

**O CONVENIENTE USO DOS PRECEDENTES
NAS DECISÕES DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO
E O VIÉS DA CONFIRMAÇÃO**

Priscilla Regina da Silva¹

Resumo: O presente trabalho pretende analisar de que forma os precedentes vem sido tratados no Brasil até o presente momento e apresentar os possíveis problemas que serão enfrentados com a vigência do Novo Código de Processo Civil, por conta da regulação do sistema de precedentes vinculantes no país. Para isso, foram selecionados alguns julgados que tratam de conflitos entre princípios fundamentais e analisou-se a forma com que os magistrados invocaram os precedentes nesses casos para que se chegasse à solução do conflito. O resultado desta pesquisa por amostragem demonstra que a invocação dos precedentes na maioria das vezes é aleatória e tende a ser nada além do que uma forma de fundamentar uma opinião preexistente, fato este extremamente preocupante no que tange a segurança jurídica. O artigo, por fim, termina por revelar um conteúdo altamente crítico com relação à postura dos magistrados durante o processo decisório.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; precedente; liberdade de expressão.

1. Introdução

O presente artigo trará, primordialmente, uma análise qualitativa da argumentação dos magistrados em algumas decisões fundamentadas em precedentes judiciais e compará-las com outras decisões análogas cujo resultado é oposto. Sem negar a existência de divergências doutrinárias, se adotará neste trabalho a definição de precedente como toda decisão judicial capaz de firmar-se como paradigma para orientação de outros magistrados em futuras decisões.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Especialista em Direito Público e Privado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

O objetivo é demonstrar as falhas no processo argumentativo no qual os precedentes são invocados, revelando, assim, a dificuldade que enfrentaremos nos próximos anos para nos adaptarmos às novas regras sobre precedentes vinculantes instituídas no Novo Código de Processo Civil.

A discussão a respeito do papel dos precedentes e a forma de utilização dos mesmos é de grande relevância prática e científica no ramo do Direito Processual e Constitucional, uma vez que os precedentes constituem uma das fontes do Direito. Com a regulamentação dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico faz-se essencial o enfrentamento do tema para análise de seus efeitos.

Após delimitar o tema e apresentar sua importância, preocupei-me em traçar as premissas essenciais do estudo, discorrendo sobre a forma de argumentação em uma decisão judicial por meio do uso de precedentes, além das diferenças entre o sistema *Common Law* e *Civil Law* (Tópico 1).

Em seguida, realizarei uma breve abordagem das mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil para o ordenamento brasileiro no que diz respeito à uniformização de jurisprudência e à argumentação pelo uso dos precedentes (Tópico 2).

Passa-se então para os dois tópicos centrais do artigo. Analisarei algumas decisões sobre conflito entre Direitos Fundamentais, tendo como base de pesquisa casos que envolvam liberdade de expressão e suas variáveis, como a liberdade de informação – o critério definido para a escolha da matéria e dos tribunais será tratada no tópico correspondente –, de modo a averiguar a forma que os precedentes foram invocados nesses casos (Tópico 3). E, no último tópico, antes das considerações finais do trabalho, serão abordados os problemas decorrentes da forma de utilização dos precedentes até o presente momento (Tópico 4).

Por fim, discorrerei sobre as conclusões da pesquisa, demonstrando que, apesar de o sistema dos precedentes já ser um instrumento de muita importância nas decisões judiciais brasileiras, não há, ainda, premissas muito bem definidas, sendo necessárias abordagens doutrinárias sobre o tema, bem como uma mudança na postura decisória dos tribunais em geral.

2. A importância dos precedentes na *ratio decidendi*

A argumentação de uma decisão judicial é realizada através do processo de subsunção, que nada mais é do que a ligação de uma hipótese normativa a um fato. A argumentação é o caminho racional que o magistrado deve perseguir para que se alcance a melhor decisão possível para o caso concreto, trata-se da justificação necessária que leve à aplicação da norma que melhor se adequa ao fato.

Dentre as várias fontes do direito a serem escolhidas no momento de proferir uma decisão judicial, o sistema *Common Law* dá preferência a uma construção coerente de opinião do tribunal – que às vezes é instituída secundariamente no

sistema *Civil Law* –,² através da aplicação de precedentes a casos futuros de forma vinculante.

Há dois tipos de precedentes, o precedente vertical e o horizontal. O precedente vertical é o que estabelece que tribunais inferiores sigam as decisões previamente tomadas por tribunais superiores no âmbito de sua competência jurisdicional. De acordo com esta regra, os juizes de primeira instância são obrigados a seguir os precedentes dos tribunais recursais e esses, por sua vez, são obrigados a seguir os precedentes da Suprema Corte. O precedente, nesse caso, é decisão vinculante por hierarquia judicial.

Pelo precedente horizontal espera-se que os tribunais sigam suas próprias decisões anteriores. Neste caso, trata-se de uma hierarquia artificial, imposta entre o antes e o depois do mesmo tribunal, ainda que a composição do tribunal sofra modificação. Essa obrigação judicial de seguir suas próprias decisões é tipicamente conhecida como *stare decisis* – significa “mantenha o que foi decidido” [*stand by the thing decided*] (Schauer, 2012, capítulo 3).

Para tanto, é preciso resgatar as construções argumentativas utilizadas anteriormente pelo tribunal em casos análogos e separar os argumentos passíveis de generalização dos argumentos atrelados às especificidades do caso concreto.

Uma vez separados os argumentos, aqueles que são passíveis de generalização poderão ser reutilizados em casos futuros, podendo, assim, formar jurisprudência, de modo a estabelecer uma maior coesão decisória, garantia de segurança jurídica e isonomia.³ Já os argumentos que não são passíveis de generalização e, por isso, estão adstritos ao caso concreto, não devem ser levados a diante, levando-se em conta as peculiaridades dos fatos presentes em cada caso.

Entretanto, mesmo quando firmado um precedente a partir da separação dos argumentos que podem ser levados a diante, durante o processo decisório de um novo caso, os precedentes deverão sempre ser reexaminados, a fim de atestar o seu cabimento no presente caso e nos futuros. Após o reexame, o precedente analisado poderá ser reformulado, caso reste provada a superação de argumentos mediante a apresentação de novos argumentos de forma justificada pelo mesmo tribunal que formou o precedente – a superação do precedente é nomeada de *overruling* –, ou a aplicação do precedente poderá ser afastada, se for demonstrado que

² Isso, contudo, não quer dizer que os precedentes não são importantes nos países que adotam o sistema *Civil Law*, mas certamente são mais importantes para os países que adotam o sistema *Common Law*, onde os Tribunais são os protagonistas na edição de normas gerais obrigatórias. Na *Common Law* o *case law* prevalece, enquanto o *statute law* tem função meramente complementar. Já no *Civil Law*, os precedentes normalmente são usados como orientações de cunho persuasivo, mas a princípio não seriam vinculantes.

³ A respeito da segurança jurídica, extrai-se do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal que nenhum ato normativo do Estado atinge situações consolidadas no passado, assegurando o seu respeito no presente e no futuro. As consolidações passadas são como um guia para que o indivíduo possa pautar seu comportamento e sua conduta. Da mesma forma, as decisões judiciais doutrinam a sociedade, criando uma previsibilidade do resultado de certas demandas. Assim, quanto mais uniformizada a jurisprudência, mais se fortalece a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, possibilitando uma expectativa legítima do jurisdicionado ou, ao contrário, permite que ele saiba que seu pleito não é pertinente e, por esse motivo, não deve recorrer ao Judiciário. Quanto à isonomia, não se pode admitir que o mesmo caso concreto, enfrentado por jurisdicionados diferentes, receba decisões diferentes. O caráter vinculante dos precedentes é justificado pela necessidade de igualdade, que é atingida, nesse caso, através da fixação dos elementos que poderão ser utilizados em casos futuros.

o caso em questão tem uma distinção específica que inviabiliza a aplicação do precedente fixado – o afastamento do precedente por demonstração de especificidade é chamado de *distinguishing* (Jobim, 2012).

Desta maneira, apesar de os precedentes serem de observação vinculante, as antigas *ratio decidendi* do tribunal sempre deverão ser revisitadas, e poderão ser acrescentados adendos às novas decisões, de maneira a construir uma espécie de “romance em cadeia”, formado pela consolidação de uma opinião coerente do tribunal sobre determinado assunto (Dworkin, 2005, pp. 217 – 249).⁴

Há, contudo, a possibilidade de se enfrentar um caso difícil (Hart, 1963, p. 159)⁵ e, nessa hipótese, haverá uma dificuldade maior em se chegar a um consenso argumentativo decisório, assim como será mais difícil determinar aqueles argumentos que poderão ser aproveitados futuramente ou não, em razão de integrarem a especificidade casuística ou serem simples retórica. Neste caso, se dependerá exclusivamente da técnica e talento argumentativo do magistrado para a fixação de precedentes.

O fato de ser mais complexo o alcance da concordância argumentativa e formulação de argumentos insuperáveis em casos difíceis, de modo que muitas vezes nem os ministros da mais alta Corte jurisdicional chegam a um consenso sobre qual a solução que está mais de acordo com a Constituição, é um forte indício de que não há apenas uma resposta correta para um caso difícil, ao contrário do que afirmava Dworkin.⁶ Habermas, por sua vez, diz que a solução de casos difíceis deve ser realizada pela qualidade dos argumentos apresentados, levando-se em conta a sociedade contemporânea extremamente plural. A verificação dos argumentos permitirá que o processo de argumentação seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado (Habermas, 1997, Capítulo 5).

Apesar de os casos difíceis se revelarem um verdadeiro problema a ser enfrentado pelos magistrados durante a aplicação do Direito, de modo algum invalidam a importância do uso de precedentes em um processo decisório. A adoção do sistema de precedentes incentiva a apresentação de argumentos fortes, que perpassa as etapas de um raciocínio lógico bem construído e coerente.

⁴ A metáfora “romance em cadeia” ilustra um processo decisório interpretativo e argumentativo que poderá ter seu conteúdo aumentado e é capaz de corrigir a si mesmo ao longo de uma história institucional. Para Dworkin, que direciona seu estudo para o sistema do *Common Law*, os argumentos devem ser reconstruídos reflexivamente à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a história do Direito como integridade.

⁵ De acordo com a definição de Hart, casos difíceis são aqueles que envolvem aplicação de regras jurídicas não claras, revelando-se indeterminadas, razão pela qual surge dúvida quanto à sua aplicação. Hart chama tais normas de normas de textura aberta. Nesses casos há uma lacuna ou obscuridade de aplicação que devem ser sanadas pelo juiz de alguma forma. As soluções possíveis variam de acordo com a teoria adotada.

⁶ A tese da única resposta correta de Dworkin considera o que é o Direito em uma sociedade democrático cooperativa [*partnership democracy*], sendo esta compreendida como comunidade de princípios. Dworkin afirma que o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado a serem meramente reproduzidas no presente pelo juiz, e, por isso, é contra o positivismo jurídico clássico (Bobbio, 2006, pp. 142 – 143). Acaba também sendo contra o realismo ao dizer que o Direito não se dissolve em diretrizes políticas ou em meras convicções políticas pessoais do juiz a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. Para Dworkin, apesar de a resposta certa não ser algo dado, mas construído argumentativamente, não se trata de um convencimento argumentativo, mas um destino necessário que o magistrado chegará através do uso da racionalidade e ponderação de princípios (Dworkin, 2005, pp. 175 – 216.)

3. Os precedentes no Novo Código de Processo Civil

A despeito das diferenças entre os Sistemas *Civil Law* e *Common Law*, é possível haver certa interação entre ambos, criando um sistema de meio-termo. Enquanto em alguns países que adotam o sistema *Common Law* a codificação do Direito tem ganhado espaço, muitos países do sistema *Civil Law* têm adotado o uso de precedentes de forma vinculante, ou quase vinculante.

É exatamente este efeito vinculante dos precedentes que o Novo Código de Processo Civil (NCPC) – lei nº 13.105/2015 – procurou regulamentar ao tratar da uniformização de jurisprudência, com o intuito de garantir maior coerência ao ordenamento jurídico e, principalmente, de evitar o voluntarismo e discricionariedade desregrada em decisões judiciais. Antes da promulgação do NCPC, já havia uma tendência dos tribunais brasileiros invocarem os precedentes na formação da *ratio decidendi*⁷ – questão que será tratada adiante, nos próximos tópicos –, entretanto, a forma de aplicação ficava totalmente a critério do juiz ou ministro atuante no processo decisório do caso.

Consultando a Exposição de Motivos do anteprojeto do NCP, verifica-se que a inspiração para a regulamentação dos precedentes são as próprias Súmulas Vinculantes brasileiras. E, nesse sentido, percebe-se que a intenção dos legisladores é a de realmente estabelecer caráter vinculante aos precedentes judiciais como forma de uniformização de jurisprudência, tal como pode-se constatar pelo trecho abaixo transcrito:

Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. (grifo nosso).

O anteprojeto ainda complementa, ao fixar o caráter vinculante dos precedentes tais como se normas fossem estabelecendo que permanecerão nesta condição até que a regra seja modificada pela demonstração de superação dos argumentos: “Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”.

⁷ Além de ser um costume dos tribunais, o próprio ordenamento jurídico já vinha incentivando o uso de precedentes antes de o NCPC impor o sistema no Brasil. A Lei 9.756/98 modificou o art. 557 do CPC anterior, aumentando os poderes do relator em sede de recursos para declará-lo inadmissível, improcedente ou prejudicado por este contra a jurisprudência daquele próprio tribunal ou de tribunais superiores. Os arts. 543-A, 543-B e 543-C também ofereceram soluções nesse sentido e a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe, dentre inúmeras reformas a possibilidade de emissão de súmulas vinculantes.

Diante disso, o artigo 927 do NCPC elencou os tipos de decisões que deverão ser tomadas como precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Por esse artigo, verifica-se a pretensão de instituir o sistema de precedentes na forma vertical e horizontal. A determinação de integridade e coerência na aplicação dos precedentes busca evitar arbitrariedades e decisões idiossincráticas por parte dos magistrados, reafirmando o Estado Democrático de Direito, na medida em que devem proferir decisões com a mesma *ratio decidendi* para casos idênticos e semelhantes, a menos que seja caso de empregar as técnicas de *distinguishing* ou *overruling*. O NCPC preza, acima de tudo, por decisões bem fundamentadas, tanto em casos de aplicação como de não aplicação dos precedentes. É o que preconiza

o art. 489, § 1º, que determina expressamente os critérios para se alcançar uma decisão bem fundamentada.⁸

Há, contudo, certas questões ainda em aberto, como a problemática de se conferir a competência para fixar a tese do tribunal ao órgão especial (Leite, 2014), sem que se discuta a possibilidade de criação de um órgão específico para esta atuação; há também certas questões que trazem estranhamento, como o fato de se atribuir caráter vinculante a todas as súmulas, não somente àquelas já denominadas de “súmulas vinculantes”; e, ainda, a incerteza daquilo que precisamente se chama de precedente: a fundamentação ou o dispositivo. Além do fato de que, quando há muitas decisões judiciais, não há determinação de um critério para saber qual delas seria o precedente e, sendo necessário um conjunto de decisões para formar um precedente, qual seria o momento em que ele se forma.

Não obstante as dúvidas e possíveis problemas que possam surgir da implementação dos precedentes no Brasil – muitos dos quais deverão ser sanados pela doutrina e Regimento Interno dos Tribunais –,⁹ certo é que as decisões com base na opinião do magistrado apenas, sem uma visão mais ampla do que está sendo decidido no próprio tribunal ou nos tribunais superiores, é causa de muitos debates e, por vezes, de injustiça. Por isso, a implementação dos precedentes acaba sendo, de fato, interessante.

A seguir, se abordará o tema do emprego dos precedentes em sede de decisões de Direitos Fundamentais, tomando-se como exemplo casos sobre liberdade de expressão. Após, serão apresentadas críticas sobre a forma que tem sido tratado o sistema de precedentes no Brasil e possíveis problemas futuros.

4. Os precedentes em decisões que envolvem Direitos Fundamentais

Para que se possa visualizar a forma que os precedentes têm sido invocados no Brasil, bem como sua influência na fundamentação da decisão, serão compartilhados, neste tópico, casos que envolvem Direitos Fundamentais, ou seja, situações em que ocorreu uma espécie de colisão entre princípios fundamentais. Para que se

⁸ Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁹ A fim de solucionar nossas dúvidas sobre a forma de implementação do sistema não se pode simplesmente copiar conceitos do sistema *Common Law*, no qual vigoram características distintas como, por exemplo, a possibilidade, ao menos em tese, de se criarem precedentes em caráter *ex novo*, sem que haja necessidade de existir uma norma escrita anterior. Este fato contraria o núcleo essencial do sistema *Civil Law*, portanto, a importação do sistema deverá ser feita com cautela, considerando adaptações.

compreenda tal escolha quanto à matéria, é interessante observar primeiramente a distinção entre regras e princípios.

Grande parte da doutrina entende que regras exprimem deveres definitivos e, por isso, uma regra simplesmente é aplicável a um caso ou não (Leal, 2003, p. 80). A validade de uma regra em caso de conflito com outra é atestada através de critérios clássicos, quais sejam, a hierarquia, especialidade e cronologia, ou, ainda, em caso de cláusula de exceção contida em uma das regras em conflito apontando para sua não aplicabilidade naquele determinado caso.

No caso de conflito entre princípios, o problema não se resolve no plano da validade, mas da ponderação, ou sopesamento. Os princípios em conflito não deixam de ser válidos quando não aplicados, mas um deles terá que ser restringido em benefício do outro para a resolução do caso. Os deveres que advém dos princípios são, logo, *prima facie*, já que devem ser observados na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (Leal, 2003, p. 81).

Nesse sentido, pode-se imaginar uma análise combinatória de Direitos Fundamentais que podem ser violados em inúmeras situações e várias possibilidades de colisão entre princípios. A situação descrita é capaz de gerar muita insegurança jurídica e imprevisibilidade no que tange às resoluções jurisdicionais desses conflitos e a intenção é averiguar a influência do precedente na mitigação dessa insegurança e imprevisibilidade, levando-se em conta o fato de que a decisão judicial, uma vez proferida, é uma espécie de regra, ainda que não legislativa, tendo em vista a sua observância obrigatória no caso concreto.

A princípio, o estabelecimento de precedentes teria o condão de reduzir a necessidade de realizar um novo sopesamento, já que este teria sido previamente realizado em situação análoga. Entretanto, o que se irá demonstrar com os julgados selecionados é que esta economia processual argumentativa e segurança jurídica pretendida não é garantida. Para isso, foram selecionados, especificamente, casos envolvendo liberdade de expressão, sendo este um direito fundamental que naturalmente colide com outros também garantidos na Constituição Federal.

Foram escolhidos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, primeiramente por ser o Estado no qual o presente artigo foi produzido. O segundo motivo é que, por tratar-se de um Tribunal Estadual, maior a gama de decisões que podem ser encontradas sobre a matéria. Além disso, como pode ser verificado nos casos a seguir, há certo hábito deste tribunal de argumentar as decisões com base em outras decisões análogas proferidas pelo próprio e outros tribunais.¹⁰

¹⁰ Há de se ressaltar que muitas das vezes os juízes referem-se a tais antigas decisões como "precedentes", sem que se tenha fixado uma tese anteriormente, ou como "jurisprudência", sem que necessariamente existam, de fato, várias decisões reiteradas sobre o mesmo tema, invocando-se apenas uma ou duas decisões isoladas.

4.1. Liberdade de Expressão X Direito de imagem e Direito à honra (aparição em programa humorístico)

4.1.1. TV ÔMEGA LTDA. X GISELE LAFFAYETTE FERREIRA

TJ/RJ, Apelação Cível 0275444-72.2008.8.19.0001. DES. FERNANDO FOCH LEMOS – Julgamento: 18/08/2010 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Trata-se de uma ação proposta por recepcionista de casa de shows em face de emissora de televisão por conta da exibição de sua imagem vinculada à expressão “solteirona mal resolvida” em programa de humor.

Em sede de Apelação o tribunal entendeu, por unanimidade, que o uso da expressão “solteirona mal resolvida” implica dano moral por afrontar os Direitos Fundamentais à imagem, à honra e à dignidade, protegidos pelo art. 5º, X, CF. Por esse motivo, manteve-se a indenização arbitrada na sentença no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Relator Fernando Foch trouxe três precedentes em que os direitos personalíssimos prevaleceram sobre a liberdade de expressão. O primeiro precedente invocado (Apelação Cível 0172686-49.2007.8.19.0001 (2009.001.32419) – TJRJ – Relator DES. ADEMIR PIMENTEL – Julgamento: 30/09/2009 – DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL) também tratava de exibição de imagem, em programa de humor, sem autorização. Nesse caso, a autora teria sido filmada na praia e em paralelo foi exibida a imagem de um dragão com a propagação da música “Lua de São Jorge”. Para a concessão de indenização, o desembargador fundamentou sua decisão afirmando que houve abuso no exercício do direito de expressão, uma vez que a inviolabilidade da privacidade é o limite para a liberdade de expressão.

Na citação do segundo precedente invocado (Apelação Cível 001911558.2007.8.19.0001 (2008.001.14793) – TJRJ – Relator DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA – Julgamento: 04/06/2008 – SEXTA CÂMARA CÍVEL) não se apresentou o contexto fático do caso, os trechos selecionados apenas afirmam que “Quando o meio de comunicação se afasta do interesse público, ainda que para o entretenimento de seu público, e envereda para o interesse particular de conteúdo ofensivo à honra, à privacidade e demais direitos da personalidade, configura ato ilícito indenizável.” Outro trecho do precedente afirma que o valor da indenização deve manter correlação com situações semelhantes, observando os precedentes. Entretanto, não houve citação de precedentes para estabelecimento do *quantum* indenizatório.

O terceiro e último precedente (Apelação Cível 0146463-98.2003.8.19.0001 (2005.001.17968) – TJRJ – DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO – Julgamento: 13/07/2005 – SEGUNDA CÂMARA CÍVEL) relata que há o dever da emissora de exigir prévia autorização a respectiva divulgação. Nesse caso, tampouco houve cotejo entre os fatos do precedente e os fatos do caso que o invoca, e, ainda assim,

há um segundo trecho retirado do precedente no qual se afirma que a divulgação foi ofensiva e comprovadamente vexatória e, por isso, há o dever de indenizar.

4.1.2. TV ÔMEGA LTDA X JOSÉ DE CASTRO VIANA

TJ/RJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.001.56057. DES. PAULO MAURICIO PEREIRA – Julgamento: 04/02/2009 – QUARTA CÂMARA CÍVEL

Este caso trata de uma ação de indenização por danos morais, em que o autor, candidato a deputado federal nas eleições de 2006, teve sua imagem exibida sem autorização em um programa de humor, que o denominou de “candidato tosco”. O que chama a atenção neste caso é que em sede de sentença foi estipulada uma indenização de R\$7.000,00 (sete mil reais) por danos morais, sob o argumento de que a situação lhe causou grande humilhação e que houve excesso do exercício da liberdade de expressão.

Entretanto, em sede de apelação, a sentença foi reformada, por unanimidade, em favor da liberdade de expressão. Os argumentos utilizados para tanto foram que “a atividade da imprensa não consiste apenas em noticiar fatos, mas também expor sua opinião sobre eles, até mesmo de forma jocosa”. Além disso, argumentou-se que o fato de ter sido chamado de “candidato tosco” pode até aborrecer, mas não configura o dano moral.

Nesse caso, foram dois precedentes invocados e em ambos tratou-se do direito de crítica jornalística, mas não se tratou de casos de ofensa humorística, tampouco se enfrentou o porquê o caráter ofensivo foi afastado – levando-se em conta que o caso narrado não trata meramente de crítica política –, além de mais uma vez não ter sido realizado o cotejo dos fatos.

O trecho selecionado do primeiro precedente (Apelação Cível 62277/2006 – TJRJ – Rel. DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA – Julgamento: 27/02/07 – NONA CÂMARA CÍVEL) apenas informa que se trata de caso de matéria desportiva, na qual se fizeram críticas ao comportamento de um torcedor que se portou no Estádio “como torcedor apaixonado de seu time de coração”. Decidiu-se, então, a favor da liberdade de imprensa, pela justificativa que “a crítica desportiva, ainda que ácida, não malferi a honra de pessoa pública, como o autor, mediante utilização de linguagem típica do caldo de cultura futebolística. No caso presente, não se pode confundir ofensa à honra com intolerância à crítica”.

O segundo precedente invocado (Apelação Cível 2071/2005 – TJRJ – Rel. DES. JOSÉ PIMENTEL MARQUES – Julgamento: 10/08/05 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL) trata de matéria pública em jornal em que se discute se haverá ato injurioso ou calunioso na forma em que a jornalista reclama a autoridade do Executivo Estadual. Não foram apresentados os termos usados pela jornalista neste precedente e, pelo que consta dos trechos, não houve neste caso veiculação de imagem não autorizada associada a uma suposta ofensa humorística. Ao citar o precedente, apenas afirma-se que o resultado foi a favor da liberdade de expressão, sob a fun-

damentação de que “Palavras de despreço não traduzem ofensa, mas, isto sim, ausência de admiração, de aceitação. A democracia que não seja de fachada aceita, estimula e quer a crítica.” Mais uma vez, constatamos a ausência de delimitação daquilo que se entende por “crítica jornalística”.

4.2. Liberdade de expressão X Direito de imagem (publicação de fotografia não autorizada)

4.2.1. EDITORA ABRIL S/A X DÉBORA MANDARINO NAJHAR

TJ/RJ, Apelação Cível nº 2008.001.37293 DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE – Julgamento: 06/08/2008 – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

Trata-se de ação indenizatória em face da Editora Abril, em que a autora alega ter sofrido dano moral por conta de publicação de uma foto não autorizada na Revista *Playboy*. Na foto em questão, a autora foi fotografada de costas, mas com o rosto de perfil – podendo ser reconhecida –, vestindo trajes de banho na praia, sob os dizeres “Música para os olhos (e o tato).” Alega a autora que a publicação tem conotação sexual, por tratar-se de revista masculina, havendo clara violação de direito de imagem. A sentença julgou procedente em parte o pedido, apenas para ajustar o valor indenizatório, entendendo, assim, tratar-se de uma violação do direito de imagem da autora, arbitrando-se indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Em sede de apelação, entretanto, o tribunal reformou a sentença, entendendo não haver violação do direito de imagem da autora. O tribunal argumentou que a sociedade atual é extremamente permissiva quanto à exposição do corpo humano, de modo que inclusive o “nú” e o “*top less*” são permitidos em algumas praias. Além disso, a fotografia não teria revelado nada além do que a autora já havia revelado em local público e, por esse motivo, abriu mão da privacidade das partes do seu corpo à mostra. Por tratar-se de uma foto sem sua identificação, seria apenas uma fotografia de uma mulher desconhecida na praia, na mesma página em que havia outras fotografias de mulheres com seios à mostra. Da mesma forma, a legenda da foto tampouco seria ofensiva, levando-se em conta o fato de ser uma revista destinada a homens, assim, o mau gosto da expressão não pode ser critério usado para configurar dano moral.

Para sustentar a decisão, a desembargadora apresentou dois precedentes. O primeiro precedente (Processo REsp 595600 / SC RECURSO ESPECIAL 2003/0177033-2 Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA Data do Julgamento 18/03/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 13.09.2004 p. 259 RDR vol. 31 p. 442 RSTJ vol. 184 p. 386) trata de publicação de fotografia não autorizada de uma mulher exibindo “*top less*”. No trecho selecionado, afirma-se que “se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não

é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.”

No segundo precedente invocado pela desembargadora (2007.001.50636 – APELAÇÃO CÍVEL – DES. SERGIO CAVALIERI FILHO – Julgamento: 07/11/2007 – DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CIVEL) não há trechos que permitam identificar o contexto dos fatos. O único trecho citado determina:

A imagem é manifestação da personalidade, um conjunto de traços e características que distinguem e individualizam uma pessoa no meio social. Não se trata, todavia, de direito absoluto porque sujeito às limitações decorrentes do direito à informação. Se a imagem de alguma pessoa estiver inserida em um contexto amplo e genérico, de modo a ficar claro na composição gráfica que o seu propósito principal não é a exploração econômica, tampouco a identificação da pessoa, mas sim noticiar determinado acontecimento, não haverá que se cogitar de violação do direito à imagem. Tendo a reportagem cunho meramente narrativo e informativo, baseada em fatos verdadeiros, e inexistindo qualquer passagem ofensiva, desabonadora ou desairosa à pessoa do autor, não há que se falar em indenização por dano moral.

No que diz respeito à natureza comercial da revista, a desembargadora fundamenta que a foto da autora não poderia ser “chamariz para as vendas”, uma vez que sua foto não estava na capa da revista. Para esse argumento, a desembargadora apresenta outros dois precedentes.

O primeiro precedente sobre o argumento econômico (2005.001.06649 – APELAÇÃO CÍVEL – DES. ERNANI KLAUSNER – Julgamento: 11/08/2005 – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL) trata de caso de fotografia captada em carnaval. O trecho citado diz que a imagem captada em ambiente público não gera substancial acréscimo patrimonial àquele que publicou a fotografia. Nesse caso, não há violação ao direito de imagem. Danos morais não configurados, principalmente levando-se em conta a participação do autor em um dos maiores eventos do mundo.

O segundo precedente referente ao argumento econômico (2004.001.11027 – APELAÇÃO CÍVEL – DES. FABRÍCIO BANDEIRA FILHO – Julgamento: 16/06/2004 – DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL) trata de fotografia de atriz conhecida com os seios à mostra em revista de grande circulação. No caso, o trecho selecionado afirma que as fotografias não tinham apelo erótico por conta da falta de nitidez das mesmas, uma vez que foram tiradas de imagens de televisão congeladas. Além disso, as imagens teriam sido publicadas em seções dedicadas a artes, literatura e lazeres, corroborando para o fato de que não havia conotação erótica na publicação. Argumentou-se não haver intuito de lucro no caso, pois não há qualquer indicação das fotos na capa da revista ou no índice. Entretanto, tratam-se de casos bem diferentes, pois no caso do precedente, tratava-se de cena já veiculada na televisão, enquanto no caso tratado, tratava-se de foto não autorizada de transeunte. Tais diferenças sequer foram citadas no acórdão.

4.2.2. EDITORA ABRIL S/A X JOANA MACEDO LEMGRUBER

TJ/RJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 32.825/06. DES. HELDA LIMA MEIRELES – Julgamento: 05/07/2006 – SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Trata-se de publicação de fotografia não autorizada na revista *Playboy*, na qual a autora, menor de idade na época (16 anos), estava na praia, usando trajes de banho, virada de costas e com o rosto de perfil – sendo possível ser reconhecida. A legenda da foto dizia “refresco para os olhos”.

De acordo com os fatos narrados, o caso é completamente análogo ao caso anterior. Entretanto, a decisão foi completamente oposta. Neste caso, a sentença condenou a Editora ao pagamento de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização, por conta de violação do direito de imagem. O tribunal manteve a sentença, apenas aumentando o valor dos honorários advocatícios em 15% dada a complexidade da causa.

O primeiro argumento trazido pelo relator desembargador foi o de que se tratava de exibição de fotografia de menor de idade, invocando-se o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente para sustentar a violação do direito de imagem. Este argumento poderia ter sido apresentado como um *distinguish* com relação aos precedentes anteriores a este caso que foram invocados no caso anterior, por exemplo, de modo a justificar a diferença na decisão. Entretanto, este argumento não foi usado como caráter diferenciador do julgado, de modo que os demais argumentos invocados pelo tribunal eram justamente o fato de a fotografia não ter sido autorizada e ter sido utilizada para fins econômicos exatamente no mesmo contexto que ocorrera no caso acima mencionado.

No voto da relatoria, explica-se que a intenção da autora ao frequentar a praia não era a de posar para uma revista de apelo sexual, na qual as mulheres são pagas, em sua maioria, para posarem nuas. Além disso, a legenda “refresco para os olhos” teria acentuado a sensualidade da situação – questão afastada no caso anterior.

O primeiro precedente invocado (REsp 267.529/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 03/10/2000), refere-se à utilização de imagens para fins econômicos, entretanto, mais uma vez não há especificação do caso. O trecho em destaque apenas afirma que “a utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização” e complementa: “a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano”. Dessa maneira, a interpretação que se pode retirar dos trechos citados é que em qualquer caso de uso de imagem não autorizada para fins lucrativos, independentemente de a imagem estar em destaque ou não, haverá sempre o dever de indenizar. Assertiva essa, completamente diversa da apresentada no caso anterior e em seus precedentes.

O segundo precedente invocado (Resp. 138883/PE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, terceira turma, julgado em 04/08/1998, DJ 05/10/1998, p. 76) vem

na mesma direção, apenas para reforçar o afirmado. Tampouco há cotejo dos fatos na citação, apenas retira-se o trecho que confirma o argumento: “cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral”.

4.3. Liberdade de expressão X Direito à honra

4.3.1. ROSANGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA X MARCOS BACELLAR VIEIRA

TJ/RJ, Apelação Cível nº 0018041-51.2012.8.19.0014 RICARDO COUTO – Julgamento: 20/05/2015 – SÉTIMA CÂMARA CÍVEL.

O ponto controvertido da demanda reside em checar o cabimento de indenização moral, em razão de o réu ter publicado em seu blog charge com viés negativo, intitulada “Discípulos de KADAFI”, comparando a permanência da autora, Rosinha Garotinho, Prefeita de Campos dos Goytacazes, no governo municipal, com a resistência do mencionado ditador em não abandonar o governo da Líbia; além de ter publicado notícia imputando à autora a mácula de “caloteira”, “despreparada”.

Em primeira instância, foi proferida sentença em favor da liberdade de expressão, negando os pedidos pleiteados. Em sede de apelação o tribunal manteve a sentença, argumentando que os direitos individuais encontram restrição pela convivência das liberdades, complementando, ainda, que a jurisprudência hodierna se inclina no sentido da liberdade de expressão, sob pena de assemelhar-se à censura. Segundo o desembargador, o controle da imprensa só pode ocorrer se forem transpostos os limites de liberdade de informação e do direito de crítica e, no caso, o transbordo não teria sido demonstrado, já que as expressões não seriam injuriosas e a charge não tem propósito de causar dano à sua imagem.

Para complementar a argumentação, o desembargador relator citou dois precedentes. O primeiro precedente (REsp 744537/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Relator designado para acórdão SIDNEI BENETI, DJ 26/06/2008) trata de ação indenizatória movida por uma ONG contra outra ONG, em razão de uma charge supostamente ofensiva publicada com conteúdo difamatório. Não há mais informações sobre o caso em questão, sequer sobre o conteúdo da charge. O trecho destacado apenas assevera que “Não se configura dano moral indenizável, mas mero debate de comunicação na realização de atividade e publicações”.

O trecho destacado do segundo precedente citado (TRE/MG – RP n.º 789.594, de 28.9.2010, rei. Juíza ÁUREA MARIA BRASIL SANTOS PEREZ) apenas afirma que a crítica política, mesmo que feita em tom jocoso, não configura ofensa passível de indenização. Contudo, mais uma vez não foi demonstrado o contexto em questão e tampouco houve a preocupação de delimitar o que exatamente se entende por “crítica política” e qual seria tal limite.

4.3.2. ROSANGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA X WALTER DA SILVA JUNIOR

TJ/RJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009691-11.2011.8.19.0014 DES. REGINA LUCIA PASSOS – Julgamento: 15/01/2013 – NONA CÂMARA CÍVEL

Trata-se de pretensão de reparação por dano moral, em razão de publicação em “blog” pessoal, acompanhada de caricatura intitulada “como pintar o buraco de Rosinha”. A charge retrata a figura representativa da governadora com um círculo nas nádegas e um pincel ao lado.

Em primeira instância o magistrado concedeu tutela antecipada à autora, determinando a retirada das ofensas do site, argumentando que “O exercício desmedido da liberdade de expressão configura abuso de direito”. Entretanto, na sentença, foi julgada improcedente a demanda sob o fundamento de que se tratava apenas de um ato de mau gosto.

Em sede de apelação a desembargadora relatora destaca a contradição das fundamentações expostas pelo juízo *a quo*, vez que não teriam sido esclarecidos os motivos que fizeram o magistrado mudar de ideia. O tribunal decidiu então pela reforma da sentença, condenando o apelado a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) referente a danos morais. Na justificativa apresentada, a relatora diz que ténue é o limite entre os fatos da vida pública e da vida privada do administrador público, uma vez que sua imagem fica em constante exposição, diferentemente do que ocorre com o cidadão comum. Complementa constatando que os critérios são diferenciados quando se trata de pessoa pública, então apresenta um precedente nesse sentido (Apelação Cível nº 264.784-4/8, TJSP, Rel. Silvio Marques Neto). O único trecho do precedente apontado confirma:

As pessoas sem notoriedade e que não exercem atividade pública merecem proteção à honra em maior latitude que aquelas outras que, por uma razão ou outra, estão mais sujeitos a um controle rígido da sociedade, pela natureza da atividade que livremente escolheram. Essa assertiva não implica em dizer [sic] que os homens considerados ‘públicos’ não mereçam ter a honra tutelada e garantida contra-ataques, mas que a proteção tem que ser mais débil.

Observa-se que o único argumento apresentado para fundamentar a decisão foi no sentido de que pessoas públicas têm o direito à intimidade menos resguardada, entretanto, isso não quer dizer que tais direitos não mereçam tutela. Em momento algum se demonstraram as diferenças entre a tutela de direitos personalíssimos de pessoas comuns e pessoas públicas. Não houve preocupação em justificar qual o critério de proteção para pessoa pública nesse caso e qual seria o limite humorístico de uma charge – tal resultado ocorreu apenas porque a charge tratou de atributos físicos da autora? Caso tratasse de ofensas a sua personalidade, a decisão seria a mesma? Sob o mesmo fundamento? São questões impossíveis de serem respondidas apenas pelo conteúdo do voto.

5. Problemas constatados na aplicação dos precedentes

Diante dos casos analisados, verifica-se que no Brasil, de fato, já há uma cultura de citação de jurisprudências com o intuito de conduzir uma decisão em determinado sentido. No entanto, percebe-se que as referências aos precedentes vão sendo acrescentadas quase que de maneira sortida na argumentação para que os magistrados possam sustentar suas posições que, muitas vezes, se opõem às decisões proferidas em outros casos análogos.

O número de decisões citadas como precedente varia de acordo com a conveniência dos magistrados, sem que se tenha o zelo de separar as argumentações pertinentes que podem ser levadas a diante como precedentes de fato. Deve-se ressaltar que jurisprudência não é o mesmo que precedente. Jurisprudência é um conjunto de decisões reiteradas em determinado sentido, enquanto o precedente é aquele por meio do qual se fixa uma tese paradigma, que serve como referência em outros casos, como explicitado antes. Nos sistemas que se baseiam tradicionalmente e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que assume caráter de precedente é uma só, contudo, em sistemas como o nosso, geralmente faz-se referência a muitas decisões.

As muitas decisões citadas têm um papel às vezes irrelevante na justificação de uma decisão. Na maioria dos votos, sequer há cotejo entre o caso atual e os casos que serviram de base para a definição dos precedentes invocados; ao contrário, o que há de fato são referências pontuais a determinados argumentos gerais recortados de jurisprudência e nomeados como precedentes. Essa maneira de organizar os argumentos dá a entender que o magistrado tem sua opinião formada já antes de buscar quaisquer fundamentações, ou seja, ao que tudo indica, as decisões nada mais são do que reflexo da opinião pessoal dos magistrados que buscam fundamentá-la através do recorte de trechos de outras decisões prévias que confirmem seu raciocínio.¹¹ De fato, a citação de jurisprudência, que não é propriamente um precedente fixado, é capciosa, uma vez que é possível invocar tantos “precedentes” quanto são os números de argumentos já ventilados no judiciário, em variados sentidos.

Não se percebe, no geral, uma preocupação dos magistrados em driblar sua parcialidade interna através da construção de um raciocínio de análise, comparação e real estudo de casos prévios. Grande parte das decisões refletem saltos de lógica inseridos em momentos selecionados para que os magistrados possam confirmar e justificar suas crenças. As fundamentações das decisões judiciais no Brasil são, em grande medida, determinadas pelo viés da confirmação.

Esse viés é explicado pela Psicologia como a tendência equívoca de acreditar que as opiniões proferidas são resultado de uma análise racional e objetiva dos fatos

¹¹ Esse fenômeno da psicologia humana, através do qual, juízes tomam decisões sem que utilizem a fundamentação como trajeto lógico necessário a ser percorrido antes de formá-las, recebe o nome de decisionismo e é relatado em maiores detalhes na obra de STRUCHINER e BRANDO, 2014. pp.171 – 215.

e das regras. A realidade, contudo, é que as opiniões são resultado de valorização das informações que lhe interessam, ou seja, daquelas informações que confirmam aquilo que se acredita, enquanto se ignora os argumentos que desafiam as noções preconcebidas (Struchiner; Brando, 2014, pp. 173-179). Pela análise da forma de utilização dos precedentes realizada anteriormente, tudo indica que os juízes em geral são guiados pelo viés da confirmação, apesar de terem a falsa percepção de que as regras jurídicas guiam a tomada de decisão. Desta forma, a justificação consiste em uma racionalização *post hoc*.

Ressalta-se que não se tem aqui a pretensão de reafirmar um ideal de imparcialidade utópico. É claro que as opiniões inerentes ao seres humanos não podem ser totalmente afastadas, por mais virtuoso que um juiz seja. Entretanto, procura-se demonstrar aqui que a maneira que a construção dos argumentos é realizada, de modo a invocar os “precedentes” apenas para confirmar uma opinião, não é a ideal e certamente tampouco é o modelo idealizado quando da implementação dos precedentes vinculantes no Brasil.

No sentido que têm sido atribuídos no Brasil até o presente momento da elaboração deste artigo, os precedentes não funcionam como limites à opinião do julgador, ao contrário, são opções de justificativa para vários pontos de vista, ainda que sejam em casos análogos. É claro que, não sendo esse o sistema pretendido pelos legisladores do NCPC, que prezam pela fixação dos precedentes através do cotejo dos casos e fundamentação judicial, a cultura internalizada até o momento deverá ser reestruturada. Entretanto, o maior problema é o manejo dos julgados que já foram proferidos. Ou seja, apesar da vigência do NCPC, as regras que tratam dos precedentes são dotadas de efetividade, mas enquanto não forem fixados precedentes com o devido cuidado para serem utilizados em casos futuros, os precedentes disponíveis dos tribunais não serão capazes de conduzir uma solução coerente em casos futuros nos tribunais.

Tendo-se a consciência de que as decisões proferidas pelos magistrados potencialmente formarão precedentes no futuro, há de se ajustar as formas de decidir. Inicialmente, deve-se incorporar uma cultura de realizar uma fundamentação bem estruturada. Além disso, é preciso ter em mente que se pode construir uma *ratio decidendi* pela observação de diferentes níveis de generalização, de modo que uma *ratio* muito específica apenas poderia ser aplicada a um caso futuro se este for igual em sua integralidade fática. Esse tipo de precedente pode até existir e ser útil em alguma medida, entretanto, é possível que encontre problemas assim que se depare com um caso minimamente diferente, que já estaria fora de contexto.

Em outro extremo, uma *ratio* muito genérica, com a pretensão de abarcar muitos casos, acabaria também por não considerar algumas especificidades que tornariam o caso uma exceção. A decisão seria puramente arbitrária em determinado sentido, uma vez que o pensamento muito geral não considera problemáticas que surgem em casos concretos. Esse é o problema também do estabelecimento de

standards a partir das decisões, pois não se pensa em casos diferentes, mas em uma regra geral maior.

Diante dessa análise, tudo corrobora para acreditarmos que um nível intermediário entre os extremos de generalidade e especificidade seria ideal para estabelecimento de um precedente. Não obstante, o exercício é delicado. É preciso excluir, de maneira precisa, aqueles fatos do caso concreto que não se generalizam e preservar, entretanto, não apenas os mais gerais, como sustenta a maioria, mas aqueles argumentos que podem ser encaixados em outros casos semelhantes que envolvem o mesmo caminho no raciocínio lógico. Assumindo o compromisso que o tribunal é coerente em sua jurisprudência, deve-se pensar como se posicionaria em outros casos que contenham problemas jurídicos similares.

Conrado Hübner ensina que em um exercício de tentativa e erro, de aproximação sucessiva, é possível relacionar os valores constitucionais em conflito com gradações diferentes (Mendes, s.d., p. 7). A partir daí poderíamos chegar a um conjunto de hipóteses e, por fim, poderíamos verificar qual solução se adaptaria melhor à situação. Durante o processo decisório, é mister que o magistrado se questione o tempo todo. Esse tipo de postura evita, em certa medida, que se caia em justificativas do viés da confirmação, além de determinar com mais precisão qual a extensão do precedente, ou seja, que tipos de situações poderá ser invocado.¹²

Um exemplo relativamente recente em que este tipo de raciocínio foi empregado foi no RECURSO ESPECIAL Nº 984.803 – ES, julgado pela terceira turma do STJ em 2007. Tratava-se de uma ação indenizatória ajuizada por Hélio de Oliveira Dorea contra rede de televisão por noticiar seu nome como suspeito de crime de corrupção, tendo comprovado sua inocência posteriormente. Na primeira instância, o juiz julgou procedente a ação, condenando a emissora ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais e R\$ 6.543.774,71 (seis milhões, quinhentos e quarenta e três mil, setecentos e setenta e quatro reais e setenta e um centavos) de danos materiais. Em sede de apelação, o tribunal reformou a sentença apenas para determinar que o montante dos danos materiais fosse apurado na fase de liquidação de sentença. Entretanto, em sede de Recurso Especial, o STJ reformou o acórdão, rejeitando todos os pedidos da autoria pelos seguintes fundamentos:

Por tudo isso, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. *Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.* (grifo nosso).

¹² A este tipo de raciocínio Fábio Carvalho Leite denomina de perspectiva generalista, ou, "generalismo". Ao invés de se pensar abstratamente, como normalmente se propaga, estimula-se pensar coletivamente, ou seja, pensar em vários casos individuais, como pequenas variantes, a fim de delimitar a extensão dos precedentes (Leite, 2015, p. 10-11).

A Relatora Min. Nancy Andrighi observou justamente que uma decisão que não reformasse o acórdão, reconhecendo os pedidos do autor, terminaria por consolidar um paradigma indesejado para futuros casos. Isso seria impraticável. É justamente pensando nas consequências futuras que as decisões do presente poderão ser tomadas de maneira a formar um precedente adequado.

Contudo, mesmo com todo esse exercício de raciocínio, algumas questões controversas permanecem. Como um julgamento colegiado que se realiza pela soma de uma pluralidade de votos, é possível que os votos que compõem a maioria alcancem uma mesma decisão, mas com *ratios* diferentes. A convergência, neste caso, encontra-se apenas no dispositivo. Entretanto, não há determinação precisa a respeito de qual seria a *ratio* do acórdão, ou então, se seria esse um acórdão pouco promissor para constituir um precedente sólido, uma vez que não há articulação combinada entre os argumentos e o resultado do acórdão.¹³

De um lado, o nosso próprio sistema jurídico, tal como construído acaba por permitir que algumas situações jurídicas sejam julgadas de formas distintas, dependendo da interpretação que se confira. As próprias leis, muitas vezes, são dotadas de amplo grau de generalidade, abstração e impessoalidade. Além disso, mesmo concentrando todos os esforços para que não se deixe levar para as armadilhas da mera confirmação, o magistrado, ainda assim, mantém suas convicções pessoais, ideologias, experiências pessoais, condições essas inerentes à natureza do próprio ser humano e que poderão, sem dúvidas, influenciar na decisão.¹⁴

Ciente dos obstáculos e problemas durante a construção de um precedente, não tem este estudo a pretensão de apresentar uma solução concreta para todos eles. O objetivo, entretanto, é que, mediante a apresentação destes problemas, sejam estudados mecanismos de manipulação dos mesmos e realizar uma crítica ao que tem sido feito até o momento, para seja possível pensar em um futuro no qual o Poder Judiciário brasileiro produza decisões mais coesas, coerentes possível, potencialmente garantindo maior segurança jurídica aos destinatários das decisões.

6. Conclusão

Diante do exposto, é possível observar que a ausência de critérios para utilização dos ditos “precedentes” tem sinalizado para o crescente perigo do excesso

¹³ Como tem se demonstrado neste artigo, muitas vezes um tribunal não diz explicitamente qual é o *holding* contido em sua decisão, e deixa por conta dos leitores a tentativa de determiná-lo. O problema é que se o tribunal não diz por que os fatos relevantes são relevantes, tudo que nos resta é um relato dos fatos que pode ser interpretado em numerosos níveis de abstração. Ficamos sem nenhuma noção sólida de qual teria sido o entendimento do tribunal, e sem nenhuma maneira de aplicar a decisão precedente no futuro de forma confiável. Somente ao afirmar o seu *holding* é que o tribunal permite que tribunais subsequentes e o próprio tribunal sigam o *holding* fixado (Schauer, 2012, Capítulo 3. Leite, Brando, no prelo. Mendes, 2009).

¹⁴ Em interessante estudo que relaciona a posição política dos juizes e o tipo de decisão que proferem em casos envolvendo Liberdade de Expressão, Lee Epstein, Christopher Parker e Jeffrey Segal demonstram que, mesmo em um sistema de precedentes há anos consolidado como o dos Estados Unidos, os juizes têm uma tendência de decidirem de uma determinada forma, de acordo com sua ideologia política (Epstein, Segal, 2013).

de discricionariedade ou voluntarismo do juiz. As tantas argumentações proferidas em vários sentidos são utilizadas sem a contextualização adequada, dando vazão à opinião do juiz por uma motivação apenas principiológica, sem construção de etapas do raciocínio lógico.

Constata-se atualmente uma liberdade quase sem limites de interpretação do juiz, dando ensejo a muitas arbitrariedades, eivando o judiciário de insegurança nas decisões. A uniformização é não só um direito do jurisdicionado, mas acima de tudo um dever do Estado, que, no momento atual é urgente, em razão das recentes mudanças conferidas pelo NCPC.

Essas mudanças trazidas pelo NCPC, apesar de carecerem de complementação, são promissoras. Resta, entretanto, estabelecer parâmetros para formulação de teses jurisprudenciais a serem aplicadas como precedentes no futuro. A jurisprudência em geral, na forma atual que se encontra, não está preparada para funcionar como precedente vinculante. Nota-se que, embora formado por inúmeros sujeitos, o Poder Judiciário compõe uma estrutura única, que deve ter visão uniforme sobre determinados temas.

Não obstante essas questões, o fortalecimento da jurisprudência constitui uma das principais soluções para reduzir o problema das ações repetitivas e gerar segurança jurídica à sociedade. Talvez, nos próximos anos, através da implementação das regras trazidas pelo NCPC, passaremos a olhar os precedentes com mais cuidado e responsabilidade. Essa é uma visão, contudo, extremamente otimista, tendo em vista a nossa cultura judicial. Como ressaltado, é preciso aliar à mudança no ordenamento uma mudança comportamental.

THE CONVENIENT USE OF PRECEDENTS IN FREEDOM OF SPEECH DECISIONS AND THE CONFIRMATION BIAS

Abstract: This paper aims to analyze the way that precedents have been used in Brazil now a days, and to present the potential issues that will be addressed from the validity of the Brazilian New Code of Civil Procedure, for the regulation of precedents due in Civil Law system country. For this, we selected a number of judgments dealing with conflicts between fundamental rights. We analyzed the way judges invoked the precedents for such cases that reached the resolution of the conflict. The results of this research by sampling reveals that the invocation of precedent in most cases is random and tends to be nothing more than a way to support a pre-existing opinion, which is a fact of great concern with respect to legal security. The article finally ends by revealing highly critical content in relation to the position of judges during the decision making process.

Keywords: constitutional jurisdiction; precedent; freedom of speech; stare decisis.

Referências

- Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf
- ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- DWORKIN, R. *Uma Questão de Princípio*. 2ª ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- EPSTEIN, L.; PARKER, C.; SEGAL, J. *Do Justices Defend the Speech they Hate?* In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment. Annual Meeting Paper; American Political Science Association, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2300572>
- HABERMAS, J. *Direito e Democracia entre Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Traducción: Genaro R. Carrió. Argentina: Abeledo-Perrot, 1963.
- JOBIM, M. F. *Entendendo a nomenclatura dos precedentes*, 2012. Disponível em: www.reajdd.com.br/html/ed4-6.pdf
- LEAL, M. C. H. *A Constituição como Princípio: Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.
- LEITE, F. C.; BRANDO, M. S. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal*. No prelo.
- LEITE, F. C. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: (Novos) Fundamentos para a posição preferencial da Liberdade de Expressão nos conflitos com o direito à honra e à imagem*, 2015.
- _____. Pelo fim da “Cláusula de Reserva de Plenário”. In.: *Revista Direito, Estado e Sociedade* 40, 2014. Disponível em: DOI: <http://dx.doi.org/10.17808/des.40.167>
- MENDES, C. H. *Is it All About the Last Word?* Deliberative Separation of Powers. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, pp. 69-110, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911822>
- _____. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf
- SCHAUER, F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2012.
- STRUCHINER, N.; BRANDO, M. S. Como os juízes decidem casos difíceis do direito? In.: [Org.] STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental*. Rio de Janeiro: Puc-Rio Pod Editora, 2014.

Recebido: 07.06.2016.

Aprovado: 02.08.2016.