ser subvertido e a capacidade da imprensa de fornecer informação exacta e de confiança pode ser afectada adversamente. Tendo em conta a importância da protecção de fontes jornalísticas para a liberdade de imprensa numa sociedade democrática, e o potencial efeito inibidor que uma ordem para a revelação de fontes tem no exercício dessa liberdade, tal medida não poderá ser compatível com o artigo 10º da Convenção, a menos que seja justificada por uma exigência superveniente, no interesse do público.

A decisão favoreceu Goodwin, à semelhança do que aconteceu em casos semelhantes que se seguiram.

No entanto, obrigar um jornalista a provar a verdade de afirmações difamatórias pode bem constituir um dilema ético que o jornalista apenas pode resolver recusando-se a fornecer essa prova. Claro que o jornalista não seria *forçado* a revelar a fonte - mas a pena por não o fazer poderia ser a derrota num processo de difamação.

O Relator Especial para a Liberdade dos Meios de Comunicação Social da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), emitiu recomendações específicas para os tribunais enfrentarem situações em que jornalistas podem ter de testemunhar em julgamento.

Os jornalistas não devem ser obrigados a prestar depoimento em julgamentos civis ou criminais ou a fornecer informação sobre uma testemunha, a não ser que essa

necessidade seja absolutamente essencial, que a informação não esteja disponível por qualquer outro meio e que não exista qualquer possibilidade de o depoimento pôr em perigo a saúde ou o bem-estar futuro do jornalista ou restringir a capacidade, sua ou de outros, para obter informação de fontes semelhantes no futuro.

O Comité de Ministros do Conselho da Europa recomendou:

Durante um processo judicial contra um jornalista, fundamentado numa alegada infracção da honra ou reputação de uma pessoa, as autoridades devem considerar, com a finalidade de estabelecer a verdade ou falsidade da alegação, todas as evidências que estão ao seu dispor ao abrigo do direito processual nacional e possam não obrigar para tal a revelação de informação que identifique a fonte pelo jornalista.⁷⁶

Reparações/penas

Uma das razões pelas quais os processos de difamação - criminais ou civis - são tão temidos é o impacto das sanções ou indemnizações impostas com frequência aos meios de comunicação em tais casos. É frequentemente referido o "efeito inibidor" das penas pesadas ou indemnizações avultadas. Como essa expressão deixa claro, a preocupação não é apenas com o jornalista envolvido num qualquer caso em particular, mas também com o efeito dissuasor que essa legislação da difamação pode ter sobre o jornalismo rigoroso e inquiridor.

Como vimos anteriormente, os organismos internacionais têm centrado as suas preocupações na difamação criminosa e no perigo de sentenciar a penas de prisão os jornalistas pelo exercício da sua profissão e pela sua liberdade de expressão.

O Tribunal Europeu tem apreciado muitos processos que envolvem a difamação criminosa e, como fizemos notar, embora não exclua a difamação criminosa por princípio, comentou diversas vezes as sanções impostas, como neste caso romeno:

⁷⁶ Conselho da Europa, Comité de Ministros, Recomendação n.º R (2000) 7 do Comité de Ministros aos Estados-membros sobre o direito dos jornalistas a não revelar as suas fontes de informação, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=342907&Site=CM>.

As circunstâncias do presente processo - um exemplo clássico de difamação de um indivíduo no contexto de um debate sobre uma matéria do legítimo interesse público - não apresentam nenhuma justificação para a imposição de uma sentença de prisão. Tal sanção, pela sua própria natureza, terá inevitavelmente um efeito inibidor, e o facto de os queixosos não terem cumprido as sentenças de prisão não altera essa conclusão, uma vez que os perdões individuais que receberam são medidas sujeitas ao poder discricionário do Presidente da Roménia; além disso, embora tal acto de clemência dispense os condenados de terem de cumprir as suas sentenças, não anula a condenação (...).⁷⁷

Neste caso o Tribunal foi também bastante crítico de uma ordem imposta aos jornalistas, como parte da sentença a que foram condenados, proibindo-os de trabalhar como jornalistas durante um ano:

[O] Tribunal reitera que a censura prévia sobre as actividades dos jornalistas obriga ao escrutínio mais cuidadoso da sua parte e é justificada apenas em circunstâncias excepcionais (...). O Tribunal considera que (...) foi [uma sanção] particularmente severa e não podia em nenhuma circunstância ter sido justificada pelo mero risco de reincidência dos queixosos.

(...) O Tribunal considera que proibindo os queixosos de trabalhar como jornalistas como medida preventiva de âmbito geral, ainda que sujeita a um tempo limitado, os tribunais nacionais infringiram o princípio de que a imprensa deve poder desempenhar o seu papel de “cão de guarda” numa sociedade democrática.⁷⁸

Em processos civis de difamação, a principal causa para o “efeito inibidor” é a concessão de indemnizações avultadas contra a comunicação social e a favor dos alegados lesados. Numa acção civil, a finalidade da indemnização não é punir o réu (o difamador), mas compensar o queixoso, a pessoa que foi difamada, por qualquer perda

⁷⁷ *Cumpana e Mazare c. Roménia*, Queixa n.º 33348/96, Acórdão de 17 de Dezembro de 2004, parágrafo 116.

⁷⁸ *Ibid.*, parágrafos 118-119.

ou dano causados pela difamação. Resulta que o queixoso deva ser capaz de provar que de facto houve perda ou dano como parte do seu processo. Se isso não puder ser demonstrado, então não fica claro por que motivo deve existir qualquer compensação monetária. Geralmente uma afirmação difamatória pode ser rectificadada por uma correcção ou um pedido de desculpas.

O problema põe-se frequentemente na área das indemnizações não-pecuniárias. Isto refere-se a concessões monetárias feitas para compensar perdas que não podem ser calculadas com precisão em termos monetários - tal como uma perda de reputação. Os tribunais devem levar em conta não apenas o dano causado à reputação, mas também o potencial impacto de uma compensação avultada sobre o réu - e também de modo geral na liberdade de expressão e dos *media* na sociedade.

O Tribunal Europeu tem criticado a concessão de grandes somas monetárias não-pecuniárias, chegando mesmo a considerá-las em si mesmas uma violação do artigo 10º. O processo histórico foi o de Tolstoy Miloslavsky, autor de um panfleto difamatório e condenado a uma indemnização de £1,5 milhões (em 1989) por um júri britânico. O Tribunal entendeu que a indemnização era grosseiramente desproporcionada e que o direito de Tolstoy Miloslavsky à liberdade de expressão havia sido desse modo violado, ainda que o facto de ter cometido difamação não estivesse em questão.

No exemplo *Steel e Morris c. Reino Unido* (o caso *McLibel*), o Tribunal concluiu que a quantia da indemnização concedida devia ter em consideração os recursos à disposição dos réus. Embora o montante concedido pelo tribunal britânico não seja muito elevado “para os padrões actuais”, era “muito substancial quando comparado aos rendimentos e aos recursos modestos dos (...) queixosos (...)”⁷⁹

No caso *Filipovic c. Sérvia*, o Tribunal recordou as suas conclusões em *Tolstoy Miloslavsky* e *Steel e Morris*: a concessão deve ser proporcional aos danos morais sofridos, e também aos meios disponíveis ao réu. Neste caso, embora o réu tivesse acusado indevidamente o reclamante de “desvio de dinheiro”, o reclamante estava de facto sob investigação por infracções fiscais. Por conseguinte os danos morais não foram grandes. E a indemnização imposta pelo tribunal foi equiv-

⁷⁹ *Steel e Morris c. Reino Unido*, parágrafo 96.

alente a seis meses de salário - uma quantia que o TEDH considerou excessiva e em violação do artigo 10º.⁸⁰

Deve também ser assinalado que o próprio Tribunal Europeu raramente impõe indemnizações não-pecuniárias. Normalmente conclui que é suficiente determinar que um direito foi violado - um princípio que os tribunais nacionais fariam bem em seguir sempre que possível.

Como pode o Direito Internacional em matéria de direitos humanos ser aplicado nos tribunais nacionais?

Muito do debate nesta formação irá centrar-se nos padrões de protecção da liberdade de expressão estabelecidos na lei internacional e regional em matéria de direitos humanos. Mas como podem estes padrões ser aplicados a nível nacional? Irá um tribunal civil ou criminal simplesmente ignorar algum fundamento baseado nestes padrões?

Todos os estados europeus, com apenas algumas excepções, são signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Isso significa que estão vinculados pelo artigo 10º, pelas protecções que este estabelece e pelos critérios rigorosos de aplicação de limitações.

Um número ainda maior de estados europeus é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Da mesma forma, isso cria uma obrigação vinculativa ao estado para cumprir as imposições que dita.

O organismo que superintende a conformidade dos estados com o PIDCP é o Comité dos Direitos Humanos, um organismo de especialistas independentes que fornece orientações interpretativas sobre a implementação do Pacto. Também revê periodicamente o progresso de cada Estado signatário na implementação das suas obrigações sob o PIDCP. E, se o Estado tiver também ratificado o primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, pode também apreciar queixas individuais de pessoas que aleguem que os seus direitos tenham sido violados, desde que tenham antes esgotado todos os recursos domésticos.

O PIDCP declara:

⁸⁰ *Filipovic c. Sérvia*, Queixa n.º 27935/05, Acórdão de 20 de Novembro de 2007.

Cada Estado signatário do presente Pacto compromete-se a adoptar, de acordo com os seus processos constitucionais e com as disposições do presente Pacto, as medidas que permitam a adopção de decisões de ordem legislativa, ou outras capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estejam em vigor.⁸¹

No entanto, a maneira exacta de implementar internamente as obrigações do Direito Internacional está sujeita a grandes variações. Teoricamente, diz-se que os estados enquadram-se em uma de duas categorias: *monistas* e *dualistas*.

Os estados monistas são aqueles onde a lei internacional é automaticamente parte integrante da estrutura legal doméstica. Isso significa que é possível invocar as obrigações do Estado em tratados internacionais na litigação interna (por exemplo num julgamento por difamação).

Nos estados dualistas as obrigações decorrentes de tratados internacionais apenas se transformam em lei interna quando são aprovadas pela legislatura. Até que isto aconteça, não é esperado que os tribunais cumpram estas obrigações num processo nacional.

O estados de *common law*, tais como o Reino Unido, a República da Irlanda, Chipre e Malta, são invariavelmente dualistas. Os estados socialistas são também dualistas. Os estados com sistemas jurídicos de tradição romano-germânica são geralmente monistas, mas muitos não o são (por exemplo, os países escandinavos). Todos os estados pós-comunistas da Europa Central e de Leste, anteriormente dualistas, são agora monistas.

Essa é a teoria. A prática é mais complicada.

Nos países monistas, embora os tratados ratificados façam automaticamente parte da lei doméstica, o seu estatuto exacto varia. Estarão acima da constituição? A par dela? Acima da legislação nacional? A par dela? A resposta varia de país para país.

Em estados dualistas, algumas partes do Direito Internacional podem ser automaticamente aplicáveis. Nos estados como o Reino Unido e

⁸¹ PIDCP, n.2 do artigo 2º.

os Estados Unidos, o direito internacional consuetudinário pode ser directamente invocado, contando que não entre em conflito com a legislação estatutária nacional. A Constituição dos Estados Unidos também diz que “todos os tratados celebrados, ou a celebrar, sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a suprema Lei do Território”. Na prática, contudo, o Supremo Tribunal tem considerado muitos tratados (incluindo aqueles sobre direitos humanos) como “não auto-executórios”, o que significa que terão de ser primeiramente incorporados pelo Congresso. No entanto, mesmo nos estados dualistas em que os tratados não foram ainda transpostos para a legislação nacional, é provável que os tribunais os considerem enquanto orientação interpretativa, na apreciação de processos.

É muito difícil, portanto, avançar orientações gerais sobre até que ponto os tribunais nacionais irão admitir argumentos baseados em padrões legais internacionais. Perceber isso caberá aos profissionais de cada país.

Existe porém um problema comum potencialmente transversal aos diferentes ordenamentos jurídicos: os juízes podem simplesmente não ter conhecimento das obrigações do seu país ao abrigo de tratados internacionais, ou do próprio conteúdo dos tratados, ou de como devem ser interpretados ou aplicados. É pouco provável que seja boa estratégia dizer aos juízes que devem aplicar a lei dos tratados. Uma abordagem melhor na maior parte dos casos seria invocar a lei internacional *como instrumento de interpretação da lei nacional*.

A situação no que respeita à Convenção Europeia dos Direitos Humanos é ligeiramente diferente.

Ao abrigo do Protocolo n.º 11 à CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem jurisdição compulsória sobre os estados que são parte da convenção. Isso significa que uma pessoa que não consiga obter uma compensação por violação de direitos protegidos pela Convenção pode queixar-se ao Tribunal.

Os acórdãos do TEDH são apenas vinculativos para os estados a que se aplicam. Não obstante, as decisões e a argumentação do Tribunal *pode* ser persuasiva noutros casos semelhantes dentro de outras jurisdições nacionais. Em alguns estados, como a Espanha e a Bélgica, os tribunais são obrigados a seguir a interpretação do TEDH em casos

relevantes, desde que ela não restrinja o âmbito do direito em questão.

A jurisprudência do TEDH em relação à difamação, ofensa, privacidade e questões semelhantes, é bastante extensa e constitui a base de grande parte do conteúdo desta formação. Os tribunais podem decidir ignorar os acórdãos do TEDH, mas existe um argumento muito forte para considerá-los como interpretações persuasivas e autoritárias das obrigações de um estado ao abrigo do artigo 10º.⁸²

E quanto à jurisprudência em outros ordenamentos jurídicos?

Neste manual referimo-nos por vezes a processos históricos de tribunais nacionais. Naturalmente, a decisão de um tribunal num país não vincula um tribunal de outro, mesmo quando têm leis e sistemas legais semelhantes e mesmo quando, como no caso dos países de *common law*, funcionam de acordo com uma doutrina de precedente.

A importância de consultar os processos de outros países é simplesmente conhecer quais são as decisões mais avançadas e qual é a argumentação mais persuasiva em acções sobre liberdade de expressão. Se estes argumentos forem introduzidos em processos arquivados em tribunais nacionais, isso deve ser feito de forma cuidadosa e diplomática, de modo a não antagonizar os juízes. É importante, todavia, que os juízes que apreciam casos de difamação sejam instruídos na jurisprudência de outros países.

⁸² Este manual apoia-se bastante na jurisprudência do TEDH porque se trata do mais progressivo corpo legislativo existente na Europa sobre liberdade de expressão, e porque os tribunais nacionais podem ser persuadidos por ela. Porém tem algumas fraquezas. Poder-se-á argumentar que o Tribunal:

- não tem sido suficientemente severo ao condenar a difamação criminosa;
- tem exagerado a importância do “direito à reputação,” que nem existe na CEDH;
- confunde a protecção da reputação com outros fundamentos para limitar a liberdade de expressão, incluindo a ordem pública e a privacidade.

6. UTILIZAÇÃO DESTE MANUAL

Na Introdução apresentámos a tripla finalidade deste manual:

- Servir de recurso para participantes em preparação para um curso de formação sobre difamação;
- Servir de guia de referência para participantes (normalmente advogados) na preparação de litigação;
- Servir de fonte de informação para formadores na preparação de um curso sobre difamação.

Os dois primeiros pontos devem ser auto-explicativos.

Para formadores que estejam a preparar-se para usar este manual como suporte educativo, estão disponíveis recursos adicionais, nomeadamente um conjunto de planos de sessão complementado por outros materiais, incluindo apresentações Powerpoint, casos de estudo e um cenário de simulação de tribunal.

O manual e os materiais de formação foram inicialmente preparados com o intuito de apoiar a realização de uma série de cursos mistos para jornalistas e advogados, com a duração de dois dias. O plano geral para tal curso seria o que se segue:

CURSO DE FORMAÇÃO SOBRE LEGISLAÇÃO DA DIFAMAÇÃO: PROGRAMA

Dia 1 (advogados e jornalistas)

Sessão 1: Princípios e fontes fundamentais
Restrições à liberdade de expressão (total 90 minutos)

Sessão 2: Introdução à difamação (60 minutos)

Sessão 3: Legislação nacional sobre difamação (e questões afins)
(90 minutos)

Sessão 4: Análise de cenários de difamação (90 minutos)

Dia 2 (apenas advogados)

Sessão 5: Difamação na jurisprudência do TEDH (90 minutos)

Sessão 6: Processos de difamação em tribunal (90 minutos)

Sessão 7: Simulação: argumentação de processo de difamação hipotético/ficcional
Discussão final: conclusões do debate, observações sobre as diferenças entre a legislação nacional e a jurisprudência do TEDH

Seminário Editorial (apenas jornalistas)

Melhores práticas de jornalismo que permitem um justo equilíbrio entre o direito do público de saber e o respeito pelos liites éticos e legais relacionados com a proteção da reputação.

Conforme indicado acima, recomenda-se que a formação legal seja complementada por um seminário editorial para jornalistas sobre boas práticas na redação que permitam um equilíbrio justo entre o direito do público de saber e os limites éticos e legais relacionados com a proteção da reputação. Idealmente esta sessão deveria ser liderada por um editor experiente e possivelmente deveria incluir um advogado que pudesse clarificar as questões práticas dos jornalistas.

Caso um curso seja realizado apenas com advogados, o programa pode ser condensado, já que as Sessões 5 e 6 cobrem assuntos semelhantes aos das Sessões 2 e 4, embora com maior detalhe legal. Seria até possível condensar todo o exercício de formação em um só dia, omitindo a discussão sobre os princípios e fontes fundamentais relacionados com a liberdade de expressão e combinando as Sessões 2 e 4 com as 5 e 6, bem como encurtando o exercício de simulação de tribunal.

Pedagogia e aprendizagem de adultos

Os advogados estão mais habituados a leituras constantes do que a maioria das pessoas, o que lhes permite desenvolver o seu conhecimento e compreensão – trata-se de um requisito profissional constante. Mesmo assim, não estão isentos de um princípio geral da pedagogia de adultos que diz que as pessoas são muito mais propensas a reter conhecimento e a desenvolver compreensão se falarem e fizerem coisas num exercício de aprendizagem, em vez de simplesmente lerem e ouvirem.

Ao longo do manual e dos planos de sessão que o acompanham, são propostas várias “trocas de ideias” e “pontos de discussão” com a intenção de marcar oportunidades do formador envolver os participantes na discussão. As primeiras devem ser discussões rápidas e abertas, normalmente no momento em que um tópico está a ser apresentado pela primeira vez. Já os “pontos de discussão” sugerem uma discussão mais substantiva e fundamentada. Claro que um bom formador provavelmente vai querer abrir discussões à volta de muitos outros tópicos também.

Os casos de estudo da sessão 4 e a simulação da sessão 7 são uma parte particularmente importante do processo de aprendizagem. Têm como objectivo consolidar as partes mais teóricas do exercício, encorajando os participantes a avaliarem os diferentes cenários e a discutirem diferentes posições. O formador pode considerar particularmente útil a variação de alguns aspectos fundamentais destes cenários no decorrer da discussão (dado que são todos fictícios), a fim de destacar pontos específicos de importância.

IPI: Defending Press Freedom for Over 65 Years

The International Press Institute (IPI), the oldest global press freedom advocacy organisation, is a worldwide network of editors, media executives and leading journalists dedicated to furthering and safeguarding press freedom, promoting the free flow of news and information, and improving the practices of journalism. Based in Vienna, IPI is a politically neutral organisation and holds consultative status before a number of inter-governmental bodies.



International Press Institute

Spiegelgasse 2/29
1010 Vienna, Austria
www.freemedia.at
+43 1 512 90 11
ipi@freemedia.at

The Media Legal Defence Initiative

is a non-governmental organisation which helps journalists, bloggers and independent media outlets around the world defend their rights.

We help journalists who publish via print, broadcast or the internet, by making sure they have good lawyers to defend them. If necessary we pay legal fees and we work alongside lawyers to make sure the best possible legal defence is provided. We work directly with individual lawyers around the world, and we also have partnerships with national organisations who provide legal aid to journalists. Our long-term goal is to strengthen media legal defence capacity around the world by supporting initiatives that enhance the legal knowledge, skills and effectiveness of those working in the field.



MLDI

The Foundry
17 Oval Way
London
SE11 5RR
United Kingdom
www.mediadefence.org
+44 (0) 203 752 5550
info@mediadefence.org

