

Direito de Expressão

*Estudos em homenagem aos 30 anos da
Constituição Cidadã – A Carta da Liberdade*



2018

©Copyright: Editora Sejamós Luz

Coordenação editorial: Júlio Antonio Lopes e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Capa e projeto gráfico: Kern Design – www.kerndesign.com.br

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação de direitos autorais (Lei 9.610/98).

Ficha Catalográfica

L864d Lopes, Júlio Antonio. Ramos Filho, Carlos Alberto de Moraes.

Direito de Expressão: Estudos em homenagem aos 30 anos da Constituição Cidadã – A carta da liberdade - / Júlio Antonio Lopes e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho (org.)

Manaus: Sejamós Luz, 2018.

368 p.; II;

1. Constituição Cidadã 2. Liberdade de imprensa I. Título

CDD– 302.4

Bibliotecário Jânio Célio - CRB 532/AM

Sumário

NOTA DOS EDITORES	6
<i>J. Bernardo Cabral</i> A CONSTITUIÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA	7
<i>Júlio Antonio Lopes</i> <i>Olivar Durães Filho</i> A ADPF 130/09 E OS NOVOS PARADIGMAS PARA ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DE IMPRENSA	14
<i>Pontes Filho</i> OBSCURANTISMO INFORMACIONAL	42
<i>Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho</i> A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	56
<i>Jussara Maria Pordeus e Silva</i> A DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO COMUNICATIVO	86
<i>Márcio André Lopes Cavalcante</i> DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO	102
<i>Márcio Luiz Coelho de Freitas</i> LIBERDADE DE IMPRENSA X TUTELA DA INTIMIDADE: ELEMENTOS PARA A TUTELA JUDICIAL DOS DANOS MORAIS POR FATOS DA IMPRENSA	117
<i>Marcos Arruda</i> DIREITO DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO	137
<i>Mário Jumbo Miranda Aufiero</i> LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	155

<i>Gerfran Carneiro Moreira</i> LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO: NAS ESQUINAS DA POLÍTICA, DA CIDADANIA E DO TRABALHO	172
<i>Erik Lorenzo Silva</i> LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE IMPRENSA QUANTO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	187
<i>Walter Siqueira Brito</i> A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL	198
<i>Rafael Frank Benzecry</i> OFENSA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU INJÚRIA?	211
<i>Bernardo Silva de Seixas</i> <i>Roberta Kelly Silva Souza</i> A QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS : CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE	224
<i>Marco Evangelista</i> A INTERNET E SEU MARCO CIVIL – O QUE, PARA QUEM, COMO ...	248
<i>Dimis da Costa Braga</i> LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO CONTEXTO DA PROPAGANDA ELEITORAL	262
<i>Cassius Clei Farias de Aguiar</i> APLICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA HONRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS CASOS EM QUE SÃO COMETIDOS VIA IMPRENSA APÓS A NÃO RECEPÇÃO DA LEI 5.250/67.	283
<i>Luziane de Figueiredo Simão Leal</i> LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO	304
<i>Tonny André de Souza Silva</i> FAKE NEWS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO MUNDO JÚRIDICO PENAL, ELEITORAL E CÍVEL	322

Marco Aurélio de Lima Choy

O USO DAS REDES SOCIAIS NO CONTEXTO DA PROPAGANDA
ELEITORAL: LIBERDADE DE EXPRESSÃO X CONTROLE

JURISDICIONAL.....333

LEIA O ACÓRDÃO QUE DERRUBOU A LEI DE IMPRENSA.....343

Apêndice

LEI MORTA344

Nota dos Editores

Este livro é um tributo. Um tributo à Constituição Federal do Brasil que, em 5 de outubro, completou 30 anos. É, também, uma homenagem ao seu Relator, o notável jurista e político amazonense Bernardo Cabral que, aos 86 anos bem vividos, está aí, firme e forte, para dar o seu depoimento aqueles dias sobre heroicos e encantados de Assembleia Nacional Constituinte.

A Editora Sejamós Luz e a Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA) juntaram forças e mobilizaram outros 22 profissionais do direito, que produziram artigos sobre vários aspectos da liberdade de expressão do pensamento, de comunicação e de informação, os quais, previstos tanto no capítulo dos Direitos Individuais, quanto no capítulo da Comunicação Social, revelam o seu caráter preferencial. É, por isto, chamada por nós de “a Carta da Liberdade”. Sem esta liberdade, sem imprensa livre, sem espaço para o debate, para o trânsito do pensamento, a democracia não subsiste. É, portanto, também em nome do interesse público, que esta obra chega às mãos do leitor. Para que ele saiba, enfim, que a liberdade de pensamento é condição de existência, como na famosa frase de Descartes: cogito, ergo sum!

J. Bernardo Cabral

Relator da Constituição brasileira de 1988, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (1981/1983). Membro efetivo da Academia Amazonense de Letras. Membro efetivo da Academia Carioca de Letras. Membro efetivo da Academia Internacional de Direito e Economia, Doutor Honoris Causa da Academia Brasileira de Filosofia, Doutor Honoris Causa da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UNIRIO). Doutor Honoris Causa da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Consultor da Presidência da Confederação Nacional do Comércio.

A CONSTITUIÇÃO E A LIBERDADE DE IMPrensa

É necessário, de início, salientar que se impõe a abordagem de algumas análises e reflexões em derredor de como foi elaborado o texto da Constituição de 1988.

Vamos retroagir um pouco no tempo.

No primeiro semestre de 1964, sob os impulsos de um movimento popular, fruto ou não de equívocos, as Forças Armadas, com o apoio, manipulado ou não, de significativa parcela da classe política (parlamentares, governadores e prefeitos), destituíram o Presidente da República e operaram lesões na ordem político-institucional vigente, através dos chamados atos institucionais.

Após um período de convivência da Constituição de 1946 com os atos institucionais, o Congresso Nacional foi chamado a institucionalizar o quadro jurídico resultante, através da elaboração da nova Constituição, que foi promulgada a 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano.

Durou pouco e, no curto espaço de tempo de sua vigência, ouviram-se as primeiras vozes em favor da

convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, ideia que, infelizmente, não prosperou, uma vez que a 13 de dezembro de 1968 o estamento militar impôs ao Presidente da República a edição de ato institucional de nº5, que promoveu a completa ruptura político-institucional.

Eis aí o motivo forte de então para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte: a completa ruptura político-institucional. E dela decorreram todas as ações políticas que tiveram curso no País.

Impende colocar em relevo que esse período difícil pelo qual o País atravessou só pode receber um nome: TENEBROSO, razão pela qual não se pode deixar de considerar que a atuação da Imprensa foi exemplar e o meio jornalístico não se curvou, apesar de estar a Nação de joelhos.

É que, àquela altura, a redação de todos os jornais, rádios e TVs tinham um representante da censura oficial impondo os seus atos discriminatórios. É conhecido o episódio de um órgão de imprensa de São Paulo que, no local onde o censor determinava a retirada da matéria, fazia publicar poemas de autores célebres. O que se tornou rotina.

Assim, tão logo os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte tiveram curso e começamos a respirar o ar saudável e vivificante das liberdades públicas e civis, a preocupação de todos os constituinte era de consolidar a liberdade de imprensa.

A minha contribuição foi fácil de exercitá-la, eis que, de 1952 até o final de 1962 (quando me elegi deputado estadual), convivi com a redação de A CRÍTICA, sob o comando do saudoso jornalista Umberto Calderaro Filho.

Logo, por conhecer a imprensa por dentro, tive a necessária paciência, com outros colegas parlamentares, de não nos impressionar com as críticas que a ela faziam por fora. Acabou se tornando irrevogável a máxima que criamos: é na existência da completa manifestação do pensamento que reside a verdadeira grandeza de um povo, e, para isso, a imprensa livre e madura é essencial.

Durante a troca de ideias, ressaltamos a convicção de que se deve à imprensa do Brasil a prestação de inestimáveis serviços ao País. Sem ela, os nossos irmãos negros continuariam escravos no pelourinho, e, sem ela – era nosso remate final – talvez não existisse a proclamação da República.

Nessa caminhada chegamos à LIBERDADE DE PENSAMENTO.

No capítulo dos Direitos e garantias Fundamentais, o art. 5º, inciso IV, é de uma clareza meridiana:

“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Nesse mesmo capítulo e artigo, o inciso IX impõe:

“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Por sua vez, o inciso XIV, disciplina:

“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Nesse passo, faço um breve comentário sobre a obra de autoria do Advogado e Jornalista Júlio Antonio Lopes, em derredor do sigilo da fonte, na qual, em abordagem sistemática, oportuna e conclusiva, coloca ele em relevo a circunstância de que essa garantia constitucional não pode ser flexibilizada.

De fato, os constituintes de 1988 atingimos o alvo certo com essa proteção, qual seja, garantir ao jornalista o direito de não revelar a sua fonte de informação ou a pessoa de seu informante. Aquela altura, antes da Constituição de 88, era comum algumas autoridades policiais pressionarem os órgãos de imprensa para revelarem a fonte das informações sobre as investigações de irregularidades administrativas nos municípios ou nos estados. O pretexto era sempre o mesmo: as investigações corriam sob segredo de justiça e a imprensa tinha a obrigação de não revelá-las.

A conclusão irretocável dos Constituintes ficou consagrada nesse artigo 5º, XIV, com a afirmação de que a obrigação dos

jornalistas é com a divulgação das informações, e não com o seu ocultamento.

E mais, elevado a nível constitucional, o sigilo da fonte só poderá sofrer restrições na vigência do estado de sítio e, ainda assim, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior.

Vale ressaltar, com todos os méritos: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a liberdade de imprensa como poucos países do mundo. Bem a propósito, nesse diapasão afina o Ministro Carlos Ayres Britto, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal:

“A liberdade de imprensa ocupa, na Constituição, este pedestal de irmão siamesa da democracia”.

Por igual, não fica adstrito apenas ao capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais a liberdade de pensamento, eis que no capítulo da “Comunicação Social”, o art. 220 é didático:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

E o seu parágrafo 1º é categórico:

“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV”.

Além disso, o parágrafo seguinte proíbe a censura, sem a mais leve dúvida:

“É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto, em palestra no Seminário Internacional de Liberdade de Imprensa, em São Paulo, em elogiável e incontestável interpretação, colocou em alto e bom som: “Onde for possível a censura prévia, mesmo que procedente do Poder Judiciário, não há plenitude de liberdade de imprensa”.

Todavia, para que não se retire desses ensinamentos uma Carta de Alforria e, a partir daí, uma garantia de que possam os profissionais da imprensa caluniar, difamar e injuriar, necessário se torna lembrar que, caso isso venha a ocorrer, ficarão os infratores sujeitos à legislação penal, como qualquer ser humano.

Cabem, ainda, algumas considerações sobre a Lei 5.250/67. Esse diploma legal, oriundo do primeiro governo militar, regulava, além da liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

Os juristas – notadamente os profissionais que militam na área penal – eram unânimes em tecer as maiores críticas à sua aplicação, a ponto de suscitarem a manifestação do Supremo Tribunal Federal, o qual, por maioria de votos de seus Ministros, colocou uma definitiva pá-de-cal na sua aplicação.

Tal decisão se tornou possível porque a Corte Suprema, albergada na Lei Maior que lhe confere a guarda da Constituição, tomou como parâmetro não haver a Lei Magna de 1988 recepcionado o referido diploma legal, o que o tornava suscetível de ter o fim que acabou por alcançar. O que se fazia tardar, convém salientar, uma vez que tal eliminação já ocorrera com a Lei de Segurança Nacional, a quem a Ordem dos Advogados do Brasil, em tempos idos, denominava de entulho autoritário.

Colho da decisão, o que colocaram os Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia. O primeiro, ao votar pela suspensão integral da Lei assinalou que nada mais nocivo de que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão, para enfatizar que “o pensamento há de ser permanentemente livre, essencialmente livre, sempre livre”, enquanto que a Ministra afirmou “que a democracia não se compadece com qualquer tipo de restrição”.

É bem verdade que, no ardor do trato da notícia, alguns jornais e jornalistas podem ter a tendência de transformar casos

em causas, levados pela paixão política, partidária, religiosa ou empresarial, provocando, com isso, equívocos em sua obra e eventuais injustiças para com aqueles que foram alcançados por sua verrina.

No entanto, esses deslizes ocasionais, quando ocorrem, não podem ser invocados como instrumentos de retaliação contra o arcabouço da imprensa brasileira, através de modificações legais, colocando em risco o conceito de liberdade de expressão.

Por outro lado, por motivos mais do que conhecidos, os governantes brasileiros – salvo raríssimas exceções – insistem em ver jornais e jornalistas como inimigos em potencial e não como aliados permanentes de seus programas administrativos.

Talvez por isso – ou em razão disso – o mundo inteiro tomou conhecimento da reflexão de Thomas Jefferson, o exemplar presidente dos Estados Unidos da América do Norte. Transcrevo-a:

“Se tivesse que tomar uma decisão nesse sentido, preferiria escolher uma imprensa sem governo no lugar de um governo sem imprensa”.

Não menos significativo ou talvez mais eloquente, foi a inesquecível lição de Rui Barbosa:

“Removei a imprensa, essa publicidade quotidiana que se chama imprensa, e já não haverá administração, já não haverá legislatura, já não haverá soberania nacional, já não haverá tranquilidade, nem confiança, nem crédito, nem trabalho. Reinará o pavor, o arbítrio, a vingança, a miséria, a vergonha. Reinarão os aventureiros, os desalmados, os malfeitores”.

É hora de concluir, para afirmar, com a segurança de quem soube enfrentar a tempestade de uma cassação do meu mandato parlamentar de deputado federal, a suspensão dos meus direitos políticos por 10 anos e a interrupção da minha carreira no magistério superior, que uma imprensa controlada pelo Estado ou pelas elites, pode permitir

a eclosão de não apenas uma, mas de duas ou várias ditaduras numa mesma região. É que nenhum país será grande, nenhuma nação conseguirá se desenvolver ou viver em harmonia os seus cidadãos, se não for protegida e estimulada por uma imprensa livre. Na existência da completa manifestação de pensamento reside a verdadeira grandeza dos povos. Com uma imprensa amordaçada, maculada pela censura, não subsiste a democracia e o mundo moderno, de hoje, nos ensina claramente que sem ela as nações não sobrevivem. E o que é preocupante: uma nação onde o medo prevalece sobre a esperança e o ódio subjuga o amor, a vida não merece ser vivida.

Júlio Antonio Lopes

Advogado, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas (ABCMP), da Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado (AIJDC) e da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA).

Oliver Durães Filho

Advogado.

A ADPF 130/09 E OS NOVOS PARADIGMAS PARA ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DE IMPREENSA

RESUMO: Este artigo tem por objeto a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)n°130, cujo relator foi o ministro Ayres Britto, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que considerou como não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), estabelecendo novos paradigmas para o enfrentamento das questões relacionadas à liberdade de pensamento, de informação e de comunicação.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, Lei de Imprensa, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Censura nunca mais. 3. Não pode haver outra “Lei de Imprensa” e nem legislação criminal diferenciada para jornalistas. 4. Autorregulação. 5. A calibração cronológica e a primazia do direito de informação. 6. A imprensa e o agente público, políticos e membro do Judiciário. 7. A cláusula de modicidade e a impossibilidade de se levar em conta o fato de a suposta ofensa ter sido divulgada pelos meios de comunicação para quantificar o dano moral. 8. Liberdade de imprensa e liberdade de expressão do pensamento. 9. Internet. 10. Efeitos jurídicos da decisão.

1. Introdução

É fato: muita gente ainda não se debruçou sobre a decisão proferida pelo STF nos autos da ADPF n°130, que retirou do ordenamento jurídico pátrio a Lei 5.250/67.

Digo isto porque, na prática, na condição de advogado de jornalistas e de órgãos de comunicação, percebo que os julgadores, em bom número, ainda definem algumas questões, sobretudo as de danos morais, com base em conceitos doutrinários ou jurisprudenciais superados pelo entendimento da Corte Maior do país. E o que é mais intrigante, partindo da premissa falsa de que os direitos de expressão do pensamento e de comunicação, quando em confronto com os direitos à honra, imagem, intimidade e privacidade, a estes devem ceder.

O discurso contido em algumas sentenças e acórdãos tenta disfarçar esta, digamos assim, inclinação, mas a verdade é que, mesmo invocando a técnica de hermenêutica apropriada, a ponderação, acabam por identificar abusos e fantasmas em quase tudo o que a imprensa veicula, como se, em seu seio, os profissionais estivessem sempre engendrando fórmulas para denegrir o protagonista da informação.

A Lei 5.250/67 era um dos mecanismos daquilo que se convencionou chamar de “entulho autoritário”, eis que concebido em plena a ditadura militar instalada no Brasil a partir de 1964 para servir, mesmo, de elemento de

tutela e de coerção à liberdade de expressão do pensamento e de comunicação. Ela atendia aos interesses e ao contexto de um regime de força, sendo incrível que sobrevivesse por 42 longos anos, 21 anos ainda depois do retorno do país ao Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Cidadã!

Não há dúvidas, portanto, de que o constituinte de 1988, refletindo os anseios da sociedade, quis devolver-lhe, de forma plena, aquilo que lhe fora roubado: a liberdade de pensar, de expressar seu pensamento, de comunicar-se, de informar-se e de ser informado, enfim, por qualquer meio ou veículo, sem receio de censuras ou quaisquer outras punições. Daí porque a Constituição de 1988 tornou-se a portadora de um grande bloco normativo, inserido tanto no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas quanto no capítulo da Comunicação Social, a revelar-lhe, com eloquência, a primazia em nosso ordenamento jurídico.

Em 2009, em mais um julgamento histórico, o STF deu a última palavra. E fixou os parâmetros a serem observados em casos do gênero. Este trabalho faz uma síntese da referida decisão e pretende colaborar, modestamente, para o debate e para o resgate definitivo dos direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação como preferenciais na história dos povos livres e na presente ordem jurídica brasileira.

2. Censura nunca mais

Logo no §2º do art. 1º a Lei 5.250/67 institucionalizava a censura ao dizer que não se aplicava o caput, cujo teor apresentava como “livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio”, a espetáculos diversões públicas, além de estendê-la a jornais, periódicos, empresas de radiodifusão e agências noticiosas nahipótese de estado de sítio.

Como já se vivia num regime de exceção, e logo no ano seguinte viria o AI 5, a censura se generalizou. Na música, no cinema, no teatro, na literatura, na televisão, na imprensa. Cantores como Geraldo Vandré, Chico Buarque, Caetano

Veloso, Gilberto Gil, Odair José, dentre outros, tiveram suas músicas proscritas, foram perseguidos ou precisaram se exilar. Consta no site da memória do cinema brasileiro que entre as décadas de 60 a 80 ao menos 444 filmes foram censurados, como “Terra em Transe”, de Glauber Rocha, e “O bandido da luz Vermelha”, de Rogério Sganzeria. Centenas de peças de teatro, como “Liberdade, liberdade”, “Navalha na carne” e “Roda Viva” também foram vítimas do mesmo tação e atores já consagrados, como Walmor Chagas, Cacilda Becker, Ruth Escobar e Norma Bengel experimentaram toda sorte de vexames no exercício de suas profissões, a última, inclusive, chegou a ser sequestrada. Os livros não ficaram de fora. O grande Jorge Amado teve obras censuradas em várias plataformas: na literatura, no teatro e na televisão. Ao lado dele figuraram outros nomes ilustres do mundo das letras como Ferreira Gullar, Millôr Fernandes, Moacir Scliar, Carlos Heitor Cony, Celso Furtado e Rubem Fonseca. Na TV, o meio de comunicação de maior alcance, o caso mais famoso foi o da novela “Roque Santeiro”, de Dias Gomes. E por aí vai.

Jornais e revistas de todo o País tiveram censores em suas redações. Jornalistas eram convocados para depor e eram presos por supostos “crimes de opinião”. Alguns chegaram a ser torturados. Wladimir Herzog, então diretor da TV Cultura, foi morto numa cela do DOI-CODI, em São Paulo. Em reação contra a censura os jornais usavam os mais diversos expedientes: O Estado de São Paulo publicava trechos de “Os Lusíadas”, de Camões; o Jornal da Tarde reproduzia receita de bolos no lugar das matérias cortadas; o Jornal do Brasil teve a sua sede ocupada por oficiais do Exército. Periódicos que defendiam ideais de esquerda, como o Correio da Manhã, a Última Hora, a Folha da Semana e o Semanário tiveram suas redações invadidas e oficinas depredadas. Até a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) sofreu atentando à bomba.

Ninguém, portanto, na época em que a Constituição atual foi escrita (1987/1988), suportava mais ficar com a voz presa na garganta. Uma nova ordem somente poderia ser construída a

partir da mais completa liberdade de pensamento, de informação e de comunicação. O constituinte não poderia ter deixado mais claro:

“Art.220

§ 1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Importa dizer: os meios de comunicação não estão sujeitos, por força de comando constitucional, a qualquer restrição prévia quando da elaboração de suas matérias, bem como a respeito dos seus critérios de oportunidade e de interesse social para divulgação.

Segundo decidiu o STF na ADPF 130/09 não pode haver controle antecipado da informação, posto que a Constituição, além de dizer que é “livre” a expressão do pensamento e da informação, diz também que ela é “plena”. Isto significa que não devem mais ser concedidas liminares, como em ações inibitórias, para barrar matérias que ainda serão veiculadas nos meios de comunicação. Qualquer controle deve ser feito a posteriori, através de ações penais ou cíveis indenizatórias, pelo exercício do direito de resposta, por pedido de retificação ou interpelação. Só em uma hipótese poderá haver restrição prévia à liberdade de imprensa: quando decretado o estado de sítio na forma do art. 139, III, da CF.

Em data anterior ao julgamento da ADPF 130/09, isto em 2004, O STF já sinalizara fortemente neste sentido ao negar referendo, por sete votos a dois, à liminar deferida pelo ministro Cezar Peluso no Mandado de Segurança 24832, impetrado pela defesa do chinês Law King Chong, a qual impedia a divulgação de sua imagem durante depoimento à CPI da Pirataria na Câmara dos Deputados.

Naquela ocasião o ministro Carlos Ayres Britto, que viria a ser o relator da ADPF 130/09, abriu a divergência dizendo: “Nós estamos vivendo uma Idade-Mídia, por paráfrase com a Idade Média. Nessa Idade-Mídia é natural que tudo venha a lume, porque é próprio da democracia que todos se tomem dessa curiosidade – santa curiosidade – pelas coisas do Poder, pelas coisas que dizem respeito a toda a coletividade. A democracia é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, prima pela excelência da informação, e é claro que a informação televisada ganha essa tonalidade de excelência, de transparência. Então, no caso, eu entendo que não houve prejuízo ao direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída ao televisamento direto”.

E o ministro Celso de Mello, o decano do STF, em voto brilhante, dirimira qualquer dúvida quanto à impossibilidade de censura prévia no Brasil: “Não há privilégio do mistério numa República fundada em bases democráticas. A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior, no desempenho de sua prática governamental. O novo estatuto político brasileiro, que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta, consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurados, incluindo-o, como expressa ressalva para situações de interesse público, dentre os direitos e garantias fundamentais. A liberdade de imprensa há de ser entendida em sua acepção ampla, em sua dimensão ativa e passiva. No direito de prestar informações, de transmitir esclarecimentos e também no direito de receber informações e esclarecimentos, especialmente quando emanados de órgãos públicos. A perspectiva do abuso não deve justificar uma reação antecipada do poder público, impondo restrições prévias ao direito de comunicar e de fazer transmitir para conhecimento público e geral, e de modo pleno, as informações

e os eventos que o próprio poder legislativo entender essenciais à compreensão de seus trabalhos e de sua alta missão institucional”.

Trecho da Ementa da ADPF 130/09 espanca qualquer dúvida a respeito, verbis: (... O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado da civilização. (... A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220 traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§1º do mesmo art. 220. Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”.

3. A rejeição em bloco da Lei 5.250/67. Da impossibilidade de haver outra “Lei de Imprensa” e de legislação diferenciada para jornalistas

Em quatro países da América Latina o quadro, no que respeita à liberdade de pensamento e de comunicação, é estarrecedor. Em Cuba, do ditador Fidel Castro, ela simplesmente inexiste. No Equador, de Rafael Corrêa, assim como na Venezuela (de Hugo Chávez e Nicolas Maduro), os poucos órgãos de imprensa dependente sofrem todo tipo de intimidação. Na Argentina, a presidente Cristina Kirchner conseguiu a aprovação da Ley de Medios, cuja intenção indisfarçada em acabar com o grup Clarin, que criticava seus desmandos, e, de lambuja, domesticar toda a imprensa portenha.

A questão é preocupante, posto que este mal, do autoritarismo, quando emanado de governos eleitos, é mais grave e parece ter potencial para alastrar-se, para ganhar adeptos

entre outros governos da região, cujos membros precisam das sombras, da mordaca, para melhor encobrir suas malfeitorias.

Logo depois que a Lei 5.250/67 caiu, começaram as discussões, aqui no Brasil, sobre a necessidade de uma “nova Lei de Imprensa”, porque, segundo alguns, muita coisa ficaria no “vazio”.

A ADPF 130/09, no entanto, esclarece que é a Constituição, e somente a Constituição, “o ponto de partida e o ponto de chegada dos direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação, havendo um bloqueio normativo, claramente expresso pelo art. 220, §1º e 2º”, que se traduz na impossibilidade de haver uma lei que disponha sobre suas “coordenadas de tempo e de conteúdo”. Uma lei para “disciplinar” o exercício desses direitos, portanto, está totalmente fora de cogitação. De igual sorte, não pode haver legislação penal diferenciada para jornalistas, como na antiga lei. O STF estabeleceu que “à luz de uma Constituição que tanto favorece a liberdade de imprensa, não cabe sequer falar de um destacado sistema penal na matéria”. O entendimento da Corte é que, se isto fosse possível, criar-se-ia um tratamento desigual entre as pessoas (jornalistas e não jornalistas) e, também, um elemento a mais de inibição em tema e direito que a Carta considerou livre e plena. Questões laterais, no entanto, como o direito de resposta, podem ser objeto de legislação.

O STF não poderia estar mais certo. A verdadeira democracia não pode prescindir de uma imprensa livre e o governante, por sua vez, não apenas deve, mas necessariamente precisa submeter-se ao escrutínio diário de seus concidadãos, eis que ele não é senhor, mas servo máximo numa república. Certo estava Thomas Jefferson, um dos pais da Pátria americana, o qual sentenciava: “Quando as pessoas temem os governos, isso é tirania; quando os governos temem as pessoas, isso é liberdade!”.

É do direito de opinar, de criticar, enfim, que o povo exerce a sua soberania, pois ele é titular de todo o poder, bem como se previne ou reclama contra eventuais abusos de seus representantes. Onde não existe liberdade de

imprensa, nenhuma outra liberdade há de existir. No Brasil, de tal sorte, é impossível, a partir de agora, uma “Ley de Medios”.

4. Autorregulação

Muito se falou, sobretudo nos governos do ex-presidente Lula, em “controle social da imprensa”, tese que foi esgrimida como uma espécie de espada de Dâmocles sobre as cabeças dos órgãos de imprensa, certamente em represália contra a divulgação dos fatos que redundaram no chamado esquema do “Mensalão”.

A ADPF 130/09, porém, deixou bem claro que “o Estado não controla a imprensa; a imprensa controla o Estado”. É que, ao vedar a censura e ao consagrar a liberdade de pensamento, de informação e de comunicação como plena, a Constituição Federal também proibiu que se engendrasses quaisquer mecanismos de controle estatal da mídia.

O caminho é o da autorregulação, ou seja, os próprios veículos de comunicação é que devem estabelecer regramentos para a boa prática do fazer jornalístico. Para o STF, se a mídia não se comportar de maneira adequada, além, é claro, do sistema jurídico de proteção já existente às eventuais vítimas de abusos, a maior penalidade será da credibilidade e da audiência. O leitor, o telespectador, o ouvinte ou o internauta devem ser os únicos filtros de seleção dos meios informativos, sem intervenção governamental.

E, de fato, os órgãos de imprensa já possuem instrumentos dessa natureza. A Associação Nacional de Jornais (ANJ), por exemplo, tem o seu Código de Ética e Autorregulação, como se pode ver no texto abaixo:

“Os jornais afiliados à ANJ - Associação Nacional de Jornais comprometem-se a cumprir os seguintes preceitos:

- 1.** Manter sua independência.
- 2.** Sustentar a liberdade de expressão, o funcionamento sem restrições da imprensa e o livre exercício da profissão.

3. Apurar e publicar a verdade dos fatos de interesse público, não admitindo que sobre eles prevaleçam quaisquer interesses.

4. Defender os direitos do ser humano, os valores da democracia representativa e a livre iniciativa.

5. Assegurar o acesso de seus leitores às diferentes versões dos fatos e às diversas tendências de opinião da sociedade.

6. Garantir a publicação de contestações objetivas das pessoas ou organizações acusadas, em suas páginas, de atos ilícitos ou comportamentos condenáveis.

7. Preservar o sigilo de suas fontes.

8. Respeitar o direito de cada indivíduo à sua privacidade, salvo quando esse direito constituir obstáculo à informação de interesse público.

9. Diferenciar, de forma identificável pelos leitores, material editorial e material publicitário.

10. Corrigir erros que tenham sido cometidos em suas edições.

Parágrafo único. As associadas deverão adotar, de forma transparente, mecanismos e critérios próprios de autorregulamentação, e que sejam de conhecimento do seu público leitor”.

O mesmo se dá com o profissional do jornalismo, cujo Código de Ética foi aprovado pela Federação Nacional dos Jornalistas em 2007, na cidade de Vitória-ES.

Os jornais e as revistas brasileiras, por sua vez, adotam manuais de redação, corrigem seus erros (seção erramos), possuem canal direto com o leitor (cartas ou e-mails) e alguns, como a Folha de São Paulo, adotam a figura do ombudsman. O mesmo acontece com outros meios, como emissoras de TV e rádio, as quais, inclusive, são reguladas pelo disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 220 e 221 e seguintes da Constituição Federal. A maioria publica ou veicula a versão dos protagonistas das informações e, quando necessário e cabível, espontaneamente, o direito de resposta buscado.

Sobre esse tópico sustenta o STF: “(...) É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de «plena» (§ 1 do art. 220)”.

Não há, portanto, necessidade de regulação estatal. Nem possibilidade disto. Os prejudicados têm as leis civis e penais para buscar hipotética reparação.

5. A calibração cronológica de princípios, assegurando-se em primeiro lugar os direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação

Ainda é fruto de intermináveis discussões a questão sobre o que deve prevalecer no aparente conflito entre direitos constitucionais, como os da informação e os da personalidade stricto sensu.

Os americanos sugerem que se utilize o teste da actual malice, que significa que o ofendido, para obter êxito em sua ação, deve provar que a notícia é falsa, que o jornalista sabia que era falsa e que ainda assim publicou a matéria. Se isto não for comprovado, prevalece o direito de informação.

Na Espanha goza de prestígio o critério da veracidade da informação. Aqui, a informação protegida é aquela que deve expressar a realidade como ela é.

No Brasil, antes da ADPF 130/09, os critérios mais utilizados eram o do interesse público, ou seja, ou seja, aquele segundo o qual a informação protegida é aquela que contempla os interesses

maiores da coletividade. Mas a este se vinha somar o do animus narrandi, isto é, que o relato seja fiel aos acontecimentos; o da boa-fé contida na informação; e o da chamada ponderação dos direitos, ou seja, mediante a análise do caso concreto, sopesando-se todas as suas circunstâncias e sem sacrifício de um ou outro, define-se, ali, o que vai prevalecer.

O STF, na decisão que ora se estuda, tornou mais sofisticada essa operação, entendendo que deve haver, a priori, na cabeça do intérprete, uma primazia, dada pela Constituição, ao direito de informação.

O que se percebe, na prática, porém, é que os julgadores já têm uma predisposição contrária, dando-se ênfase em primeiro lugar ao direito de personalidade supostamente ofendido para só depois, então, verificar se o direito de informação foi exercido regularmente. Isto está errado.

O STF diz, na ADPF 130/09, esse olhar, essa calibração deve ser feita a partir da perspectiva de assegurar-se, o máximo possível o direito de expressão do pensamento e de informação, posto que a própria Constituição Federal criou todo um bloco normativo de garantia desses direitos, titulado “Da Comunicação Social”, o qual é, em verdade, um “melhorado e qualificado prolongamento dos preceitos fundamentais relacionados ao tema, também inscritos no art. 5º da CF”. Vale dizer, se claro ainda não estiver, que os direitos de expressão do pensamento e de informação foram tratados de forma diferenciada pela Constituição, que lhes deu alto relevo, não apenas no art. 5º, mas também no artigo 220 e seguintes.

A propósito, veja-se, a seguir, trecho da Ementa da ADPF 130/09: “O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou

profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social”.

6. A imprensa e os agentes públicos (políticos, magistrados etc

A condição de servidor público não agrava a situação dos órgãos de imprensa que, eventualmente, noticiem seus atos. Antes disso, até pela função que desempenha, pago pela sociedade, encontra-se exposto ao olhar fiscalizador de seus concidadãos. O inverso se dá com o homem comum do povo, que não exerce nenhum cargo na esfera pública. A proteção da honra do servidor público, assim, deve ser mais branda e menos rigorosa do que aquela que é conferida ao particular.

É que, “ao escolher ou assumir um cargo público, a pessoa escolhe e assume, igualmente, uma tácita sujeição às críticas da coletividade”. Os comentários são previsíveis, mesmo

que pareçam injustos, e devem ser suportados.

A prof.^a Matilde Zavala de Gonzalez¹ já desenvolvia, há tempos, essa tese de maneira persuasiva: “A notícia que envolve funcionários ou agentes públicos interessa não apenas para dar conhecimento do que se sabe, como também para criticar, pois a crítica, nesses casos, constitui um eficaz instrumento para controle dos atos de governo e para que a comunidade possa valorar e apreciar os assuntos de interesse geral provenientes daqueles que atuam na esfera do Poder. É que a honra dos funcionários públicos esbarra nos elevados interesses da comunidade. A proteção jurídica a essas pessoas não deve ser observada com o mesmo rigor das pessoas simples que não detêm nenhuma função de Poder.

Justifica-se a crítica, portanto, mesmo quando diga respeito a condições especiais do agente, como a sua ineficiência ou incompetência na atividade que exerce. Apesar de que possam ser desfavoráveis à reputação do agente, devem considerar-se justificadas as imputações sobre funcionário público que tem revelado ser irresponsável ou carecer de idoneidade, enquanto ditas manifestações tenham algum apoio concreto na realidade ou em dados verossímeis e obedeçam a um razoável interesse comunitário. A diretiva axiológica exposta se reflete na frase segundo a qual as críticas ao Poder não se devem fazer contra o titular do mesmo, senão a favor da sociedade”.

O professor Enéas Costa Garcia, no livro “Responsabilidade Civil dos meios de comunicação”², sustenta que, no conflito entre direitos da personalidade com a liberdade de imprensa, o primeiro deve ceder. Ele ensina: “o interesse público remete ao conjunto de valores que são mais caros à sociedade, que dizem respeito à sua própria estrutura, que viabilizam a sua existência e tratam do funcionamento de suas instituições. Neste sentido, a crítica aos agentes públicos, ao funcionamento das instituições do Estado, ao governo em geral, está amparada por inegável interesse público. (...) A crítica aos

1 GONZALEZ, MATILDE ZAVALA. “Resarcimiento de Dános”. Ed. Hamurabi, 6.^a volume, p. 464, Buenos Aires, 1999.

2 GARCIA, Enéas Costa. “Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação”, ed. Juarez de Oliveira, p. 163/164, São Paulo, 2002.

atos dos agentes públicos (lato sensu) também goza de presunção de estar inspirada no interesse público. Isto decorre do disposto no art. 37 da CF, que consagrou princípios como a impessoalidade, a moralidade, a legalidade da conduta dos agentes públicos. A liberdade de informação atende ao interesse público de fiscalizar os atos dos agentes governamentais”.

Curiosamente, no Brasil, há número razoável de magistrados que buscam reparação pecuniária ou responsabilização penal de jornalistas e jornais na Justiça.

Aliás, ao assumir a presidência do STF, isto em 1993, o ministro Celso de Mello, o decano da Corte, no seu discurso de posse, a propósito deste tema e, muito especialmente, com relação aos magistrados, consignou: “A necessidade de fiscalizar o Poder – inclusive o Poder Judiciário – constitui uma exigência essencial para a preservação da ordem democrática, que não se revela compatível com deliberações administrativas que, embora afetando a vida institucional ou repercutindo sobre o interesse público, são muitas vezes tomadas e adotadas na intimidade do Poder, não se expondo à crítica social. A ideia de responsabilidade, portanto, ao refletir um conceito intimamente vinculado à noção republicana, permite justificar a essencial necessidade de fiscalização social sobre todo e qualquer agente estatal – inclusive os magistrados – no desempenho da função pública. A discussão em torno da reforma do Judiciário deve enfrentar, sem qualquer preconceito, sem qualquer exclusão e sem qualquer restrição – até mesmo para efeito de legitimar-se politicamente, o exame das diversas propostas que buscam viabilizar, sempre com respeito incondicional à independência do magistrado para o exercício da função jurisdicional, a institucionalização dos meios de fiscalização do corpo social sobre as atividades de natureza administrativas e de caráter financeiro e orçamentário desenvolvidas pelos Tribunais e magistrados em geral. O Judiciário, que exerce suas funções por delegação soberana do Povo, não perderá a sua independên-

cia política pelo fato de expor-se à fiscalização social. Preconizo, ainda, a sujeição dos magistrados ao processo de impeachment. Os membros do STF já estão sujeitos ao impeachment pelo Senado, desde 1891. Isso nunca significou a submissão do Supremo, nem limitou sua atuação. Os juízes federais ficariam sujeitos ao impeachment pelo Senado. Os magistrados estaduais, ao impeachment pelas Assembleias Legislativas. Esse sistema funciona – e bem – nos Estados Unidos”.

O STF, julgando uma ação de danos morais movida pelo ex-presidente do TRT-RJ Jose Maria de Mello Porto contra a jornalista Danuza Leão, decidiu, à unanimidade, na esteira do voto da ministra Ellen Gracie, em favor do direito de informação, verbis:

“EMENTA- Direito à informação (CF, art.220). Dano moral. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido. Publicação em jornal demonstrando a intenção de atingir a honra de magistrado e denegrir a sua imagem. A Constituição Federal em seu art. 5º , inciso X, declara como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A publicação é considerada ofensiva quando inexistem provas concretas da prática do ato pelo ofendido contra a administração pública. (...). VOTO. O voto condutor do acórdão recorrido vislumbrando conflito entre dois princípios fundamentais, o direito à informação (CF, art.220) e a inviolabilidade da intimidade (CF, art.5º, X), entendeu que este último encontra-se situado em patamar superior ao da liberdade de informação (fls. 478), admitindo o dano moral por entender, também, que a notícia veiculada pela recorrente teria ofendido a honra objetiva e subjetiva do recorrido. O texto incriminado tem o seguinte teor: “Você conhece aquele primo do ex-presidente Collor, José Maria de Mello Porto, que preside o TRT e é acusado de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência? Então: ele já contou a amigos que quer arrumar um partido para se candidatar ao governo do Rio. Já tem até taxistas com adesivos, para começar a campanha” (fls.3).

Impende observar, entretanto, que não há, na verdade, conflito entre mencionados princípios constitucionais, mesmo porque não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um. A solução, portanto, não pode deixar de lado os conhecidos princípios da razoabilidade e ponderação dos bens envolvidos. Na espécie, o dano moral pretendido pelo recorrido somente se justificaria se positivado abuso do direito de informar. Ora, o próprio voto condutor do acórdão recorrido (fls. 480) reconhece que a acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência constou de um dossiê elaborado por um sindicato e que foi encaminhado ao TST. A notícia veiculada no texto jornalístico reproduziu, tão-somente, essa acusação devidamente formalizada junto ao TST para fins de investigação. O texto jornalístico tido como lesivo à honra do recorrido estava, portanto, sob a proteção do art. 220 da Constituição Federal. Não poderia, portanto, ensejar responsabilidade por dano moral, porque ausente o abuso de direito. No mais, a notícia de que o recorrido é primo de um ex-presidente da República e de que pretenderia candidatar-se a um cargo eletivo, em hipótese alguma poderia caracterizar situação justificadora de reparação por dano moral. De resto, cabe lembrar que o texto jornalístico em questão resultou em denúncia por suposta infração aos arts. 21 e 22 da Lei de Imprensa que, foi, entretanto, rejeitada em decisão judicial, conforme se vê a fls. 358/362.

A hipótese, portanto, ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido não é de confronto entre dois princípios constitucionais – o direito à informação e a inviolabilidade da intimidade, vez que esta não foi afrontada, mas de subsistência do direito constitucional à informação. Nem há cogitar de reexame de questão de prova, mas sim de ausência do abuso de direito de informar, nada ficando, em consequência, a reparação por dano moral pretendida.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência”. (STF, Recurso Extraordinário nº 208.685-RI. Recorrente: Danuza Leão; recorrido: José Maria de Mello Porto. Relatora: ministra Ellen Gracie, DJU 05.06.2003). (STF, RE 208.685-1/RJ , DJ 22.08.2003).

Em outro caso, envolvendo político, em ação penal contra jornalistas da revista VEJA (Roberto Civita, Marcelo Carneiro e Diogo Mainardi, o o STF reconheceu que a liberdade de expressão, o direito de crítica, diante do interesse público, deve prevalecer Diz o relator, ministro Celso de Mello, no inspirado voto:

“EMENTA- Liberdade de Imprensa (CF, art. 5º, IV c/c o art. 220). Jornalistas. Direito de Crítica. Prerrogativa Constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político (CF, art. 1º, V), que representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático. O exercício do direito de crítica inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal. A crítica jornalística e as autoridades públicas. A arena política: espaço de dissenso por excelência. (...). Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV c/c o art. 220). Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites éticos-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder. Uma vez dela ausente o “animus injuriandi vel diffamandi”, tal como ressalta o magistério doutrinário (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, “A liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade”, p. 100/101, item n. 4.2.4, 200., Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 88/89, 1997, editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”, p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, v.g), A CRÍTICA QUE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DIRIGEM ÀS PESSOAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE ÀS AUTORIDADES E AOS

AGENTES DO ESTADO, POR MAIS ACERBA, DURA E VEEMENTE QUE POSSA SER, DEIXA DE SOFRER, QUANTO AO SEU CONCRETO EXERCÍCIO, AS LIMITAÇÕES EXTERNAS QUE ORDINARIAMENTE RESULTAM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”.

Com a ADPF 130/09 não há mais nenhuma dúvida a respeito: “Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos”.

7. A proporcionalidade entre liberdade de imprensa e a responsabilidade civil por danos morais e materiais e a impossibilidade de se levar em conta o fato de a suposta ofensa ter sido divulgada pelos meios de comunicação para agravar a situação do veículo de comunicação ou quantificar o suposto dano moral

De regra os que procuram o Judiciário para obter reparação por danos morais desejam, ao mesmo tempo, uma condenação que tenha caráter compensatório para o suposto ofendido e punitivo para o suposto ofensor, o órgão de comunicação, filiando-se a uma corrente doutrinária já superada.

O Código Civil acabou com isto no direito brasileiro, estabelecendo também uma nova sistemática quanto às indenizações em comento. Visa-se, na medida do possível, colocar a vítima na situação anterior; mas não pode ter qualquer influência na reparação dos prejuízos o grau de culpa do agente ou tomar-se por parâmetro o patrimônio do eventual ofensor, posto que isto significaria atender a pedidos abusivos e desproporcionais, que deseducam a

sociedade e propiciam o enriquecimento ilícito e sem causa dos litigantes.

A indústria e a banalização dos danos morais e, até mesmo, os golpes de quem acha que pode usar o processo para obter um prêmio de loteria, vem sendo, entretanto, rechaçado pelo Judiciário brasileiro.

A medida é, de fato, uma revolução em termos de responsabilidade civil no país. Não é mais possível, sob pena de ofensa a literal dispositivo de lei, atribuírem-se sanções astronômicas ou desproporcionais diante de um traque, como vinha acontecendo com angustiante regularidade por aqui.

O Código Civil, ademais, estabelece três princípios fundamentais, que vão nortear os negócios jurídicos e, também, as decisões judiciais, que são: a socialidade, a operabilidade e a eticidade. Para o deslinde dos casos do gênero importa falarmos do princípio da eticidade, que se traduz pela boa-fé.

O prof. Miguel Reale, coordenador do projeto de lei que resultou no novo Código Civil, em pronunciamento na Academia Paulista de Letras (APL), em 29.12.02 “Novo Código Civil Brasileiro”, Ed. RT, 2ª edição, 2002, p. XII e XIII, explica que, por meio da valorização do princípio da eticidade procurou-se superar o apego do Código de 16 ao formalismo, para consagrar a efetiva participação dos valores éticos no ordenamento jurídico pátrio, objetivando possibilitar a criação de modelos hermenêuticos – quer pelos advogados, quer pelos juízes – para contínua realização dos preceitos legais.

Daí porque, continua o mestre, é frequente a referência, no novo Código, à probidade e à boa-fé, ao contrário do que ocorria no Código de 16. São exemplos dessas diretrizes os arts. 113, 187 e 422 do novel diploma.

O novo Código Civil, também, firmou um outro princípio, conexo ao da eticidade, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano e, se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Antes mesmo da entrada em vigor do novel diploma civil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já vinha pondo freios no que hoje se chama de banalização dos danos morais, controlando, com mão-de-ferro, o quantum postulado pelos autores.

O que acontece hoje na prática é que o arbitramento do quantum das indenizações por danos morais fica ao “prudente árbitro do julgador”. Mas é aí que a coisa pega. Há juízes cautelosos, ponderados, a maioria, diga-se. Mas há também alguns que pensam que os meios de comunicação são filiais da Casa da Moeda, que imprimem dinheiro, e não notícias, arbitrando valores excessivos.

Isto, agora, porém, não poderá mais acontecer. Na ADPF 130/09 o STF criou um padrão, que chamou de “cláusula obrigatória de modicidade” para a fixação de indenizações do gênero. E disse, claramente, que o julgador não pode considerar o fato de a ofensa ter sido veiculada pelo meio de comunicação para agravar a pena, porque, se agisse assim, estaria criando um mecanismo de enfraquecimento da liberdade de expressão do pensamento e de comunicação, como prevê a Constituição Federal, ao invés de robustecê-la, como quis o constituinte. O acórdão respectivo sobre isto: “Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade”.

8. A liberdade de imprensa e a liberdade de expressão do pensamento e sua imbricada relação com a democracia

Ditadura não rima com imprensa livre. Em qualquer lugar ou época do mundo as forças do arbítrio sempre procuram, como primeira providência, calar ou domesticar os meios de comunicação. O Brasil possui essa triste memória.

Em regimes democráticos, porém, como o que vivemos agora em nosso país, a imprensa não apenas deve, mas precisa ser a mais livre possível, pois ela é um fundamental elemento de controle social dos atos do Poder.

No Brasil “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da CF.

Ou seja, o titular do poder é o cidadão, a quem os servidores públicos – de qualquer grau ou hierarquia – devem prestar contas, da maneira mais ampla e transparente possível, como elemento indissociável e aperfeiçoador da forma republicana de governo.

Sem esquecer, também, que o cidadão é o destinatário e a razão de ser das ações do Estado.

Logo, ao conhecimento do cidadão, nada do que ocorre no âmbito administrativo lhe pode ser subtraído, haja vista que os bens e os interesses a cargos do gestor público pertencem não a este, mas a toda a coletividade.

Não é por outro motivo que a CF, em seu art. 37, caput, elegeu a publicidade como um de seus princípios basilares. Elemento, diga-se, de eficácia dos atos administrativos e de congruência com o Estado Democrático de Direito. É o que se chama modernamente de open file, ou seja, o regime de “arquivos abertos” que deve reger a administração pública.

É o próprio art. 37, em seu §3º, incisos I, II e III, que assegura aos usuários da administração direta ou indireta “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral – a avaliação

externa e interna da qualidade dos serviços o acesso a registros administrativos e a informações sobre os atos do governo; bem como disciplina a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo ou função pública”, estabelecendo, ainda, em seu §4º, punição para “os atos de improbidade administrativa”.

Consagra-se, de tal sorte, o controle social sobre a administração pública, que é exercida pela imprensa, pelo Ministério Público, pelas associações, pelos sindicatos, pelas ONGs e pelo cidadão.

Na democracia o que é público deve vir a público.

A esse respeito diz o acórdão da ADPF 130/09:

“A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.

9. A imprensa, internet e eleições

Para o STF não há imprensa meio-livre. A imprensa escrita, a radiodifusão e até a Internet, no que diz respeito ao conteúdo, gozam da mesma proteção constitucional, haja vista que todos

são “meios ou veículos de comunicação”. O julgado esclarece que a web ficou de fora do bloco normativo constitucional reservado à imprensa por uma “simples questão temporal”. Ainda não existia a Internet nos moldes abrangentes de hoje. Da decisão do STF, na ADPF 130/09, depreende-se que, como instrumento de expressão de pensamento ou como plataforma de notícias (ou de empresas de informação), deve ela gozar das mesmas prerrogativas, porquanto inserida no conceito de “meios”, “atividades” ou “veículos” da comunicação social.

A respeito do momento máximo da democracia, que é no curso do processo eleitoral, quando a população elege seus representantes, o ADPF 130/09 estipula: “Nada se compara à imprensa como cristalina fonte das informações que mais habilitam os seres humanos a fazer avaliações e escolhas em seu dia-a-dia. Juízos de valor que passam por avaliações e escolhas em período de eleições gerais, sabido que é pela via do voto popular que o eleitor exercita a sua soberania”. O eleitor, portanto, através da imprensa, pode e deve conhecer a vida pregressa, as propostas de trabalho, as motivações, os fatos e circunstâncias de quem “se arvora em ser ator social de proa”.

10. Os efeitos da decisão na ADPF 130/09

Para o STF, aplicam-se agora, nas questões relacionadas à imprensa, “as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme classificação de José Afonso da Silva”.

11. Conclusão

É evidente, portanto, em razão de tudo o que foi exposto, que as questões relacionadas ao direito de expressão do pensamento, de informação e de comunicação precisam ser abordadas por

nova ótica, esclarecidas pelo julgado do STF, donde se extraem as seguintes conclusões:

a) não é possível censura prévia aos meios de comunicação. Qualquer controle judicial se deve dar a posteriori e, em apenas uma hipótese, pode-se restringir o noticiário, qual seja, quando decretado Estado de Sítio;

b) há um bloqueio normativo para a existência de uma “nova lei de imprensa”, que trate de suas coordenadas de tempo e de conteúdo. De igual sorte, não pode haver legislação criminal diferenciada para jornalistas;

c) os veículos de comunicação se devem autorregular, vedada o disciplinamento através de órgãos estatais. “É a imprensa que controla o Estado; não o Estado que controla a imprensa”;

d) quando em aparente conflito os direitos de informação e da personalidade como honra, imagem, privacidade e intimidade, em primeiro lugar o intérprete deve garantir o gozo dos sobredireitos de expressão do pensamento e de informação, para só depois, verificar eventuais abusos. A isto se chama calibração cronológica de princípios;

e) o homem público está sob permanente vigília dos cidadãos e, em especial, da imprensa. A proteção de sua honra deve ser mais débil que a do homem comum. Isto se dá porque o o servidor público trata de assuntos e interesses da coletividade, a quem precisa prestar contas. Está, portanto, sujeito às críticas mais acerbas e duras possíveis. É o que o STF chama de “valor social da visibilidade”;

f) a imprensa não é a Casa da Moeda. O eventual quantum indenizatório deve ser morigerado; não pode ser motivo de enriquecimento ilícito, sem causa. Deve atender, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, à necessária cláusula de modicidade, não podendo ter qualquer influência na definição de valores o fato de o suposto dano ter ocorrido por meio da imprensa;

g) a expressão do pensamento e a informação veiculados por meio da rede mundial de computadores, por meio digital,

enfim, gozam das mesmas prerrogativas constitucionais deferidas à imprensa pelo texto constitucional de 1988. E, em época de eleições, quando mais se robustece a democracia, nas palavras do STF, é que a imprensa deve ter maior liberdade de atuação, para que o eleitor possa conhecer em profundidade àqueles que pretendem representá-los;

h) a decisão do STF na ADPF 130/09 tem efeito erga omnes e imediato. Em seu eventual descumprimento, cabe reclamação à Corte. Não há vácuo. Aplica-se a legislação federal existente.

A Constituição de 1988 é uma obra de gigantes, não se tem dúvida. 61.020 emendas parlamentares, 122 emendas populares (cada uma delas com cerca de um milhão de assinaturas), 18 meses de trabalhos ininterruptos com jornada diária de 17 horas e, depois, de uma ditadura em que o povo brasileiro pode, enfim, forjar um estatuto fundamental num ambiente de coragem, confiança, esperança e liberdade. Na época da promulgação, quando Ulysses Guimarães, tendo ao seu lado o relator Bernardo Cabral, e disse que ela seria o início, o meio e o fim das mudanças estruturais por que passaria o Brasil, ele simplesmente profetizava.

A nossa Carta foi considerada pela maioria dos juristas espalhados pelo mundo como a mais avançada para o seu tempo, e ainda assim o é nos dias atuais. Vários são os motivos. A primeira e principal singularidade é que ela colocou o homem em preeminência. Logo no art. 5º, na sua abertura, portanto em 77 incisos e 104 dispositivos (números relacionados à data de sua promulgação), o ser humano tem assegurados os seus direitos e garantias fundamentais, ao contrário da Constituição de 1967 e da Emenda nº1 de 1969, as quais davam prioridade à organização do Estado. Outra novidade foi o alargamento do espaço democrático, ou seja, o exercício dos direitos políticos deixou de ser apenas representativo, passando a ser também participativo, com a possibilidade atribuída ao povo de tomar a iniciativa de leis e poder de veto aos projetos parlamentares através do referendo, adicionando-se a isto a figura do plebiscito. Daí porque ficou conhecida como a Constituição Cidadã.

A família, a criança e o idoso passaram a contar com a proteção especial do Estado. Os direitos do trabalhador ganharam maior projeção e respeito. Os índios tiveram garantidos a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como o direito de terem suas terras demarcadas. A Constituição reforçou a Federação, alocou recursos para as unidades regionais (estados) e locais (municípios), arbitrando, ainda, competência tributária e dando-lhe independência financeira. Pode-se citar, dentre outros inúmeros exemplos, a seguridade social moderna, com a integração das ações pertinentes à saúde, à previdência e à assistência social. O que dizer, então, dos direitos do consumidor, que a partir daquele momento passaram a ser respeitados, do capítulo sobre o meio ambiente, louvado em verso e prosa como um dos mais completos do planeta? A Constituição criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), fortaleceu e ampliou os poderes do Ministério Público e, com o dedo especial do relator, consignou que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A Constituição de 1988 pôs fim à censura e deu aos direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação um status preferencial na ordem democrática brasileira. E foi neste sentido que decidiu o STF nos autos da ADPF 130/09. Pode-se dizer, sem medo de errar, que esta é a Constituição da liberdade de imprensa.

Referências

GONZALEZ, Matilde Zavala. Resarcimiento de Daños”. Ed. Hamurabi, 6.^a volume, Buenos Aires, 1999.

GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação, ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

LOPES, Júlio Antonio Lopes. Bernardo Cabral, um Estadista da República, Editora da Amazônia, Manaus, 2013.

MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa, 3^a ed. RT.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdades: os princípios constitucionais e a nova legislação*.
Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, DIVULG 05-11-2009.
Supremo Tribunal Federal, MS 24832, relator: Min. CEZAR PELUSO, j. 18/03/2004.
Supremo Tribunal Federal, RE 208685-RJ, relatora: Min. ELLEN GRACIE, DJU 05/06/2003.
Supremo Tribunal Federal, PET 3.486-4-DF, relator: Min. CELSO DE MELLO, 2005.
THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 2ª ed. Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999.
<http://www.memoriacinebr.com.br/default.asp>

Pontes Filho

Professor universitário e delegado de polícia, graduado em Ciências Sociais e em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas e doutorado em Sociedade e Cultura pela UFAM.

OBSCURANTISMO INFORMACIONAL

Vivemos num tempo em que o excesso de informação disponível não é garantia de democracia, de liberdade, de justiça nem de esclarecimento. Pelo contrário, a enxurrada de informação parece estar levando as sociedades a um novo tipo de obscurantismo. Embora abundante, a informação é de má qualidade, alienante e entorpecedora, formando comunidades continentais de lixo simbólico. É o chamado obscurantismo informacional.

Obscurantismo e segurança pública

O obscurantismo informacional se expressa sob variadas formas e produz consequências diversas. Infecta grande parte dos veículos de mídia, de imprensa, aparelhos de tecnologia da informação (celulares, computadores, tablet's), expandindo-se celeremente no espaço virtual das chamadas redes sociais e aplicativos que possibilitam interatividade de comunicação em tempo real. É lixo simbólico gerador de diversos eventos de insegurança pública.

Por meio do emprego de forma indevida desses aparelhos e recursos interativos, digitais ou não, sob a desculpa do exercício da liberdade de expressão, recorre-se a táticas obscurantistas informacionais para violar os direitos de indivíduos, grupos,

organizações e instituições, alvo de ataques moralmente repugnantes e tipicamente criminosos (calúnias, difamações, injúrias, desacatos etc).

Desrespeitando o direito alheio à privacidade, à dignidade, à saúde simbólica, a ser tratado com decência, difundem-se sem qualquer fundamento de verdade ondas de boataria e de ataques a pessoas e a instituições. Sem base alguma em fatos reais, nem sequer a oitiva ou consulta prévia à parte atacada, parte-se para execuções ou linchamentos públicos virtuais de indivíduos, de coletividades, de instituições e de tradições humanistas, fomentando contra estes um ódio injustificado, oposições irracionais, condutas destrutivas que contaminam comunidades virtuais inteiras, incitando, com isso, pessoas e grupos à violência, ao golpismo político, ao terror institucional e ao pânico social. Isso para não abordar detidamente aqui os golpes e os crimes praticados, inclusive a partir do interior de unidades prisionais, via celular e internet. Uma condição de obscurantismo informacional, que mesmo na era virtual, conduz à insegurança e à barbárie no mundo real. Um primitivismo tal, anterior à tradição do talião, que produz a obscena “(in)justiça com as próprias mãos”, agora via eletrônica.

Não é de hoje que ao terrorismo de opinião sucede o terror político e social, todavia, isso era antes restrito a pequenos grupos de um fundamentalismo alienante e pré-racional, característica essa alterada com o poder de alcance das redes sociais e de ferramentas de interatividade em tempo real. Sem qualquer escrúpulo no uso político dessas mídias e veículos diversos de informação, corre-se o frequente risco de que a manipulação política das redes sociais e da internet, via enxurrada de informação de péssima qualidade, seja instrumentalizada para sabotagem de indivíduos, de coletividades, de instituições, de regimes políticos abertos e de economias nacionais. É o obscurantismo informacional servindo para o entorpecimento ideológico e político das massas, usando o lixo simbólico para produzir desorientação e confusão ao

invés de promover discernimento, bom senso e lucidez.

Nesse contexto, pode-se pôr em risco a ordem pública e o efetivo interesse coletivo para ceder a pressões de certas corporações e atores políticos, seja de que natureza for, com vistas a satisfazer interesses sem o respaldo legítimo da população nem do procedimento político e legal previsto, ferindo e violando, com isso, os princípios da administração pública, os valores republicanos basilares e os fundamentos do regime democrático.

A limitação dos governantes em perceber tais atentados e a fraqueza em dar respostas à altura a essas táticas obscurantistas informacionais, manipuladas politicamente por corporações ou certos atores do jogo que disputa o poder estatal, pode levar à desintegração do pacto social e institucional vigente. A ausência de medidas responsáveis, previstas em lei e operacionalizáveis de maneira adequada para lidar com esses distintos veículos e táticas obscurantistas informacionais pode conduzir a ordem e o interesse público a sujeitarem-se a perniciosas corporações e execráveis agentes políticos.

Ressalte-se uma vez mais que não se trata de ser contra a modernização da tecnologia da informação, a liberdade de imprensa, o refinamento das mídias, das redes e dos veículos de comunicação social, mas apenas de chamar a atenção para os terríveis efeitos do lixo simbólico gerado pelo obscurantismo informacional, com nocivos impactos sobre os direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, inclusive a segurança pública e o regime político de orientação democrática. Quiçá o marco civil da internet, recentemente aprovado pelo parlamento brasileiro, possa contribuir, nesse sentido, para resguardar efetivamente os direitos fundamentais no país.

Trata-se de enfrentar, combater e dissipar a nova era de medievalização em curso, agora marcada não pela escassez e proibição do acesso à informação, mas pela enxurrada de informação de péssima qualidade e pelo excesso de permissividade à futilidade, ao lixo simbólico, ao consumismo delirante, à incitação ao golpismo político e outras práticas deformadoras que obscurecem o espírito

humano, longe de fortalecê-lo com a lucidez, a autonomia e o discernimento essencial à vida em sociedades livres, justas e solidárias.

Obscurantismo, vícios e criminalidade

O obscurantismo informacional serve utilmente ao estímulo para propagação de vícios e ao encorajamento à economia do crime, contribuindo sobremaneira para impactar os indicadores de criminalidade.

Que importância teriam as informações obscurantistas e manipuladas para propagar uma cultura de vícios e de criminalidade? Qual o impacto dos vícios na criminalidade? Que fatores desencadeiam um processo de viciamento? Tratar de evitar esses processos pode resultar em maior segurança pública? São questões relevantes para buscar entender o contexto de violência e criminalidade em nosso tempo.

Parece haver uma clara relação entre os fenômenos decorrentes do viciamento humano e a expansão das taxas e indicadores de criminalidade, inclusive no Brasil. Não é de hoje que os diversos vícios tendem a impactar a vida em sociedade, constituindo-se em fatores de insegurança. Há registros de que, na antiguidade, a difusão epidêmica de certos vícios contribuiu, ao lado de outros motivos, para decadência de impérios e de civilizações. Aliás, Sócrates apontava que certas posturas e práticas viciadas dos atenienses poderiam levar a cidade-estado à ruína. Platão chegou a elaborar uma pedagogia para superar os vícios e promover as virtudes entre os cidadãos, a fim de selecionar dentre eles os melhores governantes, os chamados “reis filósofos”. Sem observar as recomendações dos mestres, Atenas sucumbiu. Roma também sofreu as consequências decadentes do viciamento difundido por toda sociedade, a partir da degeneração de sua elite política e militar. Cícero não hesitava em reconhecer que o obscurantismo é o caminho que leva à derrocada: “Nada perturba tanto a vida humana como a ignorância do bem e do mal.” Em

certa altura da idade média, a Igreja tratou de combater o processo de viciamento amparada na doutrina dos pecados capitais, compreendendo estes como produtos de influências sobre naturais perniciosas. É representativa a frase de Santo Agostinho: “O pecador, ainda que seja rei, é escravo, não de um único homem, mas de tantos senhores quantos sejam seus vícios.” A modernidade buscou uma abordagem dos vícios humanos ancorada numa racionalidade científica. Algumas ciências procuraram compreender o problema do viciamento não apenas como uma questão moral, mas também como uma doença, um processo de adoecimento predominantemente individual. Carl Gustav Jung, já no século passado, afirmou que “toda forma de vício é ruim, não importa que seja droga, álcool ou fanatismo.” O fato é que os vícios acompanham a humanidade praticamente desde sempre, porém, num claro empenho dialético desta para superar aqueles e prosseguir amadurecendo enquanto espécie e diversidade social. Esse sentido é o que transparece na recomendação de Sêneca: “Procura a satisfação de veres morrer os teus vícios antes de ti.”

Estudos psicossociais indicam que a prática de vícios tende a formar hábitos e a levar as pessoas a desejar e permitir dominar-se progressivamente por eles. Seus efeitos maléficos, inclusive na área de segurança pública, geralmente não se limitam estritamente ao indivíduo viciado, alcançando famílias, grupos sociais secundários (escola, igreja, empresa ou outro ambiente de trabalho) e comunidades. Há situações em que se recorre à fomentação do vício para fins de dominação política – foi o caso do uso de aguardente pela Coroa portuguesa para controle social da mão de obra nativa na Amazônia, ainda na fase colonial. A desaprovação social do vício tem seu fundamento na lesão que sofre a sociedade por causa da deterioração de qualquer de seus membros individuais e no perigo que ele representa à qualidade de vida, à saúde e à integridade dos demais membros da coletividade.

Especialistas esclarecem que o tênue limite entre o desejo e o vício é a capacidade de autocontrole. O vício levaria à dependência química, física ou psicológica devido à

insuficiente capacidade de autodomínio do indivíduo diante do objeto que alimenta o mesmo. Na ausência de equilíbrio ou moderação, qualquer coisa pode fazer mal e conduzir ao vício, podendo ter desdobramentos clínicos e criminosos. O vício seria, desde a gênese, certa tendência ao excesso, à compulsão, ao impulso que não se consegue controlar em relação ao objeto do mesmo, provocado por diversos fatores: “fuga” da realidade, privações e frustrações (necessidades básicas não supridas, violação a direitos fundamentais: abandono material, moral e intelectual), sentimento de medo e insegurança (decorrentes da vulnerabilidade social, exposição à violência, à promiscuidade e à corrupção), injustiças sociais, más companhias, psicopatologias (“defeitos” do ego, manias, fobias...) e outros. O processo de viciamento, portanto, levaria uma pessoa a se relacionar de maneira desequilibrada, desajustada ou imoderada com certo objeto (substância, coisa, comportamento, relacionamento interpessoal ou social) de modo a resultar disso uma dependência física, química ou psíquica. As pessoas viciadas perdem a própria centralidade e a colocam no objeto do vício, cabendo lembrar as palavras de Ramona Anderson:

“As pessoas gastam uma vida inteira buscando pela felicidade; procurando pela paz. Elas perseguem sonhos vãos, vícios, religiões, e até mesmo outras pessoas, na esperança de preencherem o vazio que as atormenta. A ironia é que o único lugar onde elas precisavam procurar era sempre dentro de si mesmas.” – Ramona L. Anderson

São diversos os vícios, em nosso tempo, aos quais podem levar os atuais processos de obscurantismo informacional e viciamento individual ou coletivo, cujo potencial para produção de eventos de violência, que impactam os indicadores de criminalidade, é significativo. Dentre esses numerosos vícios, abordam-se brevemente alguns a seguir:

a) jogo patológico, ludomania ou jogos “de azar” – o “vício em jogar” contribui para o aumento da criminalidade, estando

geralmente associado a outros vícios (drogas e prostituição), constituindo-se em contravenção e relacionado outras infrações criminais;

b) vício em comprar compulsivamente ou oneomania – o consumismo compulsivo é vício típico na sociedade de consumo e de pressões sociais, tais como amigos, familiares, círculo social, propaganda e publicidade apelativa, dentre outros. Está associado a psicopatologias: bipolaridade, mania de ostentação e/ou nivelamento de status com grupos de alto padrão de consumo etc. Esse vício leva pessoas a se endividarem excessivamente. A maioria dos compradores compulsivos são mulheres. O endividamento crônico pode levar a eventos de criminógenos, estando associado às vezes ao estelionato, à fraude, à apropriação indébita e a outros delitos. Muito comum estar associado a outros vícios como alcoolismo, tabagismo, drogas ilícitas;

c) compulsão por sexo – o vício em sexo está relacionado a inúmeras violências e delitos sexuais: estupros, inclusive de vulneráveis; pedofilia; tráfico de pessoas para servir como escravas sexuais; consumo e produção de material pornográfico; perversões sexuais; prostituição; exploração sexual; obsessão incontrolável por sexo, dentre outros que inflam indicadores de criminalidade, principalmente ligados ao estupro, ao assédio e à exploração sexual. É considerável o quantitativo, segundo registros do sistema de saúde e de assistência social, de ocorrências de gravidez indesejada em todas as faixas etárias no período reprodutivo da mulher e da ocorrência de gravidez precoce na adolescência decorrente do viciamento e compulsão por sexo;

d) vício em internet e outros meios eletrônicos – pessoas que se tornam dependentes do uso, quase ininterrupto, da internet, suas redes sociais e meios de interação diversos, não apenas exageram na dose, como também passam a empregar essa ferramenta como meio para prática de crimes via eletrônica, praticando fraudes, apropriando-se indevidamente de informações pessoais e corporativas, furtando, alimentando e difundindo sites pornográficos etc. Muitas vezes também está associada a outros vícios, principalmente o vício em games eletrônicos, associado ou não ao viciamento em emissoras de TV

que enfatizam a violência e o consumismo exacerbado de sexo e de futilidades em suas programações, os quais acabam influenciando a prática de condutas violentas;

e) vício em dinheiro – a apego exagerado e o gosto excessivo por dinheiro leva esse viciado a praticar delitos, tais como furto, roubo, apropriação indébita, extorsão, dentre outros, para saciar sua dependência pelo objeto do vício. Frequentemente está associado à avareza, ao individualismo exacerbado, à mania de ostentação de riqueza ou poder econômico e a psicopatologias, tal como a cleptomania. No contexto do materialismo monetarista esse vício anda junto também da compulsão por comprar;

f) vício em poder político – o viciado em poder político e no jogo eleitoral, na obsessão de contrair poder e visibilidade política, pratica condutas sórdidas, patrimonialistas e criminosas, corrompendo pessoas, físicas e jurídicas, deformando instituições. É capaz de sacrificar qualquer coisa tendo em vista a satisfação da própria egocracia e a manutenção de uma identidade com o poder político. O viciado político se considera acima das leis e das autoridades, sendo pouco tolerante às regras cívicas comuns a todos. Diferentemente do cidadão que se conduz de acordo com direitos e deveres legitimamente dispostos nas leis, o viciado político é movido pelo usufruto de privilégios, desvia-se do cumprimento dos deveres básicos e tenta impor a outros a responsabilidade pelos atos que pratica. Julga-se mais esperto que as outras pessoas, crendo que sempre se dará bem e levará vantagem a qualquer custo sobre os demais indivíduos, as instituições e sobre o próprio povo em sociedade. Um componente de sua personalidade é a parca sensibilidade ética, muito embora seja suficientemente informado e inteligente para manipular o discurso da ética em proveito próprio. É a moralidade estragada de que falou Rui Barbosa, a ética do malandro, o jeitinho incorporado de maneira crônica no modo ser e agir do viciado político. O viciamento político fomenta outros vícios e crimes, fazendo uso de sórdidos meios e práticas que comprometem o interesse público, a dignidade humana e a qualidade de vida da coletividade;

g) vício em drogas – dependência de drogas lícitas (nicotina, cafeína, álcool) ou de drogas ilícitas (maconha, cocaína, heroína, crack etc) impacta sobremaneira os indicadores de criminalidade. O consumo e o vício em drogas ilícitas movimenta uma poderosa economia criminosa, cuja dimensão atual é planetária. O vício em drogas faz milhões de vítimas todos os anos no mundo, seja por causa do consumo seja por conta da acirrada disputa entre facções e organizações criminosas em competição pelo mercado de drogas. A relação com atividades ligadas à economia do tráfico de drogas é responsável pela maioria das prisões efetuadas no país, sendo a maior causa de encarceramento no Brasil. Entre 70% e 80% da população carcerária decorre de questões relativas ao tráfico ou associação ao tráfico de drogas. O vício em drogas também anda vinculado a outros vícios.

Esses são apenas alguns dentre muitos outros vícios, fomentados em grande medida pelo processo de viciamento decorrente da influência do obscurantismo informacional, que impactam os indicadores de criminalidade, mas que já servem para ilustrar a dimensão do processo de viciamento individual e coletivo que está em curso, especialmente num contexto em que o excesso de informação disponível não é garantia de qualidade informativa. Pelo contrário, o exagero de informação de baixa qualidade também entorpece e confunde o discernimento – aquilo que Milton Santos chamava de confusão dos espíritos – e termina por contribuir com a onda de viciamento de pessoas, grupos e até instituições inteiras. O obscurantismo informacional contribui assim para fomentar outro vício, típico da sociedade da informação: o vício informacional, por meio do qual o excesso de informação de má qualidade produz fadiga e entorpecimento geral. Desse modo, a própria informação é empregada de uma maneira que não contribui para combater os vícios, tratar dos viciados e atenuar os efeitos do processo de viciamento sobre a sociedade.

Mas por que se é tão omissivo no combate ao processo de viciamento e ao obscurantismo informacional? Essa questão nos permite formular outra: a quem realmente interessa o combate ao viciamento, ao vício, ao obscurantismo? Até que

ponto a lucidez cognitiva e o discernimento, de fato, importariam? Afinal, toda essa engrenagem estatal e coletiva, que funciona para manter esse modelo de organização econômica e política, realmente prescindiria do processo de viciamento em curso, ancorado no obscurantismo e no vício informacional?

Por isso, não são poucos os pensadores que entendem que, apesar do nocivo impacto dos vícios sobre a criminalidade, o processo de viciamento é útil. E precisa continuar sendo fomentado pelo obscurantismo informacional. O vício em comprar compulsivamente, o vício em jogos de azar, o vício em games virtuais, o vício em programações e propagandas televisivas obscurantistas e outros vícios são muito úteis à economia do cotidiano. O vício em sexo e na internet dinamizam o mercado, fazendo com que uma economia de manada em crime continue a girar. O vício em drogas, a compulsão pelo dinheiro e a fissura pelo poder nutrem bastante todo esse velho sistema. Assim como o fanatismo é muito útil à exploração e à manipulação de pseudo igrejas e seitas religiosas, também o viciamento o obscurantismo em curso é excepcionalmente útil a essa forma de dominação política e organização econômica. Não seria de estranhar se esse amplo processo de viciamento e obscurantismo planetário, em célere expansão, fosse parte de uma mega estratégia para consolidar o modelo de domínio da globalização em andamento. Mas talvez essa seja apenas mais uma entre tantas outras teorias conspiratórias...

Enfim, para salvar o cânone político e econômico em crise, principalmente depois de 2008, desde quando ficaram expostos os efeitos perversos da “liberdade” conferida aos especuladores internacionais, e recuperar a saúde financeira do capitalismo, fazem-se concessões ao viciamento e ao obscurantismo informacional. Em que pese o aumento da criminalidade, os vícios e a confusão mental ou cognitiva são úteis. Em nome da preservação do sistema econômico global, tolera-se que o obscurantismo e os vícios fomentem o furto, o roubo, as extorsões, os sequestros, tráfico de drogas, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas, o homicídio, a prostituição, a exploração sexual de vulneráveis, adoça as pessoas com

psicopatologias típicas de uma sociedade do consumismo exacerbado e irresponsável, ainda que numa época de crises ambientais etc. O cânone vigente só não tolera a lucidez e a justiça que dela decorre, pois elas podem “atrapalhar”. Enquanto isso, pode-se envernizar um pouco o viciamento das consciências eufemizando as informações, modismos e manias obscurantistas. Pois como ensinava Sêneca: “Todos os vícios são mais leves quando são visíveis: eles são muito perniciosos quando se escondem sob um ar de pureza.”

Vícios e Obscurantismo – Impactos à Cidadania

Os vícios e o obscurantismo informacional, além de se constituírem em vetores de violência e criminalidade, também impactam nocivamente a cidadania, principalmente na medida em que comprometem o discernimento e limitam a cognição.

O processo de viciamento, muitas vezes acelerado e potencializado pelo obscurantismo causado por avalanches de informações de péssima qualidade, ofuscam e embasam o discernimento lúcido, inclusive obstaculizando maior amadurecimento da capacidade cognitiva. Não é difícil de constatar que a pior cegueira é a falta de discernimento.

Esse apequenamento da lucidez e do discernimento, chamado por Milton Santos de confusão dos espíritos, reduz quando não inviabiliza completamente nosso entendimento acerca da realidade do mundo, do país, da política, da economia, da sociedade e de nós mesmos. Trata-se de uma perda significativa na capacidade de ler e interpretar o mundo, bem como da própria condição nele. Uma forma de entorpecimento existencial e filosófico, que redundava em graves prejuízos políticos, sociais e econômicos. Um apequenamento da própria condição de cidadania.

No lugar do discernimento lúcido, o processo de viciamento e de obscurantismo informacional conduz ao entorpecimento das consciências e à domesticação ideológica voltada à mistificação do consumismo, ao canibalismo

concorrencial e ao fundamentalismo do dinheiro e das “riquezas”, vistas como “delícias” da civilização materialista. Um regime de vida que promove o consumidor compulsivo ao invés do cidadão consciente e comprometido com um projeto de sociedade livre, justa e solidária. Um sistema de mercado, regido por corporações empresariais, no qual o poder da publicidade e da propaganda de produtos e de serviços põe em segundo plano uma relação sustentável com as coisas e o respeito elementar à dignidade humana. A pessoa é quase um item descartável.

Diante desse contexto, pode-se compreender, ao menos em parte, porque vinga predominantemente o lumpesinato político e uma práxis política medíocre, que nos conduz a uma democracia formal de mercado, amesquinhada pelo consumo de eleições periódicas que nada acrescentam ao país nem enriquecem a vida política da sociedade brasileira. O empobrecimento social e econômico reflete a miséria política de um país que vive do engodo eleitoral. Por outro lado, é preciso dizer que isso não serve para justificar nenhum regime político fechado nem de força, mas apenas advertir que o juguete eleitoral está levando à morte a política maiúscula, instalando gradualmente um totalitarismo disfarçado de administração pública, alcançando todos os campos: trabalho, instituições sociais, instituições de mediação política, empresas, relações interpessoais, invadindo até mesmo espaços antes destinados à livre pesquisa, ao refinamento das ideias e à manifestação do pensamento, como eram as universidades. Ensinava o mestre Milton Santos que “Dessa forma, o território, o Estado-nação e a solidariedade social também se tornam residuais.”

Tais efeitos danosos à cidadania e à vida em sociedade são, em grande medida, reflexos do processo de viciamento e de obscurantismo informacional em curso, numa escala planetária, que servem principalmente às formas perversas do paradigma de globalização em vigência e expansão.

Uma sociedade de viciados e demolidos cognitivamente não pode resistir aos injustos e nefastos efeitos de uma organização econômica e política espoliadora. Não percebe nem

sobrevive ao canibalismo concorrencial. Não consegue desmistificar o sensualismo e o consumismo compulsivo que submete a todos às pretensões do mercado. Não é capaz de entender nem de enfrentar fundamentalismo do dinheiro e os totalitarismos ideológicos, religiosos, políticos e mercadológicos em franca ebulição.

O obscurantismo informacional do discernimento e o processo de viciamento das consciências, sobretudo dos mais jovens, é uma ferramenta essencial para que os efeitos perversos desse modelo econômico e político sejam devidamente percebidos nem confrontados. O que a grande maioria pensa saber sobre liberdade, justiça, solidariedade e democracia é algo vago, genérico, quase inaplicável. É conveniente que continue assim. O discernimento e a lucidez são perigosos... O vício e a avalanche obscurantista tem sua função e utilidade.

Formar competências cognitivas lúcidas que fomentem o discernimento potencialmente pleno, capazes de resistir ao obscurantismo, ao viciamento e à domesticação ideológica, que mistifica a jogatina política e econômica em vigor, é essencial à promoção da cidadania e da vida política na sociedade numa perspectiva democrática. O discernimento político, social e econômico é condição para manutenção de um regime político aberto e para a consolidação da democracia no Brasil, que parece haver estacionado sem amadurecer. É imprescindível que a educação e os processos de socialização das pessoas sejam capazes de prover a lucidez e a cognição plena, a fim de garantir conquistas humanas irrenunciáveis, desde o iluminismo libertário, passando pela declaração de direitos humanos, e a afirmação de pactos sociais e institucionais em prol da dignidade da pessoa humana, individual e coletivamente. A sociedade não pode continuar sendo “presa” fácil dos diversos tipos de manipulação, da violência e de fanatismos fomentadas pelo processo de viciamento humano e pelo obscurantismo informacional. Como esclarece Jean de La Bruyere: “Depois do espírito de discernimento, o que há de mais raro no mundo são os diamantes e as pérolas.”

O logos da clareza, da lucidez e do discernimento tem de prevalecer sobre o logos que atrofia a cognição, que obscurece a participação política, que usa a todos como massa de manobra, que sequestra o entendimento, que pirateia a liberdade, a justiça e a beleza. O logos autêntico tem que prevalecer sobre o logospirata. O logos real sobre o logos aparente, obscuro. O logos lúcido sobre o logos entorpecido, viciado. O logosneohumanista sobre o logosneomedieval. O logos da cidadania sobre o logos do viciamento e do obscurantismo.

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD-UFAM). Professor da FD-UFAM. Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas. Advogado.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, já no seu Preâmbulo declara seu intuito de assegurar, dentre outros direitos, o da *liberdade*.

Tal ideal é reforçado no enunciado do art. 3º da Constituição, que, em seu inciso I, dispõe ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de construir uma *sociedade livre*.

A liberdade a que o Texto Constitucional se refere manifesta-se em várias searas: a da livre iniciativa (art. 1º, inciso V, c/c art. art. 170, *caput*)¹; a liberdade de ação e omissão

1 CF: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

(art. 5º, inciso I)²; a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV)³; a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI)⁴; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inciso IX)⁵; a liberdade do exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII)⁶, que inclui a do exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único)⁷; a liberdade de locomoção (art. 5º, inciso XV)⁸; a liberdade de reunião (art. 5º, inciso XVI)⁹; a liberdade de associação (art. 5º, inciso XVII)¹⁰, que, por sua vez, abrange a de associação profissional ou sindical (art. 8º, caput)¹¹; a liberdade de planejamento familiar (art. 226, § 7º)¹², dentre outras.

O presente trabalho elaborado para homenagear o aniversário da coluna jornalística de informação jurídica semanal do amigo Julio Antonio Lopes – versa sobre uma particular liberdade constitucional: a de expressão (art. 5º, inciso IV), estando nela abrangidas a de informação

fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da *livre iniciativa*”; “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)” (destaques nossos). 2 CF, art. 5º: “I - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

3 CF, art. 5º: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”.

4 CF, art. 5º: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”.

5 CF, art. 5º: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”.

6 CF, art. 5º: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”.

7 CF, art. 170: “Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Tal dispositivo relaciona-se à ideia de *livre iniciativa*, que, como visto é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso V) e, por conseguinte, da ordem econômica nacional (art. 170, caput).

8 CF, art. 5º: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”.

9 CF, art. 5º: “XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”.

10 CF, art. 5º: “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”.

11 CF: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)”.

12 CF, art. 226: “§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

jornalística (art. 220, *caput* e § 1º)¹³ e qualquer outra manifestação de pensamento.

O referido estudo será feito tomando por base as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o citado tema e suas variações. Trata-se de trabalho meramente descritivo, com o exclusivo propósito de informar o leitor sobre o posicionamento da Corte Suprema acerca das diversas facetas do direito constitucional à liberdade de expressão.

1. PENSAMENTO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Pensar, etimologicamente, significa avaliar o peso de alguma coisa. O pensamento, pois, avalia a realidade.

O pensamento é livre. O direito não regula, não disciplina o ato de pensar. Isto porque se trata de atividade interna ao sujeito, transcorrendo no plano intelectual¹⁴

No entanto, tudo que for além da mente do sujeito será externo, estando passível, pois, de ser regulado pelo direito.

É o que se dá com a manifestação do pensamento, isto é, sua exteriorização.

Dispõe o inciso IV do art. 5º da CF que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Trata-se da chamada “liberdade de expressão”, a qual, segundo o Supremo Tribunal Federal, “constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica”¹⁵.

Confira-se, a respeito, o seguinte julgado do STF:

13 CF: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

14 É por tal razão que, para o direito penal, a fase de cogitação (do crime) é absolutamente impune, uma vez que se desenvolve no campo impenetrável do pensamento.

15 HC 83125/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. em 16.09.2003, DJ 07.11.2003, p. 93.

“Ementa: (...) A liberdade de expressão – que não traduz concessão do Estado, mas, ao contrário, representa direito fundamental dos cidadãos – é condição inerente e indispensável à caracterização e à preservação de sociedades livres, organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático. O Poder Judiciário, por isso mesmo, não pode ser utilizado como instrumento de injusta restrição a essa importantíssima franquia individual cuja legitimidade resulta da própria declaração constitucional de direitos. - A liberdade de manifestação do pensamento traduz prerrogativa político-jurídica que representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade, por tal razão, inclusive a autoridade judiciária, pode prescrever (ou impor), segundo suas próprias convicções, o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.”¹⁶

Conforme a redação do inciso IV do art. 5º da CF, poder-se-ia dizer que, assim como o pensamento é livre, também o é sua exteriorização. Não há, todavia, direitos absolutos.

Com efeito, o próprio dispositivo mencionado, em sua parte final, já estipula uma limitação à manifestação do pensamento, ao *vedar o anonimato* (do grego *ωνωνυμία*, que significa “sem nome”) no exercício daquela atividade. Ao assim dispor, o Texto Constitucional proíbe àquele que expressa seu pensamento agir de forma a manter sua identidade escondida de terceiros. Pretendeu, pois, a Constituição permitir a identificação da autoria daquele que, por qualquer meio, exterioriza seu pensar.

Trata-se, como se vê, de uma limitação de ordem *formal*, pois diz respeito ao *modo* como deve ser exteriorizado o pensamento e não ao conteúdo deste.

¹⁶ AI-AgR 675276/RJ, Rel. Min. Celso De Mello, 2ª Turma, j. em 22.06.2010, DJe-071 divulg.13.04.011 public. 14.04.2011.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO (“HATE SPEECH”)

Apesar do inciso IV do art. 5º da CF trazer o anonimato como a única limitação expressa à liberdade de expressão, existem outras restrições ao exercício do direito de manifestação do pensamento, consoante já reconheceu a jurisprudência do STF

No HC 82424/RS, o STF apreciou o caso de Siegfried Ellwanger, que escrevia, editava, divulgava e comercializava livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.

Ao julgar o referido processo, o STF entendeu ter se configurado crime de racismo, sujeito, pois, às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (art. 5º, inciso XLII, CF). Da ementa do referido julgado extrai-se o seguinte trecho:

“Ementa: (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...) Ordem denegada.”¹⁷

Portanto, no citado julgado o STF deixou assentado que a liberdade de expressão não autoriza o chamado “discurso do ódio” (“hate speech”), que se caracteriza quando um ato de comunicação (que exterioriza um pensamento) inferioriza uma pessoa ou um grupo de pessoas levando em conta características como raça, gênero, etnia, nacionalidade,

¹⁷ HC 82424/RS, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 17.09.2003, DJ 19.03.2004, p. 17.

religião, orientação sexual ou outro critério passível de discriminação.

Trata-se, neste caso, de uma limitação de ordem *material* (*substancial*), pois diz respeito ao *conteúdo* da exteriorização do pensamento e não à forma como o mesmo deve ser exposto.

Outro caso interessante é o do HC 109676/RJ, no qual o impetrante alegava ser inconstitucional a criminalização da sua conduta com base no § 3º do art. 140 do Código Penal (incluído pela Lei n. 9.459, de 13.05.1997), que disciplina o crime de injúria qualificada¹⁸. O julgado do STF assim está ementado:

“Ementa: (...) 1. A Lei n. 9.459/97 acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, dispondo sobre o tipo qualificado de injúria, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações, pois não seria possível acolher a liberdade que fira direito alheio, mormente a honra subjetiva. 2. O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio. 3. O writ veicula a arguição de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 140 do Código Penal, que disciplina o crime de injúria qualificada, sob o argumento de que a sanção penal nele prevista – pena de um a três anos de reclusão – afronta o princípio da proporcionalidade, assentando-se a sugestão de ser estabelecida para o tipo sanção penal não superior a um ano de reclusão, considerando-se a distinção entre injúria qualificada e a prática de racismo a que se refere o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. 3.1 – O impetrante alega inconstitucional a criminalização da conduta, porém sem demonstrar a inadequação ou a excessiva proibição do direito de liberdade de expressão e manifestação de pensamento em face da garantia de proteção à honra e de repulsa à prática de atos discriminatórios. (...) 7. Ordem de habeas corpus denegada.”¹⁹

18 O referido parágrafo encontra-se atualmente com a redação dada pela Lei n. 10.741, de 01.10.2003 (Estatuto do Idoso), assim dispondo: “§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.”

19 HC 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 11.06.2013, DJe-158 divulg. 13.08.2013 public. 14.08.2013.

Portanto, como se vê, a jurisprudência do STF reconhece que a proibição ao discurso de ódio atua como limite material à liberdade de manifestação do pensamento.

3. DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE E À IMAGEM COMO LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na AO 1390/PB, o STF reconheceu que a liberdade de expressão é limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem:

“Ementa: (...) 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. (...)”²⁰

Portanto, a garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento não é absoluta, porquanto seu exercício é limitado pelo dever de respeito aos demais direitos e garantias fundamentais também constitucionalmente protegidos, dentre os quais se destaca a inviolabilidade da honra das pessoas – inclusive das pessoas jurídicas²¹ –, sob pena de indenização pelo dano moral provocado.

4. PESSOA PÚBLICA: DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE E À IMAGEM

O STF na já citada AO 1390/PB, apesar de reconhecer que as pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções, também decidiu que o abuso do direito de criticá-las,

²⁰ AO 1390/PB, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 12.05.2011, DJe-166 divulg. 29.08.2011 public. 30.08.2011.

²¹ Não apenas as pessoas naturais (físicas) têm direito à proteção de sua imagem, consoante dispõe a Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão do STJ: “A pessoa jurídica, por ser titular de honra objetiva, faz jus à proteção de sua imagem, seu bom nome e sua credibilidade. Por tal motivo, quando os referidos bens jurídicos forem atingidos pela prática de ato ilícito, surge o potencial dever de indenizar (...)” (REsp 1334357/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 16.09.2014, DJe 06.10.2014).

caso configure violação dos direitos à honra, à intimidade e à imagem, gera dano moral:

“Ementa: (...) 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. (...)”²²

Como se vê, o fato do ofendido pelo abuso da liberdade de expressão ser pessoa pública, não torna a conduta legítima, mas apenas “atenua o grau de reprovabilidade da conduta”.

5. A “MARCHA DA MACONHA”

Um caso interessante que chegou ao STF e que diz respeito ao tema da liberdade de expressão envolveu a chamada “marcha da maconha”, evento no qual ativistas caminhavam pelas ruas, empunhando faixas e cartazes, defendendo a descriminalização do uso da maconha.

Algumas vozes manifestaram-se contra o referido movimento, pois sustentavam que se tratava de apologia ao uso de drogas e incitação à prática de fato criminoso²³.

O STF, no entanto, ao julgar a ADPF 187/DF, reconheceu a citada marcha como legítima, por se tratar do exercício de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). Demonstrou-se que há vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de

²² AO 1390/PB, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 12.05.2011, DJe-166 divulg. 29.08.2011 public. 30.08.2011.

²³ Código Penal: “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”.

reunião e a liberdade de manifestação do pensamento.²⁴

No referido julgado o STF, reconhecendo as plurissignificações do art. 287 do Código Penal (que tipifica o crime de apologia ao crime), entendeu pela necessidade de interpretar o referido preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição.

Assim, o Tribunal julgou procedente a ADPF, tendo dado ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

Posteriormente, no julgamento da ADI 4274/DF, o STF teve nova oportunidade de manifestar-se sobre o tema.

A referida ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, que formulou pedido de “interpretação conforme à Constituição” do § 2º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23.08.2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. O pedido formulado era no sentido de impedir a utilização do referido dispositivo legal como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes.

O acórdão do STF que julgou a citada ação assim está ementado:

“Ementa: (...) 1. Cabível o pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da

24 ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 15.06.2011, DJe-102 divulg. 28.05.2014 public. 29.05.2014. Um importante precedente do STF sobre a íntima correlação entre referidas liberdades fundamentais é a ADI 1969/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 28.06.2007, DJ 31.08.2007, p. 29), de cuja ementa extrai-se o seguinte trecho: “A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas”.

descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea 'a', e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 'interpretação conforme à Constituição' e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas."²⁵

Tal como se deu em relação ao art. 287 do Código Penal, o STF também reconheceu o conteúdo polissêmico do § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo ao menos um dos seus significados contrário à Constituição Federal. Por tal razão, aquela Corte deu a este dispositivo interpretação conforme à Constituição, de modo a excluir qualquer exegese que enseje, com fundamento nele, a criminalização de manifestações e eventos públicos pela legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente.

6. LIBERDADE DE IMPRENSA

Uma das mais importantes expressões da liberdade de

²⁵ ADI 4274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. em 23.11.2011, DJe-084 divulg. 30.04.2012 public. 02.05.2012.

informação jornalística (art. 220, *caput* e § 1º), popularmente conhecida como “liberdade de imprensa” em razão de ser exercitada por meio de veículo de comunicação social.

No julgamento do AI-AgR 505595/RJ, o STF definiu a extensão da liberdade de imprensa, a qual, “enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar”²⁶.

6.1. Liberdade de expressão pelos profissionais da imprensa: direito de crítica

Especificamente ao direito de criticar, confira-se o seguinte trecho da ementa do referido julgado do STF:

“Ementa: (...) - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, o u não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.”

26 AI-AgR 505595/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 02.03.2010, DJe-066 divulg. 06.04.2011 public. 07.04.2011. No mesmo sentido: AI-AgR 705630/SC, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.03.2011, DJe-065 divulg. 05.04.2011 public. 06.04.2011.

*Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. - Mostra-se incompatível com pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. (...)*²⁷

De outro julgado, colhe-se o seguinte trecho de sua ementa:

*“Ementa: (...) - O exercício regular do direito de crítica, que configura direta emanação da liberdade constitucional de manifestação do pensamento, ainda que exteriorizado em entrevista jornalística, não importando o conteúdo ácido das opiniões nela externadas, não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão, qualificando-se, ao contrário, como verdadeira excludente anímica, que atua, em tal contexto, como fator de descaracterização do intuito doloso de ofender.”*²⁸

O Tribunal Pleno do STF, na ADPF 130/DF (que será adiante referida), decidiu que não constitui forma de censura à imprensa e não afronta a livre manifestação do pensamento a responsabilização penal, civil ou administrativa de jornalistas

27 AI-AgR 505595/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 02.03.2010, DJe-066 divulg. 06.04.2011 public. 07.04.2011. No mesmo sentido: AI-AgR 705630/SC, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.03.2011, DJe-065 divulg. 05.04.2011 public. 06.04.2011; AI-AgR 690841/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 21.06.2011, DJe-150 divulg. 04.08.2011 public. 05.08.2011. Tal entendimento foi reafirmado por ocasião do julgamento do ARE-ED 734.067/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. em 04.02.2014, DJe-063 divulg. 28.03.2014 public. 31.03.2014.

28 AI-AgR 675276/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.06.2010, DJe-071 divulg. 13.04.011 public. 14.04.2011.

ou de veículos de imprensa por danos morais decorrentes de publicação de matérias jornalísticas²⁹.

Portanto, o STF assentou que o exercício da liberdade de expressão pelos profissionais da imprensa assegura o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra autoridades ou órgãos públicos, desde que não ocorram agravos à honra e à imagem da pessoa jornalista

6.2. Não recepção da “Lei de Imprensa”

A Lei n. 5.250, de 09.02.1967, foi editada para disciplinar a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, sendo popularmente conhecida como “Lei de Imprensa”.

O STF, no julgamento de mérito da ADPF 130/DF, confirmando a liminar anteriormente concedida³⁰, reconheceu que a referida lei não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Entendeu o STF que o art. 220 da CF alargou o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, ao estabelecer a) que as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; e b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes da própria Constituição.

Segundo o STF, a plena liberdade de imprensa é “verdadeira irmã siamesa da democracia”, sendo vedado à lei dispor quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo: “São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia

29 Nesse sentido: RE-AgR 571151/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j.em 25.06.2013, DJe-158 divulg. 13.08.2013 public. 14.08.2013; ARE-AgR 650931/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 26.06.2012, DJe-158 divulg. 10.08.2012 public. 13.08.2012. 30 ADPF-MC 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 27.02.2008, DJe-211 divulg. 06.11.2008 public. 07.11.2008; Republicada: DJe-035 divulg. 25.02.2010 public. 26.02.2010.

interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. (...) PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967³¹.

O STF, como se percebe, declarou não recepcionada a Lei n. 5.250/67 por entender que a CF/1988, ao disciplinar o regime liberdade de informação jornalística, consagrou a plena liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia³².

7. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA: EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO DE MÚSICO EM CONSELHO PROFISSIONAL

Interessante caso que chegou ao STF envolvendo o tema da liberdade de expressão diz respeito à obrigatoriedade da inscrição de músico em conselho profissional.

O inciso XIII do art. 5º da CF dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A parte final do dispositivo transcrito parecia legitimar a exigência de que os músicos se inscrevessem em conselho profissional da categoria.

Contudo, o STF, no julgamento do RE 414426/SC, entendeu que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício: “A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição

31 ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 30.04.2009, DJe-208 divulg. 05.11.2009 public. 06.11.2009.

32 Ressalte-se que, anteriormente à ADPF 130, o STF, no julgamento do RE 348827/RJ, já havia declarado como não recepcionado o art. 56 da Lei n. 5.250/67, por incompatibilidade com os incisos V e X do art. 5º da CF/1988 (RE 348827/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 01.06.2004, DJ 06.08.2004, p. 62).

em conselho de fiscalização profissional”³³.

Portanto, segundo o STF, são dois os parâmetros que devem conformar a ação legislativa do Estado no plano da regulamentação do exercício profissional: “(a) necessidade de grau elevado de conhecimento técnico ou científico para o desempenho da profissão e (b) existência de risco potencial ou de dano efetivo como ocorrências que podem resultar do exercício profissional”³⁴.

Destacou, ainda, o STF, no julgamento do RE 414426/SC, que a atividade de músico prescinde de controle por constituir “manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão”³⁵.

A propósito da liberdade constitucional de expressão artística (art. 5º, inciso IX, CF), o STF já se manifestou no sentido de que a arte e a cultura, por representarem expressões fundamentais da liberdade humana, “constituem domínios interditados à intervenção, sempre perigosa e nociva, do Estado”³⁶.

Por assim entender, o STF decidiu que a atividade de músico não está condicionada à inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e, conseqüentemente, inexige comprovação de quitação da respectiva anuidade, sob pena de afronta ao livre exercício da profissão e à garantia da liberdade de expressão (art. 5º, incisos IX e XIII, CF)³⁷.

33 No sistema constitucional anterior, o STF já havia proferido decisão no mesmo sentido, mas apreciando o caso da categoria dos corretores de imóveis: “É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe ‘condições de capacidade’” (Rp-EI 930/DF, Rel. Min. Antonio Neder, Pleno, j. em 25.10.1978, DJ 27.04.1979, p. 3379).

34 RE-ED 635023/DE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 13.12.2011, DJe-030 divulg. 10.02.2012 public. 13.02.2012.

35 RE 414426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. em 01.08.2011, DJe-194 divulg. 07.10.2011 public. 10.10.2011.

36 RE-ED 635023/DE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 13.12.2011, DJe-030 divulg. 10.02.2012 public. 13.02.2012.

37 RE-AgR 555320/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 18.10.2011, DJe-211 divulg. 04.11.2011 public. 07.11.2011.

8. LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL

Um interessante caso que chegou ao STF envolveu o conhecido diretor teatral Gerald Thomas.

No final da adaptação de Tristão e Isolda no Teatro Municipal do Rio de Janeiro pelo diretor teatral, o público protestou por meio de vaias, ao que o citado diretor, em resposta, teria simulado atos de masturbação e mostrado suas nádegas.

Em razão da atitude descrita foi processado pela prática de “ato obsceno” (art. 233, Código Penal)³⁸.

O STF, contudo, decidiu não ter restado caracterizada tal modalidade delituosa. O referido julgado assim está ementado:

“Ementa: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Dis-cussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ain-da que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus.”³⁹

Como se vê, entendeu o STF que a atitude do diretor teatral deu-se como expressão livre da atividade artística (art. 5º, inciso IX, CF), a qual é colocada a salvo de qualquer censura (art. 220, § 2º)⁴⁰.

Tal orientação já constava de antigo julgado daquela Corte, do qual se extrai o seguinte trecho: “À falta de conceito legal do que

38 Código Penal: “Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

39 HC 83996/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 17.08.2004, DJ 26.08.2005, p. 65.

40 CF, art. 220: “§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes”⁴¹.

Portanto, o entendimento do STF é no sentido de não se caracteriza o crime de “ato obsceno” (art. 233, Código Penal) se, no contexto em que foi praticado o comportamento, tratava-se de manifestação da liberdade de expressão artística, literária, educacional ou científica.

9. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO GARANTIA DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A Constituição Brasileira, ao estabelecer as limitações constitucionais ao poder de tributar, estabelece que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (art. 150, inciso VI, alínea *d*).

Trata-se, como se vê, de hipótese de *imunidade tributária*, que surge quando a Constituição, ao realizar a repartição de competências tributárias entre os entes da Federação, coloca fora do alcance das citadas competências determinados sujeitos, objetos ou fatos.

Apreciando a cláusula do art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Constituição da República, o STF manifestou-se no sentido de recon-hecer que a mesma objetiva a “proteção do exercício da liberdade de expressão intelectual e do direito de informação”⁴².

Confira-se, nesse sentido, o seguinte acórdão do STF, cuja ementa assim está redigida:

41 RMS 18534/SP, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, Rev. Min. Aliomar Baleeiro, 2ª Turma, j. em 01.10.1968, DJ 27.12.1968, p. 5530.

42 RE-AgR 327414/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 07.03.2006, DJe-027 divulg. 11.02.2010 public. 12.02.2010. No mesmo sentido: ARE-AgR 681320/PB, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.05.2012, DJe-112 divulg. 08.06.2012 public. 11.06.2012.

“Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, ‘D’ DA CF/88. ‘ÁLBUM DE FIGURINHAS’. ADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.”⁴³

Portanto, a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (art. 150, inciso VI, alínea *d*, CF) objetiva facilitar a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação e propiciar o acesso da população à informação ⁴⁴.

10. LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARLAMENTAR

O *caput* do art. 53 da CF, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 35/2001, dispõe que os Deputados Federais e os Senadores “são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

Tal dispositivo consagra a chamada “imunidade parlamentar material”, que é extensiva aos Deputados Estaduais, por força

43 RE 221239/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 25.05.2004, DJ 06.08.2004, p. 61.

44 Ressalte-se que, segundo o STF, veículo publicitário que, em face de sua natureza propagandística, possui exclusiva índole comercial “não pode ser considerado como destinado à cultura e à educação, razão pela qual não está abrangido pela imunidade de impostos” (RE 213094/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. em 22.06.1999, DJ 15.10.1999, p. 23). Por outro lado, decidiu o STF que “é de se entender que não estão excluídos da imunidade os ‘periódicos’ que cuidam apenas e tão-somente de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de ‘inegável utilidade pública’, como é o caso das listas telefônicas” (RE 101441/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 04.11.1987, DJ 19.08.1988, p. 20262).

do enunciado do § 1º do art. 27 da CF⁴⁵. Também a possuem os Vereadores, em razão do disposto no inciso VIII do art. 29 da CF, que a eles assegura a inviolabilidade “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”.

Trata-se, como se vê, de prerrogativa que procura garantir a liberdade de expressão pelo parlamentar no exercício de seu mandato.

Sobre a mesma, confira-se o seguinte julgado do STF, cuja ementa é abaixo transcrita:

*“Ementa: INQUÉRITO. AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME OFERECIDA CONTRA DEPUTADO FEDERAL E JORNALISTA. PRETENSAS OFENSAS PRATICADAS PELO PRIMEIRO QUERELADO E PUBLICADAS PELA SEGUNDA QUERELADA EM MATÉRIA JORNALÍSTICA: CRIMES DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO (ARTS. 21 E 22 DA LEI DE IMPRENSA). 1. As afirmações tidas como ofensivas pelo Querelante foram feitas no exercício do mandato parlamentar, por ter o Querelado se manifestado na condição de Deputado Federal e de Presidente da Câmara, não sendo possível desvincular aquelas afirmações do exercício da ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar (art. 51 da Constituição da República). 2. O art. 53 da Constituição da República dispõe que os Deputados são isentos de enquadramento penal por suas opiniões, palavras e votos, ou seja, têm imunidade material no exercício da função parlamentar. 3. Ausência de indício de *animus difamandi* ou *injuriandi*, não sendo possível desvincular a citada publicação do exercício da liberdade de expressão, própria da atividade de comunicação (art. 5º, inc. IX, da Constituição da República). 4. Não-ocorrência dos crimes imputados pelo Querelante. Que-ixa-crime rejeitada.”⁴⁶*

A referida imunidade, segundo o STF, somente protege o membro do Congresso Nacional nas hipóteses específicas em

45 CF, art. 27: “§ 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.” (destaque nosso).

46 Inq 2297/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 20.09.2007, DJ 19.10.2007, p. 29.

que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática “*in officio*”) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática “*propter officium*”), qualquer que seja o âmbito espacial (“*locus*”) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa). Portanto, há necessidade de que os “delitos de opinião” tenham sido cometidos no exercício do mandato legislativo ou em razão dele, sendo indispensável a existência desse vínculo causal, conforme decidiu a Suprema Corte: “A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, ‘*caput*’), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro”⁴⁷. Por conseguinte, a imunidade material não se estende a palavras, nem a manifestações do parlamentar, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo.

O STF, contudo, já decidiu que as ofensas que exorbitem os limites da crítica política “podem constituir abuso do direito à manifestação de pensamento, passível de exame pelo Poder Judiciário nas esferas cível e penal”⁴⁸.

Como se vê apesar do STF reconhecer que a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material é uma prerrogativa que “representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo” e que “constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal)”⁴⁹, também reconhece que tal garantia não é ilimitada.

11. LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO ADVOGADO

O art. 133 da CF, ao disciplinar a atividade da advocacia, dispõe que o advogado é indispensável à administração da

47 Inq-QO 1024/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 21.11.2002, DJ 04.03.2005, p. 11.

48 AP 474/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rev. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 12.09.2012, DJe-026 divulg. 06.02.2013 public. 07.02.2013.

49 Inq-QO 1024/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 21.11.2002, DJ 04.03.2005, p. 11.

justiça, “sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (destaque nosso).

Como se vê, o referido dispositivo constitucional, ao mesmo tempo em que reconheceu a imunidade profissional dos advogados, possibilitou fosse contida a eficácia da citada imunidade aos termos da lei.

O Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940), assim dispõe a respeito: “Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível: I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; (...)”.

Também buscando regulamentar aquela disposição constitucional, a Lei n. 8.906, de 04.07.1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), assim estabelece no § 2º de seu art. 7º: “O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”⁵⁰.

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou ADI atacando diversos dispositivos da Lei n. 8.906/94, dentre eles o § 2º do art. 7º.

O STF, no julgamento do mérito da citada ação (ADI 1127/DF), reconheceu que a “imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público” e, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou desacato”, contida no § 2º do art. 7º do diploma legal em questão.

Entendeu o STF que a imunidade profissional do advogado não compreende o *desacato* (art. 331, CP)⁵¹, “pois conflita com a

50 “O artigo 7º, § 2º da Lei n. 8.906/2004, deu concreção ao preceito veiculado pelo artigo 133 da Constituição do Brasil, assegurando ao advogado a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão” (STF, HC 87451/RS, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, j. em 14.02.2006, DJ 10.03.2006, p. 29).

51 Código Penal: “Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional”⁵².

Portanto, o STF só reconheceu a inconstitucionalidade da extensão da imunidade profissional do advogado à hipótese de desacato, mas não *quanto à injúria* (art. 140, CP)⁵³ ou à *difamação* (art. 139, CP)⁵⁴.

Quanto ao crime de *calúnia* (art. 138, CP)⁵⁵, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que o mesmo não é alcançado pela imunidade conferida aos advogados. Isto porque art. 142, inciso I, do Código Penal, criara causa de “exclusão do crime” apenas com relação aos delitos que menciona – injúria e difamação –, mas não quanto à calúnia, que omitira. Ademais, a imunidade do advogado não foi estendida à calúnia nem com a superveniência da Lei n. 8.906/94 (art. 7º, § 2º)⁵⁶.

Ressalte-se que o art. 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia e da OAB superou a jurisprudência formada sob o art. 142 do Código Penal, que excluía do âmbito da imunidade profissional do advogado a injúria ou a difamação do juiz da causa.

Confira-se, a respeito, o seguinte julgado do STF:

“Ementa: (...) A inviolabilidade constitucional do Advogado: garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de sua atividade profissional. A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra. A questão das excludentes anímicas. (...) Os atos praticados pelo Advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o

52 ADI 1127/DF, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 17.05.2006, DJe-105 divulg. 10.06.2010 public. 11.06.2010.

53 Código Penal: “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

54 Código Penal: “Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

55 Código Penal: “Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa”.

56 HC 84446/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 23.11.2004, DJ 25.02.2005, p. 29; RE-AgR 585901/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 21.09.2010, DJe-190 divulg. 07.10.2010 public. 08.10.2010.

AO 1300 - Tribunal Pleno, HC 84107, HC 84446, HC 86044

objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificadas como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o 'animus defendendi' importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. (...) O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.”⁵⁷

Note-se que, sob a égide da Lei n. 8.906/94, a imunidade do advogado se estende à eventual ofensa irrogada ao juiz, desde que tenha alguma pertinência à causa que defende.

Assim, por exemplo, a imunidade profissional abrange manifestação pela imprensa de advogado que utilize expressão depreciativa a despacho judicial exarado em causa que defenda⁵⁸.

O STF, contudo, não acolhe a pretensão de reconhecimento da imunidade conferida aos advogados nos casos em que a ofensa não tenha sido irrogada em juízo, na discussão da causa⁵⁹.

Portanto, segundo o entendimento adotado pelo STF, não é absoluta a inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações:

“Ementa: ‘HABEAS CORPUS’ - INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO - CF/88, ART. 133 - OFENSAS MORAIS IRROGADAS EM JUÍZO E DIRIGIDAS AO MAGISTRADO-

57 HC 98237/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 15.12.2009, DJe-145 divulg. 05.08.2010 public. 06.08.2010.

58 Inq 1674/PA, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 06.09.2001, DJ 01.08.2003, p. 105.

59 HC 104385/SP, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 28.06.2011, DJe-163 divulg. 24.08.2011 public. 25.08.2011.

*VALOR RELATIVO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL – (...) - A proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz uma significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do direito. A garantia de intangibilidade profissional do advogado não se reveste, contudo, de valor absoluto, eis que a cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídico-constitucional expressamente a submete aos limites da lei. A invocação da imunidade constitucional, necessariamente sujeita as restrições fixadas pela lei, pressupõe o exercício regular e legítimo da advocacia. Revela-se incompatível, no entanto, com práticas abusivas ou atentatórias à dignidade da profissão ou às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício. (...)*⁶⁰

Como se vê, somente se excluem do manto protetor da imunidade profissional do advogado, com a abrangência que a Constituição conferiu ao instituto, os “atos, gestos ou palavras que manifestamente desbordem do exercício da profissão, como a agressão (física ou moral), o insulto pessoal e a humilhação pública”⁶¹.

12. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: DIVULGAÇÃO DE PESQUISAS ELEITORAIS

A Lei n. 9.504, de 30.09.1997, estabelece normas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador.

A citada lei admite a realização de pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos, para conhecimento público, desde que as entidades e empresas que as realizem registrem, para cada pesquisa, junto à Justiça Eleitoral, até

60 HC 69085/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 02.06.1992, DJ 26.03.1993, p. 5003.

61 AI-AgR 747807/MG, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. em 08.09.2009, DJe-204 divulg. 28.10.2009 public. 29.10.2009. No mesmo sentido: AO 933/AM, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 25.09.2003, DJ 06.02.2004, p. 22; AO 1300/AM, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 10.11.2005, DJ 07.04.2006, p. 15. Confira-se, ainda: HC 88164/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 15.08.2006, DJe-111 divulg. 12.06.2013 public. 13.06.2013.

cinco dias antes da divulgação, as informações arroladas no art. 33 do mencionado diploma legal.

No entanto, a Lei n. 11.300, de 10.05.2006, acrescentou à Lei n. 9.504/97 o art. 35-A, com a seguinte redação: “É vedada a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 (dezoito) horas do dia do pleito”.

Tal dispositivo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o STF, que a julgou procedente, estando o referido acórdão assim ementado:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.300/2006 (MINI-REFORMA ELEITORAL). ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16). INOCORRÊNCIA. MERO APERFEIÇOAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ELEITORAIS. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISAS ELEITORAIS QUINZE DIAS ANTES DO PLEITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO LIVRE E PLURAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO DIRETA. I - Inocorrência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral. II - Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições. III - Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito. IV - Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico. V - Inaplicabilidade do postulado da anterioridade da lei eleitoral. VI - Direto à informação livre e plural como valor indissociável da ideia de democracia. VII - Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei introduzido pela Lei 11.300/2006 na Lei 9.504/1997.”⁶²

Entendeu o STF que o referido dispositivo seria inconstitucional por afrontar o direito constitucional à liberdade de informação, prevista no *caput* do art. 220 da CF,

62 ADI 3741/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 06.08.2006, DJ 23.02.2007, p. 16.

que proíbe que a mesma sofra qualquer restrição, além daquelas que decorram diretamente do Texto Constitucional.

13. LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA

Um polêmico caso que chegou ao STF dizia respeito ao art. 5º da Lei n. 11.105, de 24.03.2005 (Lei de Biossegurança) que permitia o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.

O Procurador-Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3510/DF) na qual alegava que a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias configuraria violação do direito à vida.

Contudo, o STF, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ADI⁶³, merecendo destaque – por interessar ao objeto deste estudo – o seguinte trecho do acórdão:

“Ementa: (...) VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo ‘ciência’, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que ‘O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’ (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a

63 Entendeu o STF não estarem presentes os pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada (art. 5º, Lei n. 11.105/.2005) não padecia de polissemia ou de plurissignificatidade.

*dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). (...)*⁶⁴

Como se observa do trecho transcrito, um dos fundamentos que o STF utilizou para reconhecer a constitucionalidade da Lei de Biossegurança foi o de que o referido diploma legal seria instrumento de densificação de uma das manifestações da liberdade de expressão: a “liberdade de expressão científica”, prevista no inciso IX do art. 5º da CF⁶⁵.

CONCLUSÃO

Nos precisos termos do *caput* do art. 102 da CF, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a defesa da Constituição.

Este representa o encargo mais relevante do STF – a quem foi atribuída a função de guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte⁶⁶.

Esperamos, com este singelo trabalho, ter conseguido trazer ao leitor – mesmo àquele não habituado às letras jurídicas – uma despretensiosa síntese da mais significativa jurisprudência do STF acerca dos diversos aspectos da liberdade de expressão.

ACÓRDÃOS REFERIDOS

ADI 1127/DF, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 17.05.2006, *DJe*-105 divulg. 10.06.2010 public. 11.06.2010.

ADI 3741/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 06.08.2006, *DJ* 23.02.2007, p. 16.

ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. em 29.05.2008, *DJe*-096 divulg. 27.05.2010 public. 28.05.2010.

64 ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. em 29.05.2008, *DJe*-096 divulg. 27.05.2010 public. 28.05.2010.

65 CF, art. 5º: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica (...);” (destaque nosso).

66 ADI-MC 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 30.09.1999, *DJ* 12.04.2002, p. 51.

ADI 4274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. em 23.11.2011, *DJe*-084 divulg. 30.04.2012 public. 02.05.2012.

ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 15.06.2011, *DJe*-102 divulg. 28.05.2014 public. 29.05.2014.

AI-AgR 705630/SC, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.03.2011, *DJe*-065 divulg. 05.04.2011 public. 06.04.2011.

AI-AgR 690841/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 21.06.2011, *DJe*-150 divulg. 04.08.2011 public. 05.08.2011.

AI-AgR 675276/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.06.2010, *DJe*-071 divulg.13.04.011 public. 14.04.2011.

AI-AgR 747807/MG, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. em 08.09.2009, *DJe*-204 divulg. 28.10.2009 public. 29.10.2009.

AO 933/AM, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 25.09.2003, *DJ* 06.02.2004, p. 22.

AO 1300/AM, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 10.11.2005, *DJ* 07.04.2006, p. 15.

AO 1390/PB, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 12.05.2011, *DJe*-166 divulg. 29.08.2011 public. 30.08.2011.

AP 474/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rev. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 12.09.2012, *DJe*-026 divulg. 06.02.2013 public. 07.02.2013.

ARE-AgR 681320/PB, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22.05.2012, *DJe*-112 divulg. 08.06.2012 public. 11.06.2012.

ARE-AgR 650931/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 26.06.2012, *DJe*-158 divulg. 10.08.2012 public. 13.08.2012.

ARE-ED 734.067/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. em 04.02.2014, *DJe*-063 divulg. 28.03.2014 public. 31.03.2014.

HC 69085/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 02.06.1992, *DJ* 26.03.1993, p. 5003.

HC 82424/RS, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 17.09.2003, *DJ* 19.03.2004, p. 17.

HC 83996/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 17.08.2004, *DJ* 26.08.2005, p. 65.

HC 84446/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 23.11.2004, *DJ* 25.02.2005, p. 29.

HC 87451/RS, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, j. em 14.02.2006, *DJ* 10.03.2006, p. 29.

HC 88164/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 15.08.2006, *DJe*-111 divulg. 12.06.2013 public. 13.06.2013.

HC 98237/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 15.12.2009, *DJe*-145 divulg. 05.08.2010 public. 06.08.2010.

HC 104385/SP, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 28.06.2011, *DJe*-163 divulg. 24.08.2011 public. 25.08.2011.

HC 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 11.06.2013, *DJe*-158 divulg. 13.08.2013 public. 14.08.2013.

Inq 1674/PA, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 06.09.2001, *DJ* 01.08.2003, p. 105.

Inq 2297/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 20.09.2007, *DJ* 19.10.2007, p. 29.

Inq-QO 1024/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 21.11.2002, *DJ* 04.03.2005, p. 11.

RE 101441/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 04.11.1987, *DJ* 19.08.1988, p. 20262.

RE 213094/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. em 22.06.1999, *DJ* 15.10.1999, p. 23.

RE 221239/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 25.05.2004, *DJ* 06.08.2004, p. 61.

RE 414426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. em 01.08.2011, *DJe*-194 divulg. 07.10.2011 public. 10.10.2011.

RE-AgR 327414/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 07.03.2006, *DJe*-027 divulg. 11.02.2010 public. 12.02.2010.

RE-AgR 571151/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. em 25.06.2013, *DJe*-158 divulg. 13.08.2013 public. 14.08.2013.

RE-AgR 555320/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 18.10.2011, *DJe*-211 divulg. 04.11.2011 public. 07.11.2011.

RE-AgR 585901/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 21.09.2010, *DJe*-190 divulg. 07.10.2010 public. 08.10.2010.

RE-ED 635023/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 13.12.2011, *DJe*-030 divulg. 10.02.2012 public. 13.02.2012.

RMS 18534/SP, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, Rev. Min. Aliomar Baleeiro, 2ª Turma, j. em 01.10.1968, *DJ* 27.12.1968, p. 5530.

Rp-EI 930/DF, Rel. Min. Antonio Neder, Pleno, j. em 25.10.1978, *DJ* 27.04.1979, p. 3379.

Jussara Maria Pordeus e Silva

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra/Portugal. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Professora do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO COMUNICATIVO

*Direito de Expressão. Liberdade de Imprensa.
Direito de manifestação de pensamento.
Pluralismo e Diversidade. Regulação Estatal.
Direito à informação. Democratização.*

O Direito de Expressão nada mais é que o direito à manifestação de ideias e opiniões com liberdade e, ao mesmo tempo, uma vedação ao Estado de coibir a exposição de pensamento. É certo que esse direito fundamental, contudo, não é absoluto, na medida em que, de um lado é vedado constitucionalmente o anonimato e, de outro, ele é relativizado pela submissão das ideias e opiniões expostas às leis vigentes, podendo o autor ser responsabilizado civil e penalmente por sua exteriorização.

O poder dos meios de comunicação de massa, no mundo contemporâneo, antes do “boom” da internet, chegou a ser comparado a um quarto Poder, que tinha a capacidade de eleger e conduzir ao *impeachment* de Chefes de Governo.

A princípio, a força e a velocidade da informação instantânea da internet e das mídias sociais poderiam até ter minimizado essas práticas, entretanto, é sabido que grande

parte das informações difundidas nas redes são de igual modo distorcidas e manipuladoras da opinião pública.

Por outro lado, muitos navegadores da internet replicam opiniões e ideias sem sequer checar a credibilidade, a fonte e veracidade das informações que reproduzem, sem fazer uma reflexão e uma análise crítica da informação, se tornando um mero repassador de ideias prontas que interessa a determinados grupos.

Importante, também, não ignorar a censura disfarçada existente nos meios de comunicação e uma, digamos, simpatia da mídia pelos pontos de vista dos governantes, contaminando o debate público e manipulando a opinião pública. Isso sem contar com a blindagem daqueles que estão no poder, seja por meio de troca por vultosos contratos de publicidade, seja por influência e amizade.

Caberia aqui então uma indagação se seria, então, possível o desenvolvimento de instrumentos ou mecanismos de mitigação dessas práticas, tornando as informações acessíveis e evitando distorções na mídia. Seria possível evitar blindagens e omissão na divulgação de informações? Seria possível conceder voz a quem não tem voz?

Mas quem seriam os responsáveis pela democratização do espaço comunicativo? A quem caberia dar voz a quem não tem voz? A que competiria evitar essa blindagem e impedir chantagens e negociações para omissão de informações nos meios de comunicação?

Antes de arriscar respostas prematuras a todas essas indagações, vamos analisar como esse Direito de Expressão é visto em outras ordens jurídicas.

Nos Estados Unidos o direito à liberdade de expressão é considerado um direito preferencial, o que significa dizer que na ponderação entre princípios e direitos, a exemplo da privacidade, ele terá preponderância. Um exemplo disso é o direito que a mídia tem de publicar o nome de vítimas de estupro. Outro ponto importante é que mesmo diante de informações falsas que manchem a reputação da pessoa, o direito à indenização só surge se for provado o dolo, ainda que

eventual. No direito norte americano, até manifestações de racismo são amparadas pelo direito de expressão.

O papel do Estado nos direito norte americano, na verdade, segue duas vertentes: a primeira mais aceita e denominada de “libertária” e se dá no sentido da não interferência do Estado, devendo os agentes privados comunicarem-se livremente (essa corrente entende que possíveis falhas, mesmo trazendo prejuízos à vontade da maioria e aos governantes, seriam melhores que a intervenção); e outra considerada “ativista”, que aceita intervenções estatais para fortalecer o debate público.

A segunda corrente defende a imparcialidade, com a difusão de ideias diversificadas, obrigando a veiculação de diferentes pontos de vista, para que a pessoa que recebe a informação possa ter amplo acesso, podendo, dessa forma, ter liberdade para formar sua própria opinião. Nessa vertente também é vedada a omissão de informações.

Esse papel interventivo e fiscalizador era exercido, até os anos 80 nos EUA, por uma agência reguladora denominada Federal Communications Commission (FCC), que criou a chamada “fairness doctrine” que teria instituído, inclusive, o Direito de Resposta e a obrigação das emissoras destinarem parte de sua programação à divulgação de temas de interesse público.

Não obstante a versão ativista permita um debate público mais plural, com a participação daqueles que não tem dinheiro e nem poder, é a corrente libertária que tem prevalecido desde a 1ª emenda na história dos Estados Unidos da América, portanto rechaçando a pluralidade e a diversificação.

Realmente, a partir do início da década de 80, com a assunção de Ronald Reagen e sua ideologia neoliberal, avessa à intervenção estatal no setor privado, entendeu-se que a FCC estaria restringindo desnecessariamente a liberdade de expressão das emissoras e gerando como efeito prático a inibição da cobertura de questões controversas.

Inconformado com o fim da “fairness doctrine”, o Congresso norte-americano até tentou ressurgir-la por meio de um projeto de lei, mas este acabou sendo vetado pelo então Presidente Reagan, sob o argumento de que ele afrontaria a 1ª Emenda.

A Suprema Corte, por sua vez, nunca chegou a reexaminar a inconstitucionalidade dessa doutrina, declarada no caso “Red Lion”¹, tendo, a partir de meados da década de 70, seguido uma orientação cada vez mais libertária sobre a liberdade de expressão.

Por outro lado, a “discricionariedade editorial”, garantida pela 1ª Emenda, foi consagrada na Corte Constitucional americana, por maioria de votos (7 a 2), no caso *CBS x Comitê Nacional do Partido Democrata*².

Mas o limiar dessa onda libertária na Suprema Corte se deu com o julgamento do caso que estabeleceria valor máximo a ser gasto em campanhas eleitorais, oportunidade em que foi defendida a tese de que limitar tais valores seria limitar a liberdade de expressão, cerceando o poder do candidato se comunicar com o público. Nesse caso, nitidamente o direito à igualdade foi mitigado frente ao poder econômico, enfraquecendo o processo democrático, beneficiando ricos e poderosos em detrimento dos menos

1 Em 1969, a Suprema Corte norte-americana foi instada a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da fairness doctrine no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission*. Alegou-se, no caso, que a doutrina em questão violaria a 1ª Emenda, por restringir o direito das emissoras de veicularem em suas programações aquilo que desejassem. A Suprema Corte, em decisão proferida por unanimidade e redigida pelo Justice White, rechaçou o argumento. Segundo a Corte, a escassez das ondas eletromagnéticas utilizadas pelo rádio e pela televisão legitimava a conduta da FCC de exigir que as emissoras licenciadas veiculassem nas suas programações pontos de vista divergentes dos seus. As emissoras, segundo o Tribunal, atuavam como agentes fiduciários da sociedade em geral, e, por isso, mais relevante do que a sua liberdade era o direito do público de ter amplo acesso a informações e a posições variadas sobre temas controvertidos.

2 O caso *CBS vs. Democratic National Comitee*, julgado em 1973, em que a Suprema Corte se mani-festou no sentido de que não haveria qualquer violação à liberdade de expressão do Comitê Nacional do Partido Democrata e de uma organização pacifista, pelo fato da rede de televisão CBS ter se recusado, com a complacência da FCC, a veicular matéria paga em que tais entidades criticavam a Guerra do Vietnam. A Corte, por 7 votos a 2, negou a existência de direito de acesso às rádios e televisões, entendendo que deveria ser protegida no caso a discricionariedade editorial da emissora, garantida pela 1ª Emenda. Neste mesmo julgamento, o Tribunal norte-americano afirmou que embora o Estado pudesse, através da FCC, atuar positivamente no sentido de robustecer e pluralizar o debate público no âmbito do rádio e da televisão, ele não estava constitucionalmente obrigado a agir desta forma. Assim, a idéia de uma dimensão positiva da liberdade de expressão, relacionada ao dever do Estado de agir a serviço da democracia e do pluralismo, foi rechaçada pela decisão, que preferiu manter-se fiel à visão mais convencional, que concebe esta liberdade exclusivamente como um direito de defesa contra os poderes públicos.

favorecidos. Mas infelizmente essa é a tendência que vigora até os dias de hoje.

No direito constitucional europeu a ideia de liberdade de expressão é bem diferente.

Na Alemanha a concepção da liberdade de expressão é diametralmente oposta à norte-americana, no sentido de que não é tida apenas como um direito individual daqueles que se exprimem, mas também como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, cujas garantias e promoção muitas vezes requerem ações estatais positivas.

Para o Direito Constitucional alemão a liberdade de expressão é, antes de tudo, um direito fundamental de defesa contra o Estado e tem uma dupla dimensão: (1 direito subjetivo individual, vital para a dignidade humana; (2 instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos, necessários ao funcionamento de um regime democrático.

A primeira vertente da liberdade da expressão - a individual - tende a prevalecer em hipóteses envolvendo direitos de cidadãos, enquanto que a segunda - institucional e objetiva - é mais aplicada a casos envolvendo a imprensa em geral.

Mesmo sendo notória a preocupação do direito constitucional alemão com a tendência do Estado em restringir o discurso e a difusão de informações e ideias que contrariem os interesses dos governantes ou incomodem as sensibilidades da maioria, é unânime que a grande contribuição da doutrina alemã foi o reconhecimento do aspecto objetivo da liberdade de expressão e de, conseqüentemente, gerar obrigações positivas também para os poderes públicos.

Essa dimensão objetiva, reconhecida pela primeira vez no caso Lüth³, parte do pressuposto de que os direitos fundamen-

³ Excertos da decisão traduzida para o inglês podem ser encontrados em Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed., Durham: Duke University Press, 1997, pp. 361-367; e em Norman Dorsen et al. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. St. Paul: West Group, 2003, pp. 824-829.

tais, além de direitos subjetivos, devem irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, condicionando e inspirando a interpretação e a aplicação de todo o Direito, já que neles estariam inseridos os valores mais relevantes da comunidade.

Por esse ângulo, os direitos fundamentais não só limitam, mas também devem impulsionar e orientar a ação de todos os poderes do Estado, que têm, a partir dessa nova perspectiva, não apenas o dever de absterem-se de violar estes direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados.

Na Alemanha, a liberdade de expressão é compreendida não apenas como um direito subjetivo a serviço do seu titular mas, também, como um valor diretamente associado à democracia, que deve ser promovido ativamente pelo Estado, sobre o qual pesam as obrigações constitucionais positivas de garantir o exercício deste direito em face de ameaças exercidas por particulares, bem como de zelar pelo pluralismo na esfera comunicativa.

Para a Corte alemã, existem deveres positivos do Estado de estabelecer mecanismos organizacionais, substantivos e procedimentais para assegurar o pluralismo no espaço comunicativo e zelar por sua observância.

Esses mecanismos germânicos devem garantir tanto o pluralismo interno na gestão dos meios de comunicação privadas (considerando o papel central que a televisão, por exemplo, tem sobre a opinião pública, quanto o externo, propiciando, em ambas as hipóteses, que os cidadãos tenham o maior acesso possível a visões diversificadas sobre temas de interesse público.

Nesse sistema alemão, cada Estado mantém uma agência reguladora independente para velar pelo pluralismo na mídia eletrônica, com a responsabilidade de concessão e renovação das licenças, assim como é encarregado da fiscalização da programação das emissoras.

Na França, não obstante a liberdade de expressão não tenha sido consagrada expressamente na Constituição de 1958, seu

preâmbulo remete à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu art. 11, a reverencia. E, com base nela⁴ o Conselho Constitucional francês tem proferido algumas decisões importantes em relação à liberdade de imprensa e aos meios de comunicação.

Em assim sendo, é possível afirmar que o sistema francês tem um nível de proteção inferior à liberdade de expressão que o da Alemanha e, menos ainda, se comparado ao norte-americano. É possível constatar que o direito francês dá preponderância a tutela da ordem pública e às privacidades, como o direito à honra, quando se chocam com os interesses da liberdade de expressão.

Todavia, a jurisprudência constitucional francesa em matéria de liberdade de expressão se destaca no reconhecimento da importância da proteção e promoção do pluralismo nos meios de comunicação, dentre elas a que entende como constitucional a submissão das emissoras privadas a um regime de concessão de serviço público (1982).

Outro precedente jurisprudencial (1984) bastante reverenciado é o que analisou a instituição de limites para a propriedade ou controle de jornais e revistas, visando evitar uma concentração excessiva de poder comunicativo, além de estabelecer regras sobre a transparência, para o público, dos meios de financiamento desses veículos, de modo a permitir que os leitores tivessem como avaliar os eventuais interesses econômicos subjacentes a cada publicação.

Portanto, fica bastante claro que, no Direito Constitucional francês, o principal titular da liberdade de expressão é o público e não aquele que produz a notícia. Noutra dizer, em França, o principal destinatário da proteção é o que recebe as informações e não aqueles que as emitem, principalmente quando esse repassador é a mídia institucional.

4 Em 1971 o Conselho Constitucional proferiu a decisão n.º 71-44 DC, na qual afirmou que poderia exercer o controle de constitucionalidade das leis tomando como parâmetro não só os preceitos do texto constitucional francês, mas também aqueles referidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no Preâmbulo da Constituição de 1946 e nos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”. Esta decisão conferiu uma importância muito maior à atividade do Conselho Constitucional, sobretudo no que toca à proteção de direitos fundamentais.

Partindo desse pressuposto, a jurisprudência francesa reconhece não só a legitimidade, como a necessidade da atuação do Estado na área de comunicação, com a finalidade de corrigir falhas e promover efetivamente o pluralismo, propiciando ao público mais amplo acesso a informações e pontos de vista diferentes (1986).

Nesse toar, existe na França uma agência reguladora para televisões e rádios, denominada de “Conseil Superior de L’Audiovisuel” (CSA) e, dentre suas atribuições, está a de zelar pelo pluralismo nos meios de comunicação; fixar standards sobre as programações; e, ainda, impor sanções no caso de descumprimento.

Agora passemos a analisar a liberdade de expressão na ordem jurídica nacional.

No Brasil existem diversos preceitos constitucionais em prol da liberdade de expressão, dentre eles, o art. 5º, que trata da liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), da liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), e do direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV).

Existe, ainda, um capítulo destinado à comunicação social, no qual se ratifica a garantia da liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, *caput*), que proíbe a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º), e ainda vedou qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

Todavia, a análise dos citados dispositivos não podem ser efetuada isoladamente, mas sistematicamente com os direitos fundamentais em geral, pois só assim é possível se desenhar um modelo ou sistema brasileiro de liberdade de expressão que confere ao Estado obrigações positivas, até mesmo em face de direitos individuais.

Portanto, o dever do Poder Público não é apenas de se abster de violar esses direitos, como também agir positivamente no sentido, tanto de protegê-los ante ameaças

de terceiros, quanto para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização do seu exercício pelos menos favorecidos.

Outrossim, seguindo essa orientação de tentar compreender sistema constitucional brasileiro de liberdade de expressão partindo da concepção geral de direitos fundamentais, verifica-se que ele parte da mesma máxima de que as violações aos direitos fundamentais não são produzidas apenas pela ação do Estado, mas decorrentes também de sua inércia.

Por outro lado, considerando que o nosso texto constitucional foi construído partindo de uma realidade de que vivemos numa sociedade injusta, desigual e opressiva em relação aos menos favorecidos, num claro compromisso com a transformação social, para garantir o respeito à dignidade humana dessa parte fraca e pobre da população o melhor caminho seria engessar o Estado e dar credibilidade ao mercado?

Insta destacar, ainda, o papel relevante desempenhado pelos meios de comunicação social, em vista de que é nesse ambiente que se efetuam os debates que vem a influenciar a opinião pública na sociedade contemporânea. Justamente por isso, se faz tão importante a regulação estatal, no sentido de estimular o pluralismo, dificilmente satisfeito sem intervenção do Estado.

Cumprir acentuar, também, o outro lado da proteção da liberdade de expressão que é o direito que o cidadão tem de ter acesso a informações adequadas e verdadeiras sobre temas de interesse público. Da mesma forma que a propaganda enganosa é repudiada pelo direito privado em respeito aos consumidores, as pessoas têm direito a receber informações idôneas e sem censura sobre fatos que sejam de interesse de todos, retratando a realidade, em respeito aos receptores e, quando opinativas as matérias, que se dê acesso à pluralidade de opiniões. Esse direito do receptor a uma informação verdadeira, plural e diversificada só vem a endossar a necessidade de regulação dos meios de comunicação pelo Estado.

E o “direito de resposta”, consagrado expressamente na Constituição Federal, ao contrário de ser um mecanismo de violação à liberdade de expressão, ele confere é oportunidade

ao receptor da informação à pluralidade de opiniões e à diversidade de versões dos fatos.

Outro aspecto que merece abordagem dentro desse tema é que a Constituição Federal cuidou da liberdade de expressão tanto na parte que trata dos direitos individuais (Art. 5º), quanto no capítulo destinado à comunicação social (Capítulo V, do Título VIII) dando, assim, tratamento normativo diferenciado à comunicação de massa realizada pela televisão, rádio, jornais, etc., considerando suas especificidades.

Perceptível, portanto, que na medida em que se deu um tratamento mais libertário nas comunicações realizadas subjetivamente entre os indivíduos, no caso das comunicações de massa, efetuadas pelas organizações da mídia, o constituinte levou em conta o poder que possuem e que seu exercício, sem limites, poderia levar a uma influência maléfica da opinião pública e/ou despotismo privado.

Além disso, a diferenciação de regimes considerou que o indivíduo é mero receptor de informações, enquanto os meios de comunicação de massa são, ao mesmo tempo, emissores das informações e fóruns de discussão, seara, na qual, deve ser assegurada a disseminação de todos os pontos de vista em matéria de interesse público.

Na mesma esteira de garantir o pluralismo externo no cenário da mídia, a Constituição Federal de 1988 proibiu expressamente os monopólios e oligopólios entre os meios de comunicação social (art. 220, § 5º, CF), muito embora seja inevitável reconhecer que tem havido um sistemático desrespeito a essa regra, na medida em que existem concentrações a nível nacional (a maioria dos críticos citam como exemplo as organizações Globo) e regional (jornais, rádio e transmissores locais de televisão), o que acaba por lhes conferir o monopólio na respectiva área geográfica, alguns deles com uso político para eleição de seus dirigentes e/ou afilhados.

A “bancada eletrônica” do Congresso Nacional, por sua vez, com muitos parlamentares detentores de concessões em nome de laranjas⁵ ou defendendo interesses de compadres, vem criando obstáculos à regulamentação da vedação de monopólios e oligopólios na mídia brasileira.

A exemplo de regras que são ignoradas ou mitigadas, podemos citar, ainda, os princípios que as rádios e televisões deveriam seguir com relação à sua programação (art. 221, CF) e não são cumpridos. Assim, é que por falta de fiscalização com relação a essas balizas constitucionais têm levado os veículos de comunicação ao descumprimento reiterado da relativização da autonomia editorial da mídia que a CF/88 estabeleceu, exercendo uma autonomia plena.

Em face dessa omissão de fiscalização, tem sido comum o desrespeito à obrigatoriedade de dar preferência a finalidades educativas, culturais e informativas da programação, além de se ignorar a ênfase que deve ser dada na cultura regional e na produção independente.

Outro ponto que merece ser destacado é que, seguindo o modelo da Europa Ocidental, estabeleceu-se no Brasil o regime de direito público para os serviços de comunicações de rádio e televisão (art. 21, inciso XII, “a” e art. 223, CF) pois, mesmo quando explorados por particulares, esses o fazem por meio dos regimes de concessão e permissão.

Essa diferença de tratamento jurídico-constitucional entre a mídia audiovisual e a mídia impressa se deve a vários fatores e não apenas a escassez das ondas eletromagnéticas usadas como suporte para a radiodifusão, a exemplo do mais óbvio dos motivos que é o número muito superior de pessoas que recebe as informações e o tempo bem maior de exposição. Ademais, não se pode olvidar que dentre os receptores da mídia audiovisual estão muitas crianças e

5 Em 2005 foi encaminhada Representação à Procuradoria-Geral da República, de iniciativa de um grupo de jornalistas, encabeçados por Alberto Dines, na qual apontava que 51 deputados federais e 28 senadores seriam abertamente os titulares de concessões de televisão e rádio, apesar da expressa proibição constitucional de que parlamentares sejam proprietários ou controladores de empresas e que mantenham contratos com os poderes públicos (art. 54, inciso II, “a”, CF).

adolescentes, não podendo as emissoras de rádio e televisão transmitirem o que quiserem.

Não bastasse, estudos comprovam que ouvintes e telespectadores recebem de forma muito mais passiva a informação do que os que internalizam a notícia por meio da leitura. Some-se a isso, a tendência a uma maior concentração de poder nos tipos de mídias mais caras, como sói ser a audiovisual.

E por todas as razões expostas é que muitos sugerem que esse regime seja estendido às empresas de TV a cabo pois, apenas por se utilizarem de nova tecnologia de transmissão, fogem da questão da escassez das ondas eletromagnéticas.

Todavia, não é porque esse regime de direito público impõe obrigações positivas à mídia audiovisual, que isso permita ao agente regulador se utilizar disso para impor censura a ideologias e informações que possam contrariar os interesses do governo ou da maioria.

Da mesma forma, esse regime não pode ser usado para disseminar ideias que venham beneficiar o governo, a exemplo do que já ocorreu em tempos passados, oportunidade em que houve distribuição de concessões em troca de aprovação de matérias legislativas no Congresso Nacional.

Noutras palavras, e em resumo, o Estado deve envidar esforços, dentro do seu poder de regulação, para que haja por parte das emissoras de rádio e televisão o respeito à diversidade e pluralidade de opiniões.

Mesmo o sistema privado predominando de forma absoluta no Brasil e inexistindo mídia pública no país, a CF/88 se refere ao princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal (art. 223, CF. Aliás, uma das causas apontadas para a precariedade do pluralismo na comunicação social no Brasil é justamente a ausência de uma mídia pública que fosse independente tanto em relação ao governo como aos interesses privados.

Conclusão

A liberdade de expressão pode ter várias conotações e não apenas aquele no sentido negativo: liberdade de imprensa, liberdade de pensamento e direito à informação.

Na área de comunicação social, o sistema de regulação estatal, previsto constitucionalmente, deve envidar esforços para promover tanto o pluralismo externo, quanto o interno.

Para assegurar o pluralismo externo, além de combater a formação de monopólios e oligopólios de meios de comunicação de massas, é preciso desenvolver uma mídia pública, sem olvidar de estimular o surgimento de instrumentos alternativos – a exemplo das rádios comunitárias -, destinados a setores que não têm acesso aos canais tradicionais da comunicação social, abrindo espaço para novas vozes no espaço público, dando voz a quem não tem voz.

Já com relação ao pluralismo interno, necessária a intervenção do Estado no sentido de assegurar que os meios de comunicação de massa insiram, efetivamente na sua programação, temas de interesse público e que transmitam aos seus receptores os diversos pontos de vista existentes acerca desses temas.

De um lado deve ser combatida a censura, de outro deve ser assegurado, ao receptor, o acesso a vários pontos de vista para que os meios de comunicação não sirvam de instrumento para inibir o acesso da população aos conteúdos adequados e sob vários pontos de vista, sem imposição da opinião dos governantes. Por isso é necessário que os agentes reguladores tenham independência em relação ao governo.

Essa regulação deve ser realizada por agências, entidades essas que devem ser compostas por representantes de segmentos representativos de diversos setores da sociedade, aí incluídas as entidades de defesa da própria liberdade de expressão, com regras estabelecidas de modo a promover o pluralismo externo e interno.

Essa entidade reguladora, por sua vez, deve se submeter ao controle jurisdicional como garantia de imparcialidade e combate a eventual desvio autoritário na sua atuação, sempre no sentido de preservar a liberdade de expressão.

Além da abrangência da liberdade de expressão e da necessidade de pluralismo/diversidade da informação e regulação estatal dos meios de comunicação, um outro aspecto contemporâneo que merece nota é a produção da imagem pelos administradores públicos perante a mídia, ora divulgando informações que o façam crescer perante a opinião pública, ora contratando assessores de imprensa que disseminem notícias e que, por meio de sua influência nos meios de comunicação, amenizam outras que possam ferir seus, nem sempre, transparentes e explicáveis interesses.

Nesse jogo político, encontram-se não apenas gestores do Executivo, mas também alguns nobres representantes de entidades que deveriam, ao reverso, estar garantindo a liberdade de expressão nos dois célebres aspectos teóricos da matéria, a saber: pluralidade e diversidade de opiniões de um lado e direito do cidadão de receber as informações sem manipulação, com visões plurais, de órgãos de mídia diversos, para que possa, criticamente, formar sua própria opinião.

Para quem pretende estudar e se aprofundar no tema, nessa última campanha eleitoral ocorreram exemplos bem claros dessa triste realidade. Notícias sendo plantadas, fatos sendo fabricados, informações sendo manipuladas. Contratos sendo firmados em troca de omissão de divulgação de ilegalidades. Ocultação de estatísticas que prejudicassem determinado candidato. Possível fraude na divulgação de resultados de pesquisas eleitorais. Algumas revistas nacionais já são notoriamente conhecidas como instrumentos desse jogo. E nesse vai e vem, nascem falsos heróis que nossa carência política clama que existam e falsos bandidos que nosso hipócrita falso senso de Justiça precisa. E quando a gente começa a entender como funciona toda essa engrenagem.

Difícilmente os Blogs – a maioria desenvolvida para defender determinados interesses - e nem mesmo perfis criados nas re-des sociais pelos interessados conseguem destruir a “imagem de marketing” daquela personalidade, ao ser divulgado algum fato negativo que escape ao controle

da assessoria, fazendo com que aquela imagem artificial caia no conceito dos receptores das informações. Parece que as pessoas só processam a informação que se encaixam nos seus preconceitos e atendem aos seus anseios.

Por outro lado, hoje em dia, aliás, é preciso um filtro muito apurado para diferenciar a fantasia da realidade e os excessos nas informações.

O descrédito ao velho ditado popular de que “um dia a verdade aparece” está cada vez mais longe de se tornar real já que alguns fatos gravíssimos são noticiados durante essas campanhas e depois não se vê qualquer pessoa responder por eles. O tempo passa, os interesses mudam, as pessoas esquecem.

Infelizmente, nem todo o sistema de proteção à liberdade de expressão consagrado na Constituição de 1988 tem conseguido conter a manipulação da mídia em prol de interesses de alguns.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. “Constituição, Comunicação Social e as No-vas Plataformas Tecnológicas”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Es-tados Unidos e no Brasil*. In: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acessado em 14 de novembro de 2014.

BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *O Direito da Comunicação e da Comunicação Social*. São Paulo: RT, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Infor-mação e Liberdade de Expressão*Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. “A Democratização dos Meios de Comu-nicação de Massa”. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bona-vides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão: Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FONTES JUNIOR, João Bosco Araújo. *Liberdades e Limites na Atividade de Rádio e Televisão*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998
- LECLERC, Gerard. *A Sociedade de Comunicação: Uma abordagem sociológica e crítica*. Trad. Sylvie Canape. Lisboa: Instituto Piaget, 1999; e Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. *Liberdade de Expressão – Direito na Sociedade da Informação: Mídia, Globalização e Regulação*. São Paulo: Ed. Pillares, 2005
- LIMA, Venício A. de. *As Bases do Novo Coronelismo Eletrônico*. Disponível no site <http://www.observatorio.ultimosegundo.ig.com.br>. Acessado aos 14 de novembro de 2014.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: RT, 1997.
- MACHADO, Jonatas E.M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado aos 14 de novembro de 2014.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- VITAL MOREIRA. *O Direito de Resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

Márcio André Lopes Cavalcante

Juiz Federal

DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conceito

O direito ao esquecimento é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

Exemplo histórico

O exemplo mais conhecido e mencionado pela doutrina a respeito do tema é o chamado “caso Lebach” (*Soldatenmord von Lebach*), julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A situação foi a seguinte: em 1969, quatro soldados alemães foram assassinados em uma cidade na Alemanha chamada Lebach.

Após o processo, três réus foram condenados, sendo dois à prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão. Esse terceiro condenado cumpriu integralmente sua pena e, dias antes de deixar a prisão, ficou sabendo que uma emissora de TV iria exibir um programa especial sobre o crime, no qual seriam mostradas, inclusive, fotos dos condenados e a insinuação de que eram homos-ssexuais.

Diante disso, ele ingressou com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa.

A questão chegou até o Tribunal Constitucional Alemão, que decidiu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada.

Assim, naquele caso concreto, entendeu-se que o princípio da proteção da personalidade deveria prevalecer em relação à liberdade de imprensa. Isso porque não haveria mais um interesse atual naquela informação (o crime já estava solucionado e julgado há anos). Em contrapartida, a divulgação da reportagem iria causar grandes prejuízos ao condenado, que já havia cumprido a pena e precisava ter condições de se ressocializar, o que certamente seria bastante dificultado com a nova exposição do caso. Dessa forma, a emissora foi proibida de exibir o documentário.

Alguns pesquisadores afirmam que o caso Lebach não poderia ser utilizado como exemplo de aplicação do direito ao esquecimento, uma vez que teria havido outras decisões na Alemanha autorizando a exibição do documentário. Trata-se, contudo, de um debate mais aprofundado, sem tanta relevância para os fins do presente artigo, sendo certo também que na doutrina brasileira o referido episódio é sempre lembrado como um caso de direito ao esquecimento.

Nomenclatura

O direito ao esquecimento também é chamado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”.

Em outros países, é conhecido como *therighttobeetalone* ou *derechoal olvido*.

Fundamento

No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência

dos direitos à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21).

Alguns autores também afirmam que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Conflito entre interesses constitucionais

A discussão quanto ao direito ao esquecimento envolve um conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação e atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, privacidade e honra.

O direito ao esquecimento não é uma criação recente

Há muitos anos, discute-se esse direito na Europa e nos EUA.

A título de exemplo, François Ost menciona interessante decisão de 1983, do Tribunal de última instância de Paris (Mme. Filipachi Cogedipresse), na qual esse direito restou assegurado nos seguintes termos:

“(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.” (OST, François. O Tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 161).

Atualidade do tema

O direito ao esquecimento voltou a ser tema de inegável importância e atualidade em razão da internet. Isso porque a

rede mundial de computadores praticamente eterniza as notícias e informações. Com poucos cliques é possível ler reportagens sobre fatos ocorridos há muitos anos, inclusive com fotos e vídeos. Enfim, é quase impossível ser esquecido com uma ferramenta tão poderosa disponibilizando facilmente um conteúdo praticamente infinito.

No Brasil, o direito ao esquecimento voltou a ser palco de intensos debates em razão da aprovação de um enunciado nesse sentido na VI Jornada de Direito Civil, além de o STJ ter julgado dois casos envolvendo esse direito há pouco tempo.

Abrangência não se restringe à esfera penal

Importante esclarecer que o direito ao esquecimento não se aplica apenas a fatos ocorridos no campo penal.

A discussão quanto ao direito ao esquecimento surgiu, de fato, para o caso de ex-condenados que, após determinado período, desejavam que esses antecedentes criminais não mais fossem expostos, vez que lhes causavam inúmeros prejuízos. No entanto, esse debate foi se ampliando e, atualmente, envolve outros aspectos da vida da pessoa que ela almeja que sejam esquecidos.

É o caso, por exemplo, da apresentadora Xuxa, que no passado fez um determinado filme (“Amor Estranho Amor”), do qual se arrepende e que não mais deseja que seja exibido ou rememorado por lhe causar prejuízos profissionais e transtornos pessoais.

Pode-se imaginar ainda que o indivíduo deseje simplesmente ser esquecido, deixado em paz. Nesse sentido, cite-se o exemplo de uma pessoa que era famosa (um artista, esportista, político etc.) que, em determinado momento de sua vida, decide voltar a ser um anônimo e não mais ser incomodado com reportagens, entrevistas ou qualquer outra forma de exposição pública. Em certa medida, isso aconteceu na década de 90 com a ex-atriz Lídia Brondi que, mesmo tendo carreiras de muito sucesso na televisão, optaram por voltar ao anonimato. Essa é, portanto, uma das expressões do direito ao esquecimento, que deve ser juridicamente assegurado.

Assim, se um veículo de comunicação tiver a infeliz ideia de fazer um “especial” mostrando a vida atual dessa ex-atriz, com câmeras acompanhando seu dia a dia, entrevistando pessoas que as conheciam na época, mostrando lugares que atualmente frequentam etc., poderá ela requerer ao Poder Judiciário medidas que impeçam essa violação ao seu direito ao esquecimento.

Críticas ao chamado “direito ao esquecimento”

Vale ressaltar que existem doutrinadores que criticam a existência de um “direito ao esquecimento”.

O Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 1.335.153-RJ, apesar de ser favorável ao direito ao esquecimento, colacionou diversos argumentos contrários à tese. Vejamos os mais relevantes:

- o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa;
- o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade;
- o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público;
- é absurdo imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde a sua ocorrência;
- quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público.

Sem dúvida nenhuma, o principal ponto de conflito quanto à aceitação do direito ao esquecimento reside justamente em como conciliar esse direito com a liberdade de expressão e de imprensa e com o direito à informação.

Enunciado 531 da VI Jornada

Em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, foi aprovado um enunciado defendendo a existência do direito ao esquecimento como uma expressão da dignidade da pessoa humana. Veja:

Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Apesar de tais enunciados não terem força cogente, trata-se de uma importante fonte de pesquisa e argumentação utilizada pelos profissionais do Direito.

Direito ao esquecimento na jurisprudência do STJ

O STJ acolhe a tese do direito ao esquecimento?

Sim. A 4ª Turma do STJ, em dois julgados recentes, afirmou que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013).

Como conciliar, então, o direito ao esquecimento com o direito à informação?

Deve-se analisar se existe um interesse público atual na divulgação daquela informação.

Se ainda persistir, não há que se falar em direito ao esquecimento, sendo lícita a publicidade daquela notícia. É o caso, por exemplo, de “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável” (Min. Luis Felipe Salomão).

Por outro lado, se não houver interesse público atual, a pessoa poderá exercer seu direito ao esquecimento, devendo ser impedidas notícias sobre o fato que já ficou no passado. Como assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

“Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

O Min. Luis Felipe Salomão também esclareceu que “ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo” (REsp 1.334.097).

A 4ª Turma do STJ enfrentou o tema “direito ao esquecimen-to” em dois casos recentes:

- A situação da “chacina da Candelária” (REsp 1.334.097);
- O caso “Aída Curi” (REsp 1.335.153).

Chacina da Candelária (REsp 1.334.097)

Determinado homem foi denunciado por ter supostamente participado da conhecida “chacina da Candelária” (ocorrida em 1993, no Rio de Janeiro).

Ao final do processo, ele foi absolvido.

Anos após a absolvição, a rede Globo® de televisão realizou um programa chamado “Linha Direta”®, no qual contou como ocorreu a “chacina da Candelária” e apontou o nome desse homem como uma das pessoas envolvidas nos crimes e que foi absolvido.

O indivíduo ingressou, então, com ação de indenização, argumentando que sua exposição no programa, para milhões de telespectadores, em rede nacional, reacendeu na comunidade onde reside a imagem de que ele seria um assassino, violando seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal. Alegou, inclusive, que foi obrigado a abandonar a

comunidade em que morava para preservar sua segurança e a de seus familiares.

A 4ª Turma do STJ reconheceu que esse indivíduo possuía o direito ao esquecimento e que o programa poderia muito bem ser exibido sem que fossem mostrados seu nome e fotografia, uma vez que fora absolvido. Se assim fosse feito, não haveria ofensa à liberdade de expressão nem à honra do homem em questão.

O STJ entendeu que o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem o direito de ser esquecido, pois se a legislação garante aos condenados que já cumpriram a pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação (art. 748 do CPP), logo, com maior razão, aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, devendo ser assegurado a eles o direito de serem esquecidos.

Como o programa já havia sido exibido, a 4ª Turma do STJ condenou a rede Globo® ao pagamento de indenização por danos morais em virtude da violação ao direito ao esquecimento.

Caso Aída Curi (REsp 1.335.153)

O segundo caso analisado foi o dos familiares de Aída Curi, abusada sexualmente e morta em 1958, no Rio de Janeiro.

A história desse crime, um dos mais famosos do noticiário policial brasileiro, foi apresentada pela rede Globo®, também no programa “Linha Direta”, tendo sido feita a divulgação do nome da vítima e de fotos reais, o que, segundo seus familiares, trouxe a lembrança do crime e de todo o sofrimento que o envolveu.

Em razão da veiculação do programa, os irmãos da vítima moveram ação contra a emissora, com o objetivo de receber indenização por danos morais, materiais e à imagem.

A 4ª Turma do STJ entendeu que não seria devida a indenização, considerando que, nesse caso, o crime em questão foi um fato histórico, de interesse público e que seria impossível contar esse crime sem mencionar o nome da

vítima, a exemplo do que ocorre com os crimes históricos, como os casos “Dorothy Stang” e “Vladimir Herzog”.

Mesmo reconhecendo que a reportagem trouxe de volta antigos sentimentos de angústia, revolta e dor diante do crime, que aconteceu há quase 60 anos atrás, a Turma entendeu que o tempo, que se encarregou de tirar o caso da memória do povo, também fez o trabalho de abrandar seus efeitos sobre a honra e a dignidade dos familiares.

No voto, restou consignado:

“(...) o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.”

Direito ao esquecimento x direito à memória

O reconhecimento do “direito ao esquecimento” passa por outro interessante desafio: como conciliá-lo com o chamado “direito à memória e à verdade histórica”?

Em que consiste o direito à memória?

Quando um país faz a transição de um regime ditatorial para um Estado democrático, ele deverá passar por um processo de mudança e adaptação, chamado pela doutrina de “Justiça de Transição”.

A Justiça de Transição significa uma série de medidas que de-vem ser tomadas para que essa ruptura com o modelo anterior e inauguração de uma nova fase sejam feitas sem traumas, revanchismos, mas também sem negar a existência do passado.

Podemos citar como providências decorrentes da Justiça de Transição:

- a) a reforma das instituições existentes no modelo anterior;

- b) a responsabilização criminal das pessoas que cometeram crimes;
- c) a reparação das vítimas e perseguidos políticos; e
- d) a busca pela verdade histórica e a defesa do direito à memória.

Em se tratando de Brasil, podemos conceituar o direito à memória e à verdade histórica como sendo o direito que possuem os lesados e toda a sociedade brasileira de esclarecer os fatos e as circunstâncias que geraram graves violações de direitos humanos durante o período de ditadura militar, tais como os casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres etc.

O direito à memória também encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no compromisso do Estado constitucional brasileiro de assegurar o respeito aos direitos humanos (art. 4º, II da CF/88).

O direito à memória foi regulamentado pela Lei nº 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, destinada a apurar as circunstâncias em que ocorreram violações a direitos humanos durante o período de ditadura militar.

O direito ao esquecimento impede que seja exercido direito à memória?

Não. O direito ao esquecimento não tem o condão de impedir a concretização do direito à memória. Isso porque as violações de direitos humanos ocorridas no período da ditadura militar são fatos de extrema relevância histórica e de inegável interesse público. Logo, em uma ponderação de interesses, o direito individual ao esquecimento cede espaço ao direito à memória e à verdade histórica.

Vale lembrar que o Brasil foi condenado pela Corte Internacional de Direitos Humanos, em 24/11/2010, no Caso “Gomes Lund e outros” (Guerrilha do Araguaia, dentre

outras razões, por ter negado acesso aos arquivos estatais que possuíam informações sobre essa guerrilha.

Na sentença, a Corte determinou que o Brasil “deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar”.

Desse modo, em outros termos, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Brasil assegure o direito à memória.

Guerrilha do Araguaia

Apenas para esclarecer, “Guerrilha do Araguaia” foi um movimento social e político que se organizou na região amazônica brasileira ao longo do rio Araguaia, entre o fim da década de 60 e a primeira metade da década de 70, por meio do qual se pretendia derrubar o regime militar e se instaurar um governo comunista.

Dizem os historiadores que a grande maioria dos participantes do movimento foi morta pelo Exército Brasileiro em combates ou após serem presos. Inúmeros outros sumiram sem deixar rastros, sendo considerados desaparecidos políticos.

Até hoje, familiares e organizações de direitos humanos tentam ter acesso aos arquivos militares da época e buscam localizar e identificar corpos dessas pessoas tidas como desaparecidas.

O direito ao esquecimento e os desafios impostos pela internet

Como já exposto acima, a internet praticamente eterniza as notícias e informações. Com poucos cliques é possível ler reportagens sobre fatos ocorridos há muitos anos, inclusive com fotos e vídeos. Esses dados são rapidamente propagados e ficam armazenados em servidores espalhados ao redor do mundo, muitos em países que não mantêm tratados internacionais de cooperação judiciária.

Diante disso, atualmente é impossível garantir, na prática, o direito ao esquecimento na internet. Existe até mesmo um ditado que afirma que “uma vez online, para sempre online”. Em outros termos, depois que algo foi para a internet, é impossível retirá-lo.

Justamente por isso, o Min. Luis Felipe Salomão menciona que, “em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google®, Eric Schmidt, afirmou que a internet precisa de um botão de delete. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado, na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer online, impedindo a pessoa de conseguir emprego.” (REsp 1.334.097.

Apesar disso, no Brasil, infelizmente, a jurisprudência atual do STJ afirma que os provedores de pesquisa na internet (exs: Google®, Bing® etc. não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico (STJ. 3ª Turma. REsp 1.316.921-RJ, Rel. Min. NancyAndrighi, julgado em 26/6/2012.

No caso concreto julgado pelo STJ, a apresentadora “Xuxa” ingressou com uma ação contra a Google® objetivando compelir a empresa a remover do seu site de pesquisas os resultados relativos à busca pela expressão ‘xuxa pedófila’, com a cominação de multa por descumprimento.

Inicialmente, o STJ ressaltou que os provedores de pesquisa não podem ser responsabilizados pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas pelos usuários. Na visão da Corte, não se trata de atividade intrínseca ao serviço por eles prestado. Logo, não se pode reputar como defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, site de pesquisa que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. Como o provedor de pesquisa age como mero intermediário, repassando textos e imagens produzidas por ou-

tras pessoas, sobre essas informações não exerceu fiscalização ou juízo de valor, não podendo ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de terceiros. Não se aplica aqui a teoria do risco da atividade. Conclui-se, portanto, ser ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários.

Ademais, no precedente acima mencionado, o STJ ressaltou que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a filtrar o conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário.

Conforme fundamentou a Min. Nancy Andrighi, os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web, onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Ora, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estará, automaticamente, excluída dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa. Não se ignora a evidente dificuldade de assim proceder, diante da existência de inúmeras páginas destinadas à exploração de conteúdo ilícito – sobretudo imagens íntimas, sensuais e/ou pornográficas, como é o caso dos autos – mas isso não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses sites, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa hoje importante veículo de comunicação social de massa.

Outro ponto considerado na decisão é o de que haveria a impossibilidade, de ordem técnica, para que os provedores de pesquisa possam controlar e filtrar os conteúdos ilícitos das páginas.

Inúmeras páginas são criadas diariamente e, além disso, a maioria das milhões de páginas existentes na web sofre atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito. Essa circunstância, aliada ao fato de que a identificação de conteúdos ilícitos ou ofensivos não pode ser automatizada (deve ser feita por humanos), torna impraticável o controle prévio por parte dos provedores de pesquisa de cada página nova ou alterada, sob pena, inclusive, de seus resultados serem totalmente desatualizados (STJ. 3ª Turma. REsp 1.316.921-RJ, Rel. Min. NancyAndrighi, julgado em 26/6/2012).

Logo, na prática, o direito ao esquecimento fica bastante fragilizado com esse entendimento do STJ sobre os provedores de busca na internet. Isso porque, não podendo eles ser obrigados a restringir os resultados das pesquisas, excluindo certos nomes e expressões, a pessoa que deseje ser esquecida terá que acionar individualmente cada um dos sites que postem textos sobre o assunto, o que se torna inviável diante do grande número de páginas e tendo em vista a facilidade que é criar um novo blog, onde poderiam ser postadas novamente as informações, inclusive mediante anonimato.

Conclusões

É inegável que existe sim um direito ao esquecimento. Trata-se de uma decorrência dos direitos à privacidade, intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21). Parece-me inegável que, tendo a pessoa cumprido suas obrigações para com a sociedade e respondido pelas eventuais sanções que lhe foram imputadas, pode ela exigir agora que seja deixada em paz.

Por outro lado, a liberdade de expressão e de informação é igualmente um direito fundamental e que não pode ser cerceado de forma absoluta.

Logo, penso que o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão deverão conviver harmoniosamente por meio de um sistema de ponderação no caso concreto.

Se o fato pretérito envolvendo a pessoa não tiver qualquer relevância histórica e/ou social, parece-me evidente que o direito ao esquecimento deve preponderar, considerando que a liberdade de expressão, nessa hipótese, não terá um forte substrato a ampará-lo, já que o interesse na informação é meramente de entretenimento.

De outra banda, caso o indivíduo tenha sido personagem de um fato de relevância histórica e/ou social não pode ele se socorrer do direito ao esquecimento, sob pena de ter que ser reescrita a história do país com lacunas. Nessa hipótese, irá prevalecer a liberdade de expressão, considerando que ela carrega em si não apenas um direito do órgão de imprensa que deseja veicular a notícia, mas também, em última análise, um direito de toda a sociedade de ter acesso àquela informação. Vale ressaltar que mesmo em tais situações, ainda que afastado o direito ao esquecimento, a divulgação dos fatos deve se dar de forma a minimizar, ao máximo, a exposição do indivíduo, evitando-se, por exemplo, a disponibilização de imagens suas nos dias atuais, a fim de que ele permaneça sendo um personagem da história, mas sem que sua intimidade e privacidade sejam violadas.

BIBLIOGRAFIA

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

OST, François. O Tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005

STJ. 4ª Turma. REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013 (Info 527).

Márcio Luiz Coelho de Freitas

Juiz Federal

LIBERDADE DE IMPrensa X TUTELA DA INTIMIDADE: ELEMENTOS PARA A TUTELA JUDICIAL DOS DANOS MORAIS POR FATOS DA IMPrensa

Introdução

Em uma das primeiras lições nos cursos de Direito, aprendem os alunos que para Ulpiano, jurisconsulto romano, os três principais preceitos do Direito seriam viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu (*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*)¹. O segundo desses preceitos, pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem, serviu de fundamento para a construção, ao longo de séculos de tradição romano-germânica, do instituto da responsabilidade civil, fundada essencialmente na ideia de que a condenação do causador do dano a repará-lo serviria para proteger os direitos subjetivos.

Ocorre, entretanto, que o esquema clássico idealizado para a responsabilidade civil já há algum tempo vem sendo modificado, seja em razão da introdução de elementos punitivos na condenação civil, seja em razão da ampliação do próprio conceito de dano, que passou a englobar também

1 GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 20ª. Ed. P. 63.

elementos não materiais. Com efeito, a responsabilidade civil, inicialmente pensada como meio de tutela de direitos subjetivos de cunho patrimonial, gradualmente vem se transformando em um valioso instrumento de tutela de direitos fundamentais de cunho não patrimonial.

Essa modificação do perfil da responsabilidade civil, porém, tem colocado a doutrina e a jurisprudência ante alguns desafios de difícil solução. Fatores como a imprecisão do conceito de dano moral e a inexistência de parâmetros objetivos para a fixação do *quantum* devido, aliados à verdadeira explosão de litigiosidade ocorrida após a redemocratização do país têm contribuído decisivamente para que se torne comum a afirmação de que entre nós já se instaurou uma verdadeira “indústria do dano moral”².

A questão torna-se ainda mais tormentosa quando o dano moral decorre de ato da imprensa, posto que aí passam a fazer parte da equação aspectos extremamente sensíveis numa sociedade democrática, relacionados ao controle judicial dos limites da liberdade de imprensa.

No presente trabalho buscamos trazer à tona algumas dessas questões, sem qualquer pretensão de apresentarmos respostas perfeitas e acabadas para qualquer delas. Antes, a intenção é suscitar o debate, na certeza de que é a partir do desvelamento dessas questões (que muitas vezes permanecem ocultas nas decisões judiciais) que poderão surgir os elementos a partir dos quais se poderá construir, através de práticas discursivas claras e abertas, a solução correta.

O Dano Moral por fato da imprensa

A primeira dessas questões controversas refere-se à própria caracterização do dano moral por fato da imprensa, que no mais

² Sobre o tema, vale transcrever a decisão da terceira turma do STJ no Resp 785777/MA, onde ficou consignado na ementa do julgado que “Esta Corte, cuja missão é uniformizar a interpretação do direito federal, há alguns anos começou a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária a título de dano moral, com o objetivo de impedir o estabelecimento de uma “indústria do dano moral” (REsp 504.639/PB, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 25/08/2003, p. 323).

das vezes se refere à violação do direito à intimidade, à honra ou à privacidade por parte dos meios de comunicação no exercício de sua atividade. É certo que a Constituição Federal expressamente prevê que a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas são invioláveis, “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X). Por outro lado, é também direito fundamental constitucionalmente previsto o acesso de todos à informação (art. 5º, XIV), sendo certo que, na forma do disposto no art. 220 da CF/88, “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Tem-se, assim, que em todos os casos de danos morais por fato da imprensa ocorre uma colisão de princípios constitucionais que deve ser resolvida pela técnica da ponderação e do sopesamento³, uma vez assentado que os princípios em choque têm uma dimensão de peso e de precedência que deverão ser estabelecidas pelo julgador na solução do caso concreto. Ou seja, uma vez que se reconhece que não há direitos absolutos e que os princípios constitucionais, por serem referidos a valores fundamentais, constantemente entram em colisão, é preciso definir quais serão os critérios utilizados para solucionar esse conflito normativo e como devem ser relativizados (e, portanto, restringidos) esses direitos a fim de se definir quais restrições são proporcionais e, assim, aceitáveis.

Neste ponto, apesar de não caber aqui um maior aprofundamento acerca da teoria dos princípios, é necessário frisar que o reconhecimento da existência dessa colisão, bem como o de que o recurso à proporcionalidade é o meio adequado para solucioná-la, só faz sentido se antes de se buscar a aplicação da proporcionalidade (com suas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) se reconhecer efetivamente a existência de

3 Cf ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 117. Tradução, Virgílio Afonso da Silva.

dois princípios constitucionais em colisão. Essa observação, que parece trivial, assume ares de suma importância quando se nota que na prática judiciária brasileira via de regra o recurso à teoria da proporcionalidade é feito sem que antes se estabeleça de forma clara quais os valores constitucionais em choque. Na verdade, no mais das vezes as decisões judiciais se limitam a reconhecer a força normativa dos princípios e a possibilidade de relativizar sua aplicação, de forma que a proporcionalidade (ou a razoabilidade, que para este efeito tem o mesmo uso) deixa de ser uma forma de solução de conflito normativo para se transformar num critério autônomo de avaliação de um princípio ou de um fato submetido à apreciação judicial. Neste aspecto, vale lembrar a advertência de Daniel Sarmento, para quem

(...) muitos juizes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.⁴

Daí porque é tão importante, quando da apreciação de uma causa em que se discuta a possibilidade de um dano moral causado pela atividade da imprensa, a clara definição dos valores em jogo. Caso não se inicie a análise do caso concreto por esta definição, corre-se o sério risco de avaliar a existência da lesão a um direito da personalidade por uma ótica caolha em que somente será pesada a gravidade da lesão (ou ameaça de lesão) aos direitos do indivíduo, passando-se ao largo da

4 SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

importantíssima discussão acerca do caráter fundamental da liberdade de imprensa, de expressão e de informação e olvidando-se da necessidade de se justificar racionalmente a necessidade de se impor uma restrição a tais princípios constitucionais.

Vale ressaltar que numa sociedade organizada em torno do capitalismo como a nossa, em que os meios de comunicação social se organizam sob forma de empresas privadas, que têm na busca do lucro sua principal razão de ser, a condenação das corporações da mídia ao pagamento de danos morais em decorrência de suas atividades tem uma inegável aptidão para representar uma restrição relevante à liberdade de informação e à liberdade de imprensa (que no campo dos oligopólios dos grupos de comunicação muitas vezes guarda grandes semelhanças com a liberdade de empresa).

Assim, não se pode tratar da questão da condenação de uma empresa da mídia ao pagamento de danos morais como se fosse um caso de mera avaliação da extensão e gravidade da lesão aos direitos da personalidade, eis que uma tal condenação, ao diminuir ou acabar com o lucro da empresa, pode, no limite, representar um sério risco à liberdade de expressão. Daí decorre que não somente nos casos em que o Judiciário é chamado a decidir sobre a proibição da divulgação de uma informação é que se estará diante de uma colisão de valores fundamentais, mas também nos casos de condenação por danos morais essa colisão estará presente.

Vale lembrar que exatamente nessa matéria é que Robert Alexy, um dos mais influentes constitucionalistas da atualidade, foi buscar exemplos da aplicação de sua teoria da proporcionalidade, utilizando-se de um caso em que a Corte Constitucional alemã tratou da questão relativa aos danos morais por fato da imprensa, o chamado *caso Titanic*⁵.

Neste caso, em resumo, a Corte discutiu acerca da compatibilidade constitucional da condenação da revista *Titanic* ao pagamento de danos morais em razão de duas

5 Cf ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003

matérias por ela publicadas acerca de um oficial reformado das forças armadas, que havia ficado paraplégico. Na primeira reportagem, a revista, que seguia uma linha de comédia satírica, havia publicado um quadro com várias personalidades alemãs, qualificando-as como sendo pessoas “nascidas” para algo. O Autor da ação, militar que havia recentemente sido chamado a voltar à ativa, fora qualificado como “nascido para matar”. Na segunda matéria submetida à apreciação da Corte, a mesma revista havia publicado uma matéria em que chamava o Autor de “aleijado”. Na decisão do caso, a Corte Constitucional Federal fez um “balanceamento-específico-para-o-caso” (“case-specific balancing”) entre a liberdade de expressão dos editores e os direitos da personalidade do Autor da ação, concluindo que a manutenção da condenação por danos morais representava uma restrição séria e duradoura à liberdade de imprensa, pois “(...) poderia afetar a disposição futura dos que produziam a revista de desenvolverem seu trabalho da forma como até então haviam feito”⁶.

Dáí haver a Corte concluído que a manutenção da condenação somente seria justificada em nome de uma necessidade ainda mais premente de tutela da intimidade, ou seja, de um dano à esfera da personalidade do Autor que fosse pelo menos tão sério quanto a restrição à liberdade de expressão. Fazendo o balanceamento dos valores em colisão, para o caso da primeira matéria, em que se reconheceu a intenção satírica (junto com o Autor da ação foram publicados quadros com várias outras pessoas, todas recebendo uma qualificação ligada à suas atividades), a Corte entendeu não estar justificada tal restrição à liberdade de imprensa, dado que apesar de ter havido uma interferência antijurídica no direito de personalidade, essa interferência foi “moderada”, não justificando a imposição de uma restrição séria e duradoura à liberdade de expressão. Por outro lado, no que toca à segunda matéria (em que o Autor fora chamado de “aleijado”), entendeu-se que a violação à dignidade humana tinha sido de tal ordem gravosa que era justificável a manutenção da condenação, pois chamar de “aleijado” alguém que apresenta

6 ALEXY, Op. Cit.

uma incapacidade motora é sem dúvida um tratamento humilhante e violador da dignidade humana.

Assim, na análise da proporcionalidade das condenações, a Corte Constitucional, após identificar e expor claramente os mais importantes elementos fáticos e os princípios colidentes, pôde tomar uma decisão racionalmente justificada e passível de controle (jurídico e social) quanto ao acerto da operação de ponderação realizada. Pode-se até discordar dos critérios valorativos adotados pela Corte, mas sem dúvida a exposição clara daquilo que foi sopesado torna mais fácil a discussão acerca da correção dos fundamentos da decisão, o que não acontece quando apenas parte da questão é analisada pela decisão judicial.

Este caso, e a análise que dele fez Alexy, bem demonstra a necessidade de que na apreciação de um caso de indenização por danos morais por fato da imprensa o julgador tenha sempre em mente, de forma clara, quais os princípios constitucionais em jogo, dado que somente a partir dessa indicação, de forma expressa, é que será possível fazer-se uma avaliação minimamente objetiva, permitindo o controle das razões apresentadas pelo julgador como fundamento para a decisão tomada.

Uma tal aproximação da questão permite, ainda, que sejam estabelecidos mais claramente os critérios aptos a delimitar em quais hipóteses o dano moral ocorre nos fatos da imprensa, tendo a clareza de que, numa sociedade democrática deve-se buscar o equilíbrio e a proporcionalidade entre os princípios colidentes, não havendo que se falar em supremacia do interesse coletivo (liberdade de expressão) sobre o individual (direitos da personalidade) nem tampouco na precedência do individual sobre o coletivo. A dizer, nessa matéria, a solução da questão vai sempre depender de uma análise do caso concreto, com todas as suas nuances e especificidades, sempre se buscando harmonizar os princípios colidentes, impondo-se àquele que deve ceder o menor sacrifício possível.

Neste aspecto, como forma de se tentar estabelecer um critério válido para a caracterização dos danos morais decorrentes de atos da imprensa (que, portanto, está

diretamente ligado ao estabelecimento de limites à liberdade de imprensa), talvez um caminho válido a ser trilhado seja a adoção da doutrina da *actual malice*, adotada na jurisprudência americana.

Esta teoria, estabelecida inicialmente no caso *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 254 (1964)), foi especificamente pensada para traçar parâmetros de atuação judicial naqueles casos em que a pessoa atingida pela atuação da imprensa seja uma pessoa pública, hipótese em que certamente o interesse público na divulgação de fatos relativos a essa pessoa assume um peso consideravelmente maior. Nestes casos, entende-se que somente poderá ser considerado que o órgão de imprensa ultrapassou os limites da liberdade de imprensa caso fique demonstrado que foram violados os deveres de conduta inerentes ao jornalismo, de modo que a prova da *actual malice* configura um requisito necessário para a condenação de órgãos de imprensa em casos envolvendo pessoas públicas. Nas palavras de Simone Schreiber,

o já mencionado caso New York Times v. Sullivan fixou algumas diretrizes relevantes para a solução da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos à honra e à imagem dos agentes públicos, e aqui sim a dimensão coletiva (ou instrumental) da liberdade de expressão foi especialmente considerada. O imprescindível papel desempenhado pela imprensa de dar visibilidade à atuação dos agentes públicos, permitindo a fiscalização e controle destes pela população, levou a Suprema Corte a reduzir o âmbito de proteção da honra e imagem destes diante de fatos eventualmente falsos e danosos que lhes forem imputados pelos jornais. Deve ficar evidenciado o dolo (actual malice) ou a conduta temerária (reckless disregard) do jornalista na veiculação da notícia danosa, cabendo o ônus de tal prova à pessoa atingida, para que faça jus à indenização por danos à sua honra ou imagem. Já quando se trata de pessoas privadas, é suficiente que provem o dano causado pela notícia⁷.

Assim, em se tratando da divulgação de fatos ou informações referentes a pessoas públicas, para que fique caracterizado o

7 SCHREIBER, Simone. Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7184>>. Acesso em: 21 jun. 2012.

dano moral, a pessoa pública deverá demonstrar ter havido dolo (direto ou eventual) ou culpa grave por parte do órgão de imprensa, isto é, o sucesso de uma ação de indenização por danos morais movidos por uma personalidade pública requer que este demonstre que o órgão da imprensa, “(i) tinha conhecimento prévio da falsidade dos fatos (*“knowledge of falsity”*), ou (ii) agiu de forma grosseiramente irresponsável (*“reckless disregard”*; no direito brasileiro, com negligência) na apuração da veracidade dos mesmos”⁸.

Tal teoria, inicialmente aplicada às autoridades públicas (pessoas que exerçam cargos ou funções públicas), posteriormente passou a se estendida também a pessoas que, mesmo sem deterem cargos ou funções estatais, assumiam uma posição pública em razão da notoriedade obtida em determinada área (artística, científica, empresarial, etc.) e pessoas que, não ostentando um cargo público nem tampouco exercendo atividade que lhes confirmam notoriedade, acabam se vendo envoltas em fatos que ganham uma tal dimensão pública que justifique a existência de interesse público (é o que ocorre, por exemplo, com uma testemunha num caso judicial de grande repercussão).

Apesar de servir como um guia para balizar as decisões em casos de colisão envolvendo as liberdades de expressão e opinião com os direitos da personalidade, a teoria da *“actual malice”*, mesmo nos EUA, tem sido objeto de muitas críticas. Ronald Dworkin, por exemplo, afirma que, ao reforçar a visão instrumental da liberdade de expressão, a Suprema Corte acabou por enfraquecer a visão constitutiva, que a seu ver confere maior proteção ao princípio. Ademais, as distinções de tratamento conferidas pela *Sullivan rule*, quando se trate de pessoas públicas ou privadas, acabaram criando categorias com as quais a própria Suprema Corte passou a ter dificuldade de lidar⁹. Porém, talvez a mais importante crítica à doutrina da *Actual Malice* seja o fato de que ela acaba por mudar o foco da atenção nas ações por difamação, de modo que ao invés de se a informação publicada

8 LAHORGUE, Simone. Dano moral e mídia. Anotações sobre o aparente conflito entre princípios constitucionais. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 2, out. 2006, p. 120

9 APUD SCHREIBER, Simone. Op. Cit. Nota 19

é verdadeira ou não, a discussão passa a centrar-se exclusivamente na possível negligência do órgão de imprensa, o que pode significar a negativa da possibilidade do Autor comprovar a falsidade da informação difamatória e a consequente violação da honra¹⁰.

Os danos punitivos e o valor da indenização

Outro tema que oferece extrema dificuldade de tratamento na discussão sobre os danos morais por fato da imprensa é o ligado à fixação do valor da condenação. Neste ponto, cumpre ressaltar que aqui não se tratará de um modo aprofundado (e crítico) as questões relativas aos critérios de arbitramento do *quantum* devido, eis que a complexidade do tema, que guarda íntima ligação com a noção adotada de dano moral (objetiva ou subjetiva), exigiria um espaço maior do que o aqui disponível. Assim, diante das limitações inerentes a esse texto, se buscará tratar de um tópico que, apesar de ser fonte de dissenso na doutrina, não recebeu muita atenção da jurisprudência pátria, qual seja, a possibilidade da condenação por danos morais assumir uma função punitiva ao lado da compensatória.

De fato, tornou-se praticamente lugar comum nos inúmeros julgados acerca dos danos morais a afirmação de que essa condenação serviria ao duplo propósito de compensar a vítima e punir o ofensor. Ocorre, entretanto, que essa função punitiva, importada da prática judiciária americana (*punitive damages*), traz pelo menos duas grandes dificuldades. A primeira, ligada à legitimidade de se criar uma condenação de caráter punitivo-pedagógico fora dos limites do Direito Penal e a segunda, diretamente decorrente da primeira, ligada à aplicação de uma punição por meio de uma jurisdição que, por não ter as características de formalização próprias do Direito Penal, acaba por deixar o réu numa situação extremamente

10 Para um interessante resumo das críticas, ver o tópico *The New York Times v. Sullivan* "Actual Malice" Rule no sítio Human & Constitutional Rights, mantido pela biblioteca Arthur W. Diamond da Columbia Law School. < <http://www.hrcr.org/> > acesso em 24.06.2012.

frágil do ponto de vista do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Neste ponto, vale notar que a responsabilidade civil se estruturou a partir da ideia de recomposição dos danos. O objetivo da atuação jurisdicional era a restauração do patrimônio afetado pela conduta do ofensor. A condenação, portanto, era voltada essencialmente ao passado, tendo como parâmetro o valor do prejuízo causado. Com a admissão da possibilidade de se indenizar também os danos não patrimoniais, estabelecendo-se uma condenação ao pagamento de uma soma em dinheiro, surgiu o problema relacionado aos critérios que seriam utilizados para o arbitramento desse valor, dado que os bens atingidos (honra, intimidade, etc) não poderiam ser avaliados em termos estrita-mente econômicos.

Daí que, coerente com o sistema civil orientado à recomposição do patrimônio violado, o primeiro critério legitimador da indenização é a compensação do ofendido, de modo que o pagamento feito pelo ofensor serviria como uma espécie de lenitivo para a dor, a humilhação, enfim, para o dano moral por ele sofrido. De notar que este critério atua como substituto da recomposição, mas ainda é voltado para o passado, por ter em mira a situação pessoal do ofendido como fator essencial para o arbitramento do valor da condenação.

Por outro lado, na prática judiciária brasileira aparece também como fundamento e critério legitimador do valor da indenização a punição do ofensor uma espécie de caráter pedagógico da indenização, que deveria ter a capacidade de dissuadir não só o ofensor (prevenção específica), mas todas as pessoas (prevenção geral), da prática de atos similares.

Ocorre que a ideia da condenação punitiva está assentada sobre bases absolutamente diversas daquela sobre a qual se fundou a condenação compensatória (base da responsabilidade civil). Enquanto esta última volta-se ao passado, tendo como fundamento a recomposição do bem afetado, a punição dirige-se essencialmente ao futuro, tendo como objetivo evitar a reiteração da conduta danosa. A indenização civil, portanto, não podia ter qualquer

ligação com a punição, eis que aquela era instituto de Direito privado, para qual era legitimado o particular, enquanto que a pena é por excelência um instituto de direito público, para cuja aplicação o Estado é o único legitimado, sendo certo, ainda, que para a efetivação do *jus puniendi* o Estado deve se valer do processo penal, assegurador das garantias individuais contra eventual excesso arbitrário.

Ressalte-se que esta configuração decorreu da estruturação do estado liberal do século XVIII, em que o papel do Estado era mínimo, ligado à garantia da manutenção da ordem pública interna, através do direito e da jurisdição penal e à garantia da segurança jurídica, ligada ao cumprimento dos contratos e à recomposição de danos, o que era feito através da jurisdição civil. Uma vez assentada essa dicotomia entre Direito público e Direito Privado, era uma consequência lógica a ideia de que não poderia haver qualquer confusão entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, já que a aplicação da pena seria expressão do poder estatal e a reparação, mediante indenização, diria respeito ao cidadão¹¹.

Neste sentido é a lição de Pontes de Miranda, que em seu Tratado de Direito Civil, ao posicionar-se sobre o caráter punitivo das indenizações, afirma¹²:

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de não se atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança.

Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (lato sensu) de que se irradiou o título punitivo seria claramente uma

11 Cf MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 195 e SS.

12 APUD MOARES, Maria Celina Bodin. Op. Cit. P. 263

uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito[...].

A reparação é sem propósito exemplificativo, disciplinar: o que se tem por fito é a emenda, correção objetiva. Daí a inconfundibilidade com a pena. O Juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo.

Ocorre que essa visão do Direito como sendo bipartido em dois grandes ramos, em que ao Direito Civil era dada a primazia na regulamentação da vida do indivíduo (o que é bem ilustrado pela afirmação de que o Código Civil seria a “Constituição do Direito Privado”), não corresponde mais à realidade jurídica e não atende mais à complexidade das relações da sociedade moderna. Isso porque atualmente é inegável que a Constituição, para além de efetuar a organização do Estado e definir competências dos órgãos estatais, traz também um catálogo de direitos fundamentais que se irradiam para todos os demais ramos do Direito, de modo que todos os institutos jurídicos devem ser interpretados a partir da pauta de valores inscritos na constituição. Como afirma Daniel Sarmento¹³,

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, ‘as bases da ordem jurídica da coletividade’

Assim, os direitos fundamentais inscritos na Constituição devem ser valorados não só sob a perspectiva negativa, como limites imanentes à atuação do Estado que por ele devem ser respeitados, mas também assumem a feição de obrigações positivas que o Estado assume para com a sua promoção e proteção contra agressões de quem quer que seja. As normas de Direitos Fundamentais, portanto, constituem uma ordem

13 SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. P. 255. In: **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

de concretização e realização permanentemente dirigida ao Estado, que deve adotar as medidas necessárias à efetiva tutela dos direitos fundamentais. Neste sentido, afirma Ingo Sarlet¹⁴ que:

(...) os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Daí porque, uma vez que toda a ordem jurídica encontra na Constituição – e especialmente no catálogo de direitos fundamentais nela inscrito – seu fundamento de validade, não faz sentido contestar a possibilidade da indenização por danos morais assumir um caráter punitivo unicamente com base em princípios gerais como a vedação ao enriquecimento sem causa ou a impossibilidade de se impor penas através de um instituto de direito privado. Na verdade, o fenômeno da publicização do direito privado, com a cada vez maior introdução de regras cogentes na regulamentação dos negócios privados (da qual as normas protetivas do consumidor fornecem o exemplo mais óbvio) e o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que são diretamente aplicáveis às relações entre particulares, faz com que a tutela preventiva no campo dos direitos fundamentais legitime a imposição de medidas punitivas para o caso de violação destes direitos, o que faz com que, visando a tutelar a honra e a intimidade dos cidadãos, possa o poder judiciário impor condenações voltadas à prevenção de novas violações. Aliás, outro não é o fundamento da tutela inibitória que não a concretização, pela via judicial, dessa tutela preventiva através da coerção.

Entretanto, se por um lado o reconhecimento da força normativa da constituição e da força irradiante dos direitos fundamentais possibilita o reconhecimento da possibilidade da

14 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Revista Brasileira de Ciências criminais, n° 47, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 82.

condenação por danos morais assumir um caráter punitivo, por outro, a questão da forma como concretamente será efetivada essa atuação judicial é extremamente problemática.

Isso porque, no campo do Direito Penal, desde a ilustração vem sendo desenvolvida uma dogmática voltada à limitação do poder punitivo e ao afastamento da arbitrariedade na dosimetria da pena. Como afirma Gimbernat Ordeig¹⁵, “a dogmática penal, ao determinar limites e construir conceitos, possibilita uma aplicação segura e calculável do direito penal, subtraindo-o da irracionalidade, do arbítrio e da improvisação”.

De fato, talvez a mais importante característica do controle social através do Direito Penal seja exatamente seu alto grau de formalização. É certo que vários outros sistemas de controle social também utilizam a punição como instrumento de atuação. É o caso da religião e da moral (onde a punição não é aplicada de modo estruturado e por um ente estatal especificamente voltado para essa finalidade). Mesmo no campo jurídico, outros ramos do direito também trabalham com a punição, como o Direito administrativo sancionador e o próprio Direito Civil. Entretanto, em nenhum dessas formas de controle social há um grau de formalização tão grande quanto no Direito Penal, onde o exercício do jus puniendi está sujeito a vários limites estabelecidos pelas garantias conferidas ao indivíduo delincente. Como afirma Hassemer¹⁶, no Direito Penal

A pena se torna diferenciada e se ameaça e se mede publicamente; deve se manter dentro dos limites do direito Penal de fato e da proporcionalidade; só pode ser imposta através de um procedimento com incontáveis garantias. Em resumo: mediante a pena estatal não somente se realiza a luta contra o delito, mas também a juridicidade, a formalização do modo de sancionar o delito. Não apenas faz parte do caráter de pena a função de resposta à desviação, (o Direito Penal não é apenas

15 Apud HIRSCH, Hans Joachim. **Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 68, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 64.

16 Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011. P. 384.

uma parte do controle social); a juridicidade dessa resposta (o Direito Penal se caracteriza por suas possibilidades de formalização) também pertence ao caráter da pena.

Absolutamente diversa, entretanto, é a situação no âmbito da responsabilidade civil, onde, ao contrário do que ocorre no Direito Penal, não há elementos seguros que forneçam balizas para a atuação jurisdicional no que toca à punição a ser aplicada. Na verdade, sequer há previsão legal para os danos punitivos (fato que inclusive gerou, após o advento da Constituição, muita discussão quanto à sua admissibilidade em nosso sistema). De qualquer forma, superada a questão de sua admissibilidade, permanecem ainda as dificuldades decorrentes da completa ausência de parâmetros legais para essa punição civil, que acaba ficando exclusivamente dependente do “prudente arbítrio” do magistrado que aprecia o caso concreto.

Esse estado de coisas é uma enorme porta aberta para a irracionalidade e para a violação dos mais basilares direitos do Réu, em especial o contraditório e a ampla defesa quando da fixação dos chamados danos punitivos. Afinal, muitas vezes sequer a condenação destaca adequadamente qual o montante da condenação relativo aos danos compensatórios e qual o montante relativo aos danos punitivos, tornando, se não impossível, extremamente árdua a tarefa da defesa caso pretenda se insurgir contra os critérios utilizados para o arbitramento do valor da condenação.

Neste aspecto, portanto, é pertinente a crítica de que os danos punitivos, voltados à prevenção (geral e especial), seriam incompatíveis com a jurisdição civil. Entretanto, talvez a melhor postura para superar este estado de coisas não seja negar a possibilidade de se tutelar adequadamente direitos fundamentais através da jurisdição civil (o que, de resto, violaria o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal), mas sim garantir também nesta seara o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, através da adequada formalização da tutela destas pretensões.

Vale notar que, ainda de uma forma incipiente, é esse o caminho que vem sendo trilhado pela jurisprudência, de vez que os critérios de valoração do dano moral vêm sendo construídos de forma empírica, a partir de casos concretos apreciados pelos tribunais, em especial o STJ, que desde o precedente firmado no Resp 269.407 passou a admitir a apreciação, em sede de recurso especial, dos valores arbitrados a título de danos morais quando tais valores fossem considerados irrisórios ou excessivos.

Para estabelecer quais os critérios a serem valorados na verificação da razoabilidade da condenação, o STJ acabou consolidando alguns critérios, que foram catalogados por Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷ nos seguintes termos:

Com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e v) a intensidade do seu sofrimento.

Vale notar que dentre tais critérios há dois especificamente ligados ao caráter punitivo da indenização, o grau da culpa e a situação econômica do ofensor. Isto foi exposto de forma bastante clara pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que, ao relatar Resp 959.780 – ES, afirmou:

Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita.

17 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295/296.

Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira.

Aliás, o precedente supra mencionado chama atenção pelo fato de que nele a Corte deu um passo a mais rumo a uma maior formalização das condenações por danos morais, acolhendo expressamente a tese de que na fixação dos danos morais deve o juiz seguir uma dosimetria bifásica. Segundo o que ficou assentado no voto do Relator, o procedimento de arbitramento deveria seguir os seguintes passos:

*Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o **interesse jurídico lesado**, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (**grupo de casos**). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.*

*Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as **circunstâncias particulares do caso** (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.*

Conclusão

Os casos de indenização por danos morais representam um grande desafio para a doutrina e para a jurisprudência, que têm que criar soluções concretas que, além de atender ao princípio da reparação integral do dano, garantam aos réus, através da adequada fundamentação, a possibilidade de se insurgirem contra as decisões proferidas. A questão torna-se ainda mais difícil quando nesta discussão a tutela da honra

e da intimidade colide com outros valores constitucionais fundamentais, como a liberdade de informação e de expressão.

Se por um lado não apontamos aqui soluções específicas para os problemas levantados (e nem essa era a nossa pretensão), por outro fica evidente que sobre um ponto não pode haver qualquer dúvida: a necessidade de fundamentação racional expressa e específica, seja acerca da ponderação de valores realizada para efeito de se considerar que a liberdade de imprensa deve ceder no caso concreto (o que sempre ocorre quando há uma condenação ao pagamento de danos morais), seja no momento posterior de fixação do valor da condenação, onde o único meio de se evitar arbitrariedades é a indicação clara de todas as razões que levaram o julgador a decidir de tal forma e não de outra.

Crítérios como a exigência de *Actual malice* na avaliação da ilicitude da atuação da imprensa, ou a utilização do critério bifásico para a dosimetria da condenação por danos morais podem não ser a solução, mas servem no mínimo como guias objetivos de atuação, que podem bem representar um primeiro passo rumo à necessária formalização dessa questão, onde não se pode perder de vista que ao Estado, por todos os seus órgãos (Judiciário inclusive), cabe o dever não só de respeitar, mas também de promover e proteger os Direitos fundamentais contra quaisquer agressões.

Segundo uma lenda francesa, após ter sido decapitado, São Dionísio juntou a sua cabeça do chão e caminhou por seis milhas, até chegar ao local onde atualmente fica a sua basílica. Conta-se que quando o Arcebispo de Paris perguntou à Marquesa Du Deffand a sua opinião sobre essa lenda, ela teria respondido que a distância percorrida não a impressionava, pois neste caso, como em outros, o difícil é dar o primeiro passo. Em matéria de tutela dos direitos fundamentais, a mesma postura deve ser adotada pelos operadores do Direito, que não devem se deixar impressionar com a enorme dificuldade da matéria, mas devem sempre que possível buscar soluções concretas aptas a tornar efetivos os direitos fundamentais, ainda que para isso alguns paradigmas tenham que ser superados. Também aqui,

a grande questão não é a distância a ser percorrida para a construção de uma sistema mais efetivo e racional de tutela da liberdade de imprensa e dos direitos fundamentais, e sim a adoção dos primeiros passos, deixando para trás respostas que não servem para solucionar os conflitos em uma sociedade complexa como a nossa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUSMAO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 20ª. Ed.

HIRSCH, Hans Joachim. **Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 68, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LAHORGUE, Simone. **Dano moral e mídia**. Anotações sobre o aparente conflito entre princípios constitucionais. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 2, out. 2006

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências criminais, nº 47, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In: **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCHREIBER, Simone. **Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 781, 23 ago. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7184>>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011.

Marcos Arruda

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp de São Paulo. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp de São Paulo. Autor do Livro “Direito Constitucional para Concursos”. Coautor do Livro “25 anos de Constituição Cidadã – Estudos em Homenagem ao Relator J. Bernardo Cabral”. Professor de Direito Constitucional em Graduações e preparatórios para Concursos Públicos. Delegado de Polícia Civil no Estado do Amazonas.

DIREITO DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO

1) DO TRATAMENTO FILOSÓFICO

1.1) ASPECTOS INICIAIS

Dada a estreita relação entre a Filosofia e o Direito, não se poderia deixar de iniciar a reflexão do tema em outra seara que não a filosófica. É assente a ideia de que a Filosofia é uma das bases da Ciência Jurídica, conferindo-lhe robustez e densidade.

Outro não é o entendimento do saudoso professor Miguel Reale¹, segundo o qual a Filosofia indaga os pressupostos lógicos da Ciência Jurídica e de seus métodos de pesquisa, procurando determinar o sentido objetivo de sua história através de mil vicissitudes sociais, nos diversos ciclos de suas evoluções e involuções, calmarias, crises para, finalmente, afrontar o problema central do fundamento do Direito, indagando os valores e fins que o norteiam e devem nortear o homem na experiência jurídica.

1 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, p. 334.

1.2) ANÁLISE PONTUAL

1.2.1) DA LIBERDADE SEGUNDO ARISTÓTELES

Segundo a professora Marilena Chaui², a primeira grande teoria filosófica de liberdade é exposta por Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômano* e, com variantes, permanece através dos séculos, chegando até o século XX, quando foi retomada por Sartre. Nessa concepção, liberdade se opõe ao que é condicionado externamente (necessidade) e ao que acontece sem escolha deliberada (contingência).

Diz Aristóteles que é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir ou não agir, isto é, aquele que é causa interna de sua ação ou da decisão de não agir. A liberdade é concebida como um poder pleno e incondicionado da vontade para determinar a si mesma ou para ser auto determinada. É pensada, também, como ausência e constrangimentos externos e internos, isto é, como uma capacidade que não encontra obstáculos para se realizar, nem é forçada por coisa alguma para agir. Trata-se da espontaneidade plena do agente, que dá a si mesmo os motivos e os fins de sua ação, sem ser constrangido ou forçado por nada a ninguém.

No entanto, como disseram os filósofos posteriores a Aristóteles, a inteligência inclina a vontade numa certa direção, mas não a abriga nem a constrange, tanto assim que podemos agir na direção contrária à indicada pela inteligência ou razão. É por ser livre é incondicionada que a vontade pode seguir, ou não, os conselhos da consciência. A liberdade seria ética quando o exercício da vontade estiver em harmonia com a direção apontada pela razão.

Sartre levou essa concepção ao ponto do limite. Para ele, a liberdade é a escolha incondicional que o próprio homem faz de seu ser e de seu mundo. Quando julgamos estar sob o poder de forças externas mais poderosas do que nossa vontade, esse

2 CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia, p. 360 a 362.

juízo é uma decisão livre, pois outros homens, nas mesmas circunstâncias, não se curvaram nem se resignaram. Conformer-se ou resignar-se é uma decisão livre, tanto quanto não se resignar, nem se conformar, lutando contra as circunstâncias. Quando dizemos estar fatigados, a fadiga é uma decisão nossa. Quando dizemos estar enfraquecidos, a fraqueza é uma decisão nossa. Quando dizemos não ter o que fazer, o abandono é uma decisão nossa. Ceder tanto quanto não ceder é uma decisão nossa.

1.2.2) DA LIBERDADE SEGUNDO O ESTOICISMO, ESPINOSA, HEGEL E MARX

Com amparo na professora de filosofia da Universidade de São Paulo³, pode-se dizer que a segunda concepção de liberdade foi, inicialmente, desenvolvida por uma escola de Filosofia do período helenístico, o estoicismo, ressurgindo no século XVII com o filósofo Espinosa e, no século XIX, com Hegel e Marx. Eles conservam a ideia aristotélica de que a liberdade é a autodeterminação ou ser causa de si. Conservam também a ideia de que é livre aquele que age sem ser forçado ou constrangido por nada ou por ninguém e, portanto, age movido espontaneamente por uma força interna própria. No entanto, diferentemente de Aristóteles e de Sartre, não colocam a liberdade no ato de escolha realizado pela vontade individual, mas na atividade do todo, do qual os indivíduos são partes.

O todo ou a totalidade pode ser a Natureza – como os estoicos e Espinosa – ou a Cultura – como Hegel – ou, enfim, uma formação histórico-social – como para Marx. Em qualquer dos casos, é a totalidade que age e atua segundo seus próprios princípios, dando a si mesma suas leis, suas regras, suas normas. Essa totalidade é livre em si mesma porque nada a força ou a obriga do exterior e, por sua liberdade, instaura leis e normas necessárias para suas partes (os indivíduos). Em outras palavras, a liberdade agora não é um poder individual incondicionado para escolher – a Natureza não escolhe, a Cultura não escolhe, uma formação social não escolhe –, mas é

3 Idem ibidem

o poder do todo para agir em conformidade consigo mesmo, sendo necessariamente o que é e fazendo necessariamente o que faz.

Como podemos observar, essa concepção não mantém a oposição entre liberdade e necessidade, mas afirma que a necessidade (as leis da Natureza, as normas e regras da Cultura, as leis da História) é a maneira de pela qual a liberdade do todo se manifesta. Em outras palavras, a totalidade é livre porque se põe a si mesma na existência e define por si mesma as leis e as regras da atividade; e é necessária porque tais leis e regras exprimem, necessariamente, o que ela é e faz. Liberdade não é escolher e deliberar, mas agir ou fazer alguma coisa em conformidade com a natureza do agente que, no caso, é a totalidade. O que é, então, a liberdade humana?

São duas as respostas a essa questão: a primeira afirma que o todo é racional e que suas partes também o são, sendo livres quando agirem em conformidade com as leis do todo para o bem da totalidade; a segunda afirma que as partes são de mesma essência que o todo e, portanto, são racionais e livres como ele, dotados de força interior para agir por si mesmos, de sorte que a liberdade é tomar parte ativa na liberdade do todo.

1.2.3) DA LIBERDADE SEGUNDO O VOLTAIRE e HOBBS

Também com fundamento na obra de Marilena Chauí⁴, além da concepção de tipo aristotélico-sartreano e a concepção do tipo estóico-hegeliano, existe ainda uma terceira concepção que procura unir elementos das duas anteriores. Afirma, como a segunda, que não somos um poder incondicional de escolha de quaisquer possíveis, mas que nossas escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais e históricas em que vivemos, isto é, pela totalidade natural e histórica em que estamos situados. Afirma, como a primeira que a liberdade é um ato de decisão e escolha entre vários possíveis. Todavia, não se trata

4 Idem *ibidem*

da liberdade de querer alguma coisa e sim de dizer, distinção feita por Espinosa e Hobbes, no século XVII, e retomada, no século XVIII, por Voltaire, ao dizer que somos livres para fazer alguma coisa quando temos o poder para fazê-la.

Essa terceira concepção de liberdade introduz a noção de possibilidade objetiva. O possível não é apenas alguma coisa sentida ou percebida subjetivamente por nós, mas é também, e, sobretudo, alguma coisa escrita no coração da necessidade, indicando que o curso de uma situação pode ser modificado por nós, em certas direções e sob certas condições. A liberdade é a capacidade para perceber tais possibilidades e o poder para realizar aquelas ações que mudam o curso das coisas, dando-lhe outra direção e outro sentido.

2) DO TRATAMENTO HISTÓRICO

2.1) ASPECTOS INICIAIS

O homem é fruto de seu tempo e, sendo assim, o Direito possui estreita relação com a História, podendo ser compreendido, até mesmo, como uma de suas manifestações. Assim, a compreensão da Ciência Jurídica exige o entendimento do fenômeno histórico.

Então, conforme nos ensina o professor Rodrigo Freitas Palma⁵, a História do Direito é a disciplina jurídica autônoma que se destina a estudar as diferentes dimensões culturais assumidas pelo fenômeno jurídico através dos tempos, investigando, para tanto, o significado das instituições jurídicas fundamentais entre os seus inúmeros artífices. Cuida a História do Direito de avaliar as transformações ocorridas no seio das sociedades segundo o viés do Direito. Na Didática lição de John Gilissen⁶, tal disciplina visa fazer compreender como é o Direito atual se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos.

5 PALMA, Freitas Rodrigo. História do Direito, p. 24 e 25.

6 GILISSEN, John. Introdução História ao Direito, p. 13.

Nessa toada, o professor Luiz Paulo Rosek Germano⁷ nos ensina que história constitucional brasileira é pródiga em circunstâncias que precederam a promulgação de suas leis fundamentais. Cada Constituição tem suas peculiaridades que retratam a época em que foram elaboradas, bem como o regime em que vigoram, seja o imperial, seja o republicano. Ademais, há episódios políticos e administrativos que atribuíram a determinadas Cartas Políticas aspectos mais democráticos ou mais rígidos.

2.2) ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES

2.2.1) CONSTITUIÇÃO DE 1824

A primeira Constituição brasileira, promulgada em 25 de março de 1824, à época imperial, era considerada essencialmente democrática, privilegiando uma série de direitos e garantias individuais, tais como a estrita observância ao princípio da legalidade, da inviolabilidade de domicílio e da presunção de inocência, havendo, inclusive, expressa previsão acerca da liberdade de expressão, em seu artigo 179, inciso IV:

Art.179. A invio, vejamos labilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

IV - Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publica pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

No entanto, por mais democrática que fosse, a lei dependia muito da vontade política do Imperador para ser observada. De se recordar que, naquela época, antes da decretação da referida lei, o Imperador havia dissolvido uma Assembleia Constituinte, o que demonstra instabilidade do regime monárquico.

⁷ GERMANO, Luiz Paulo. Direito de Resposta, p. 117 a 127.

2.2.2) CONSTITUIÇÃO DE 1891

O início da República Velha dividiu-se entre as ordens do Marechal Floriano Peixoto, cujo propósito era o de revogar as leis imperiais, e a montagem de um novo ministério. Tendo sido proclamada em 15 de novembro de 1889, a República inaugurou uma fase conturbada na sua relação com a imprensa, pois se editou o Decreto 295, o qual passou a ser chamado de *Decreto de Rolha*, uma vez que tinha o propósito de censurar todos os folhetins, jornais e impressos que disseminassem boatos contra a República. No que tange à imprensa, todos poderiam ser responsabilizados solidariamente (escritor, editor, tipógrafo, proprietário, etc.), nos termos do artigo 72 da Constituição de 1891.

Art.72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

Após conturbado período inicial, na virada do século, a imprensa passou a ser respeitada enquanto importante ferramenta concretizadora da liberdade de expressão.

2.2.3) CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934, considerada avançada em relação ao seu tempo, inspirou-se na Lei Fundamental alemã de Weimar, a qual proclamava o Executivo como um poder forte. Além de constitucionalizar o direito de voto às mulheres, reduziu a idade mínima para o exercício do sufrágio (de 21 para 18 anos). No que se refere à liberdade de expressão, as diversas formas de pensamento foram privilegiadas, vedada apenas a divulgação de atos que proclamassem guerra, a desordem pública ou a subversão da ordem social. Pela primeira vez, uma

Constituição brasileira fez menção expressa ao direito de resposta, sem remetê-lo a uma regulamentação específica. Nestes termos dispôs o artigo 113, inciso 9, daquela Carta Constitucional, *in verbis*:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Insta ressaltar que, apesar de democrática, os preceitos constitucionais da Carta de 1934 permitiam que o Poder Público impusesse censura, especialmente em espetáculos públicos e escritos que pudessem colocar em risco ideais inspiravam o governo provisório. O direito de resposta, embora previsto, não era efetivo, pois permaneceu desvinculado na ordem constitucional. Sua aplicabilidade dependia do senso de discricionariedade e os parâmetros os quais eram imprecisos e ineficazes.

2.2.4) CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, inaugurando o período ditatorial que passaria à História como *Era Vargas*. Conhecida como *Polaca*, em virtude de sua semelhança com a também Constituição polonesa, a Lei Fundamental brasileira tinha também o propósito de fortalecer os poderes presidenciais, competindo ao Chefe do Poder Executivo a nomeação de interventores estaduais. Entre 1937 e 1945, o governo de Getúlio Vargas ficou conhecido como Estado Novo, lembran-

do a ditadura de Salazar em Portugal. Acerca das liberdades, dispunha assim a Carta de 1937:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

2.2.5) CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946, promulgada à época do mandato do Presidente Eurico Gaspar Dutra, era essencialmente democrática, consagrando direitos e garantias individuais. Dentre os responsáveis por sua elaboração constaram nomes de peso, como Aliomar Baleeiro e Clodomir Cardoso, além do sociólogo Gilberto Freire. O artigo 141, § 5º, assim estabelecia a

to Freire. O artigo 141, § 5º, assim estabelecia a liberdade de expressão e garantia o direito de resposta, vejamos:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Conforme Pontes de Miranda⁸ o direito de resposta, previsto constitucionalmente, independia de legislação ordinária que estivesse por regulamentá-lo. Então, se a lei ordinária deixa de regular o direito de resposta, nem por isso fica ele dependente de legislação ordinária, posto que, nas palavras do insigne jurista, ele é bastante em si.

2.2.6) CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Carta de 1967, vigente durante o regime militar, foi precedida pelos Atos Institucionais, os quais expressavam conteúdo normativo antes da proclamação da nova Constituição. A ordem constitucional foi necessária para a legitimação do regime militar, bem como para propiciar a implantação de uma reforma administrativa. No que tange à liberdade de expressão, não diferiu muito das anteriores:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos

8 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946, p. 422.

concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Neste contexto, surgiu um regime de exceção, a edição de Atos Institucionais (AI) foram uma constante. Através de tais comandos, mandatos políticos foram cassados, estudantes, professores e jornalistas foram presos e a censura imperou no Estado brasileiro. É nesse período que surgem a Emenda Constitucional 69, para alguns, considerada uma nova Constituição, corrente a qual não nos filiamos.

2.2.7) CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Carta Magna, promulgada em 05 de outubro de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, justamente por seu largo rol de direitos e garantias fundamentais, foi expressa ao prever direito de resposta, proporcional ao agravo, em seu art. 5º, inciso V, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Não há dúvidas de que, após um largo período ditatorial, a Carta de Outubro representou um grande avanço na tutela dos direitos e garantias fundamentais, quiçá na liberdade de

manifestação do pensamento. Após esse desenvolvimento histórico, o tratamento jurídico dado pela Constituição Federal de 1988 será analisado, com mais vagar, no tópico seguinte.

3) DO TRATAMENTO DOUTRINÁRIO

3.1) DA PRERROGATIVA JURÍDICA

Ensina o professor Marcelo Novelino⁹ que o homem não se contenta apenas em ter suas próprias opiniões. Ele quer expressá-las e, não raro, convencer os outros de suas ideias. As convicções íntimas podem existir independentemente do Direito, mas a liberdade para exteriorizar as opiniões pessoais necessita de proteção jurídica. A liberdade de manifestação do pensamento impede que o Poder Público estabeleça punições para os que rejeitem opiniões amplamente aceitas ou censure discursos não aprovados pelo governo.

A liberdade de manifestação do pensamento, conforme ensina o professor Celso Bastos¹⁰, consiste no direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento. É o direito de não ser impedido de exprimir-se. A Constituição, assim, veda expressamente qualquer tipo de censura à livre manifestação do pensamento, cujo exercício é assegurado independentemente de licença, nos termos do art. 5º, inciso IX, da CF/88:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Qualquer forma de censura institucionalizada, imposta sem justificação constitucional será caracterizada como uma intervenção violadora do âmbito de proteção dessa liberdade.

9 NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional, p. 503 a 507.

10 BASTOS, Celso. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República, p. 43.

Segundo o mestre Dirley da Cunha Júnior¹¹, a liberdade de opinião, ou de pensamento, é a prerrogativa de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, preceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa. Trata-se de direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais e históricos e a crítica.

No tema, o professor Bernardo Gonçalves Fernandes¹² leciona que por liberdade de manifestação do pensamento e de manifestação entende-se a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem passível de comunicação. Assim como toda opinião, - convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja ela relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada, ou não, de valor.

Por isso mesmo, não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada através de gestos e expressões corporais. Certo é que a aferição prática deve ser contextualizada, ou seja, analisada à luz do caso concreto, não cabendo, a priori, uma delimitação absoluta acerca da liberdade de expressão ou a falta da mesma.

3.2) DA HARMONIZAÇÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base nos ensinamentos de Novelino¹³, em determinadas hipóteses, a manifestação do pensamento pode lesionar direitos fundamentais de terceiros, tais como a honra e a imagem, tendo em vista o art. 5º, inciso X, de nossa Carta:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

11 JUNIOR DA CUNHA, Dirley. Curso de Direito Constitucional, p. 682 e 684.

12 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, p. 369 e 370.

13 Idem ibidem

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Então, a identificação de quem emitiu o juízo é necessária, a fim de que seja viabilizada eventual responsabilização nos casos de manifestação abusiva. A vedação ao anonimato, cláusula restritiva expressa consagrada no próprio texto constitucional, possui, basicamente, duas finalidades: de forma preventiva, desestimular manifestações abusivas de pensamento e, de forma repressiva, permitir o exercício do direito de resposta e a responsabilização civil ou penal. No tema, é importante a leitura do art. 5º e seus incisos IV e V, da CF/88:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

No tema, Bernardo Gonçalves Fernandes¹⁴ nos diz que falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em um direito absoluto de dizer tudo aquilo ou de fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito, a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, a liberdade de manifestação do pensamento é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a igualdade, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestações que venham desenvolver atividades ou práticas ilícitas.

14 Idem ibidem

Corroborando a ideia de não absolutização da liberdade de manifestação de expressão, manifestação e informação, reza também a Constituição que produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes propósitos: preferência a atividades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estímulo a produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Interessante observar, ainda, que a doutrina americana entende que veiculação de mensagens que podem provocar reações de violenta quebra de ordem, não se apresentam como uso regular da liberdade de expressão. Do mesmo modo, palavras belicosas que representam, que representam estopins de ação, ou invés de pautas de persuasão, não devem estar garantidas pela liberdade constitucional de expressão. Nesses termos se encaixa chamado “discurso do ódio”, onde se propagam ideais meramente discriminatórios.

Outra, feita por Gilmar Mendes¹⁵, indagação interessante sobre a liberdade de expressão e de informação é se apenas a mensagem verdadeira estaria protegida pela norma de direito fundamental ou se a extensão da proteção normativa atinge a mensagem falsa. Para o jurista alemão Konrad Hesse, a mensagem falsa não pode ser protegida, já que a mesma conduziria a uma pseudo-operação na formação da opinião, devendo-se, portanto, atentar-se para a função social da liberdade de manifestação. Aqui, então, deve se verificar a confluência do interesse da coletividade de ser informada a partir de informações verídicas.

Por último, em uma leitura mais analítica, considera-se que a liberdade de expressão é um direito, em regra, oponível contra o Estado, não ensejando (em regra) uma pretensão a se exercer contra terceiros (particulares). Nesses termos, para que uma eficácia horizontal desse direito fundamental se desse, seria necessária uma aplicação em cada caso (concreto), ponderada

15 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, p. 361.

pela (“técnica da ponderação”), balanceando os interesses envolvidos em contextos concretos.

4) DO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

No que se refere à liberdade de manifestação do pensamento, a Jurisprudência do STF tem apreciado temas relevantes para o operador do direito, como, por exemplo, a possibilidade de que *delação anônima* possa dar azo, ou não, a investigações penais. O Pretório já entendeu que a vedação constitucional do anonimato impede que denúncias ou bilhetes anônimos sirvam de fundamento para instauração de inquérito policial ou como prova processual lícita.

“Os escritos anônimos – aos quais não se pode atribuir caráter oficial – não se qualificam, por isso mesmo, como atos de natureza processual. Disso resulta, pois, a impossibilidade de o Estado, tendo por único fundamento causal a existência de tais peças apócrifas, dar início, somente com apoio nelas, à persecutio criminis” (STF – Inq. 1957/PR, Voto do Min. Celso de Melo).

Não obstante, a Suprema Corte, avançando na análise do tema, entendeu que uma *delação anônima* feita, por exemplo, a um serviço de “disque-denúncia”, pode ser utilizada para que as autoridades responsáveis tomem conhecimento de determinados fatos. Em tais casos, cabe à autoridade responsável averiguar, por dever funcional, a veracidade da informação. A averiguação sumária, a ser feita com a devida cautela, tem por objetivo “viabilizar a ulterior instauração do procedimento penal em torno da autoria e da materialidade dos fatos reputados criminosos, desvinculando-se a investigação estatal, desse modo, da delação formulada por meio de autor desconhecido”, conforme ensina o Min. Celso de Melo.

Outra questão jurisprudencial interessante, também emblemática na jurisprudência do STF, no que se refere ao tema da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, foi o posicionamento acerca da chamada “marcha

da maconha”. Entenderam os Ministros que o exercício de direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas e, dessa forma, exclui qualquer exegese que pudesse ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou qualquer substância entorpecente, inclusive através de manifestações públicas. Trata-se de tema polêmico, o qual desperta calorosas discussões no âmbito social. Todavia, hodiernamente, esse é o posicionamento do Supremo, vejamos:

Além disso, verificou-se que a marcha impugnada mostraria a interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião — direito-meio — e de manifestação do pensamento — direito-fim — e o direito de petição, todos eles dignos de amparo do Estado, cujas autoridades deveriam protegê-los e revelar tolerância por aqueles que, no exercício do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitirem mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas. Dessa forma, esclareceu-se que seria nociva e perigosa a pretensão estatal de reprimir a liberdade de expressão, fundamento da ordem democrática, haja vista que não poderia dispor de poder algum sobre a palavra, as ideias e os modos de sua manifestação. Afirmou-se que, conquanto a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, destinar-se-ia a proteger qualquer pessoa cujas opiniões pudessem conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social. (STF, ADPF 187, rel. Min. Celso de Melo.

5) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe do objetivo de esgotar o tema, esses escritos tiveram o propósito de colaborar para o debate jurídico que envolve a questão. A liberdade de manifestação do pensamento é inerente à natureza humana, pois possibilita o debate democrático, a pluralidade de ideais e o amadurecimento coletivo.

Suas manifestações, bem como sua tutela, acabam por se confundir e se entrelaçar com o desenvolvimento histórico e

filosófico do homem. Além, trata-se de matéria rica na jurisprudência, visto que tem demandado a intervenção do Poder Judiciário no fulcro de apurar suas arestas e possibilitar a harmonização entre as diversas prerrogativas trazidas pela Carta de Outubro.

REFERÊNCIAS

- CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Editora Ática, 1994.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. São Paulo: Editora Sara-iva, 2010.
- GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Direito de Resposta. Porto Alegre: Edi-tora Livraria do Advogado, 2011.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Bahia: Edi-tora Juspodivm, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Bahia: Editora Juspodivm, 2011.
- NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Ed-itora Método, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva 2012.
- BASTOS, Celso. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Consti-tuição de 1946.
- GILISSEN, John. Introdução História ao Direito.

Mário Jumbo Miranda Aufiero

Mestre em Administração Pública pela FGV, delegado de polícia civil do Estado do Amazonas, presidente da ADEPOL-AM e vice-presidente regional da ADEPOL/Brasil

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

RESUMO

O presente estudo discorre sobre aspectos da liberdade de informação no processo penal, demonstrar a influencia da opinião publica sobre a formação do juízo e valor deste juízo penal, ao que diz respeito especialmente aos inquéritos policiais e processos criminais e informações constantes do segredo de justiça em casos envolvendo crianças e adolescentes, bem como do direito da sociedade em saber os fatos ocorridos em nome da segurança pública. Neste prisma tendo em vista os estudos sobre a informação, aborda-se o assunto pela dimensão pragmática, considerando desta forma a sua aplicação. Os teóricos mencionados fornecerão instrumentos que possa interpretar apropriadamente quais significados e usos desta liberdade de informação. Visando uma análise sucinta quanto à consequências de ordem processual e material de divulgação de informações constantes em processo penal, confrontando a liberdade de imprensa e a violação do direito a pessoa, a honra e ao livre exercício profissional, tanto de terceiros envolvidos, quanto de investigados. A liberdade

de informação e o processo penal tem tido danos superiores ao ônus causados pela persecução penal, principalmente aqueles que envolvem crianças e adolescentes e que deveriam ser tratados com sigilo de justiça, acabam banalizados nas redes de informação de pseudos jornalistas, há necessidade de responsabilização de quem divulga informações de maneira ilícita, cruel e mentirosa. Isto tem ocorrido desde fatos históricos quanto a fatos atuais, tendo de certa forma efeitos na prática processual penal, muitas vezes influenciando no resultado final da lide penal.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão; Direitos Fundamentais; Presunção da Inocência.

ABSTRACT

The present study writes about aspects of freedom of information in the criminal proceedings, demonstrating the influence of the public opinion on the formation of judgment and value of that criminal trial to what respect especially to police investigations and criminal prosecution and disclosures in the judicial secrecy in cases involving children and adolescents, and the right of society to know the facts in the name of public safety. This perspective in view of the studies of information, it addresses the issue by the pragmatic dimension, thus considering your application. Those mentioned theoretical tools that can provide appropriately interpret what meanings and for uses of this freedom of information. Targeting a succinct analysis about the consequences of procedural and disclosure of information contained in criminal procedure material, confronting press freedom and the violation of the right person, honor and outdoor professional practice, both third party involved, how much investigated . Freedom of information and the prosecution has had higher burden caused by the criminal prosecution, especially those involving children and adolescents and should be treated with justice damage, ultimately trivialized in the information networks of pseudo journalists, there is need for accountability who disclose information of unlawful, cruel and deceitful way.

This has occurred since historical facts about current events, having somehow effects in penal practice, often influencing the outcome of criminal proceedings.

Keywords: Freedom of Expression; Fundamental Rights; Presumption of Innocence.

1 INTRODUÇÃO

O mundo globalizado tem sido visto como uma aldeia, um fato ocorre a milhares de quilômetros, e em poucos segundos a informação circula livremente pelas redes de informação em todas as partes do planeta. Não tem havido uma preocupação quando a veracidade destes fatos, e no Brasil como na maioria das democracias do mundo, vive um Estado Democrático de Direito, onde o ordenamento jurídico se impõe como base auxiliadora, como forma de resguardar e efetivar os direitos, e as garantias fundamentais, garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Silva (2007) destaca que todos os cidadãos têm perante o Estado o Direito à informação, a liberdade de expressão a manifestação do pensamento, garantindo a difusão pública de notícias, fatos, ou elementos de ideias e conhecimentos.

Cita ainda o autor que o escopo do Direito, é zelar e promover a segurança e a justiça nas relações sociais. Desta forma, não visa somente o aperfeiçoamento do homem, de que bem se incumbe à moral, tampouco tem a pretensão de ligar o homem a Deus, esta compete à religião, e por fim não se preocupa em incentivar o cavalheirismo e as boas maneiras, disto cuida a etiqueta. O homem é um ser social. Como disse Ulpiano jurista romano, *“a justiça é a vontade constante perpetua de dar a cada um o seu direito”*.

Se o escopo do Direito é zelar e promover a segurança e a justiça nas relações sociais, cabe a este também, promover à liberdade da informação, principalmente a liberdade de informação de cunho investigativo, aquela que envolve processo penal. A liberdade de informação no escopo jurídico na atualidade passou a fazer parte de reportagens de capas de

jornais televisionados e manchetes em revistas dentre outras mídias.

Parte-se do pressuposto que neste caso o investigado acaba recebendo antes mesmo no desenrolar do processo penal, uma pena que por vezes maior do que a prevista em lei, que é a pena do julgamento prévio, negativo, e público, está pena, não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas vem ocorrendo diuturnamente nos tribunais, atualmente tem tido um aumento de atividade envolvendo a informação e tudo que diz respeito a ela.

Sabe-se que a sociedade atual ocupa grande espaço nas mídias sociais, em manchetes diárias com liberdade de imprensa do Estado Democrático atuais, tendo a função de transmitir à informação a sociedade de forma verdadeira e não ao contrário.

Do outro lado, segundo Andrade (1996) estão os indivíduos, curiosos, cada vez mais querendo uma bisbilhotice para poder saciar sua curiosidade, com informações e acontecidos ao seu entorno, podendo ser estas, más ou nem tão boas assim.

Quando se trata de notícia processual, ou envolvimento em crimes de grande repercussão e apelo emocional, outros crimes que envolvem crianças e adolescentes, estes informantes das mídias, incita e cria pré-julgamentos sobre este, ou aquele acusado, e praticamente determinam à pena, apontam e acusam de forma natural, e até banal, sem querer saber a verdade, tudo em nome de que tenham melhores índices de audiências, ou os chamados cliques na mídia virtual, ou uma forma de ganhar dinheiro fácil.

Na verdade cabe a lei e ao magistrado, a determinação da pena deste ou daquele condenado, não a mídia informativa, cabe também a justiça combater este tipo de mídia, para o bem comum de todos. Há que se ter informações é um direito de todos, mas tem que haver princípios, ética e cuidado para não julgar o outro, ou a própria sociedade terá prejuízo.

De acordo com Beviláqua (2003, "*os princípios são elementos fundamentais da cultura jurídica humana*"), cita ainda o autor que os princípios não têm superioridades ou minoridades entre si, são alicerces do sistema jurídico, assim,

pode-se concluir que o bem jurídico mais tutelado pelo direito é a vida. Portanto, o direito a vida, é o princípio majoritário da pessoa humana, sendo o primeiro a ser lembrado, desta forma é necessário fazer menção deste princípio, cabendo ao magistrado zelar pelo andamento do processo com consciência social e moral, deve zelar por este andamento do começo até a sentença final do processo.

De acordo com Silva (2007, o direito de informar esta explicitada nos artigos XIV, XXIII, XXIV “b” da Constituição Federal, objetivando informar aspectos da liberdade de expressão, sendo esta um direito individual, por vezes torna-se coletivo, em virtude das mídias existentes hoje, e desta sendo utilizada como instrumento de trabalho.

Pode ser percebida que a liberdade de imprensa que nasceu no início da idade moderna, concretizando-se essencialmente em um direito subjetivo do indivíduo, que pode manifestar seu próprio pensamento. Sendo vista e tendo a garantia de que o indivíduo tenha liberdade individual. E do lado do direito individual, veio firmando-se o direito a coletividade e a informação.

Observa-se que no inciso IV do art. 5º onde estabelece que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”, ou seja, conclui-se que qualquer indivíduo pode manifestar-se da forma que pensa, podendo ser de forma oral, escrita, incluindo o direito de ler, assistir e, desde que não fala sob anonimato.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a liberdade de expressão ou da informação não necessita ser diplomado em jornalismo, para que possa exercer a profissão jornalística, qualquer indivíduo com um pouco de conhecimento pode inferir notícias e informar (CAMPOS, 2012).

Portanto, a atividade em veicular informação acerca de fatos narrados pelo Poder Judiciário cresce de forma totalmente despreparada, uma vez que a publicidade processual tem tomado corpo na sociedade e as suas interpretações sobre este ou aquele tema, acabam sendo em sua maioria deportado, e a garantia jurídica do direito a

intimidade, se perfaz ao declive social e por vezes moral.

O Direito de informar e ser informado segundo Lenza (2006) realiza-se na liberdade de informação jornalística, através da mídia ou imprensa. Cita ainda que a liberdade de informação jornalística na mídia, só existe e se justifica na medida em que os indivíduos têm acesso a uma informação correta e imparcial. Enquanto Silva (2007) infere que sobre as mídias incide além do direito, o dever de informar á coletividade, fatos, acontecimentos e idéias, de forma objetiva, sem que sejam alterados seus conteúdos e a verdade ou esvaziar o sentido original da notícia.

Ou seja, informar deve ser feito com imparcialidade sem deturpação ou pré-julgamento dos fatos, caso ocorra é passível de punição. Para Contera (2000) na atualidade os fatos jornalísticos tendem a criar realidades diferentes do que foi retratado, ou do fato em si. Cita ainda que estas mídias informativas não tenham o intuito de divulgar o fato em si, e somente, mais sim gerar lucro, criar espetáculos, expor a desgraça alheia como instrumento de diversão e entretenimento do público.

Observa-se que não tem havido grande preocupação, e crivo com a exploração de notícias divulgadas, quer sobre crianças, adolescentes, corrupção, segurança pública, inquéritos policiais e processos criminais, a mídia informativa atual transforma tudo em espetáculos, com suas publicações fazem render audiência e conseqüentemente dinheiro, o mais agravante é que estas mídias informacionais, são poderosos instrumentos da opinião pública.

Na atualidade e segundo Mello (2010) as mídias informacionais repassam informações sem fonte, sem mérito, ou da forma com que foi repassada a informação, podendo ser deturpada ou não, não tem crivo jornalístico, muitas delas são repassadas como foram ouvidas e nem sempre é a verdade, ou nem sempre é a realidade do fato ocorrido.

De acordo com Gomes (2014) o público ouve, e vê o fato apresentado, e discorre sobre ele, como se fora verdade, quando nem sempre foi desta forma, ou daquele modo, neste momento já está havendo um pré-julgamento por meio

da mídia, esta banaliza a violência, transforma um fato superficial em um acontecimento mundial, dramatiza a dor humana e a explora, de forma a catalisar a aflição das pessoas e suas emoções e suas iras por vezes, tudo por pouco ou quase nada de lucro só mazelas.

De acordo com Fernandes (2002) é importante ressaltar que a função dos veículos de comunicação, e a informação, servir a comunidade, reunindo e distribuindo notícias, de forma correta e verdadeira, transformando-as em propriedade comum da nação.

A verdadeira missão da imprensa, mais do que a de informar e de divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade (COSTA NETTO, 2008).

Ou seja, a informação, em sentido amplo, ou a mídia, em sentido estrito, é um verdadeiro poder (SCHECAIRA e CORREIA JR, 2002).

Liberdade de Informação

De acordo com Shecaira e Corrêa Jr (2002) destacando que na liberdade de informação, e no processo penal, surgem conflitos entre interesses na informação, e na presunção da inocência, em relação ao suposto infrator da lei penal, em que decorre a tutela de seu íntimo. Ou seja, a imprensa quer sempre se valer da liberdade de informação para presumir culpas em casos criminosos, uma vez que a inocência nunca dá notícia.

E mais, quer se apoiar na mesma liberdade para que possa invadir a esfera do privado ou daquele que supostamente cometeu algum tipo de agravo, sendo apontado na mídia como legítimo autor. Esta mídia impede a colisão dos direitos apresentados, impedindo que este seja julgado de acordo com o que prega a lei, fazendo com seu sensacionalismo seja visto como verdade e nem sempre isto é verídico, impedindo que os direitos fundamentais do estado democrático

sejam garantidos a este ou aquele indivíduo (GOMES, 2009).

No entanto, Ramonet (1999) descreve que os cidadãos têm obrigação de serem ativos e não passivos quando em busca de informações. Uma vez que sabem que não é permitido aos meios de comunicação, utilizar-se de prerrogativa de liberdade de informação, garantida pela Constituição Federal, na divulgação de informações que possam de alguma forma, ofender a liberdade de outras igualmente garantidas em lei como: a vida privada, a intimidade do indivíduo, a presunção da inocência.

Quando uma destas regras não é obedecida há choque de liberdade, estando os autores em colisão de direitos fundamentais. Canotilho (1996) destaca que quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular entende que há colisão.

Enquanto Alexy (1999) cita que a colisão quando é algo vedado pelo princípio e permitido pelo outro, é uma situação onde os princípios devem recuar. Para Silva (2007) a liberdade da informação nasceu com a idade moderna, concretizou-se em direito subjetivo do indivíduo de ter livre manifestação e pensamento próprio, já nasce com a garantia da liberdade individual.

Do lado do direito individual nasce também o direito a coletividade e o direito a informação, ou seja, e segundo Leitão (2006, a mídia traduz aos cidadãos leigos à linguagem jurídica de forma simples, contribuindo para que haja comunicação, não como solucionadora de conflitos, e sim como ao alcance de algo que vai além do conhecimento.

A garantia do direito a liberdade de expressão, com responsabilidade para com o indivíduo e a sociedade, deve estar compromissado com a veracidade, equilíbrio e precisão na divulgação das informações.

Na visão de Garapon (2001) não existe uma fórmula milagrosa para dirimir ou evitar a colisão entre interesses de quem presta informação, baseados na liberdade de expressão,

e os interesses do indivíduo, baseados no devido processo legal, senão a ponderação dos interesses de cada uma das partes. Ele já apontava o desvirtuamento expresso na associação entre a ilusão da democracia direta e a justiça salvadora.

Para ele a liberdade de informação, sobretudo aquela divulgada pela televisão, desmonta a própria base da instituição judiciária, abalando a organização ritual do processo, de seu iniciar através do próprio procedimento. Trata-se, portanto de uma concorrência na realização da democracia.

A informação desperta a ilusão da democracia direta, por meio das mídias quer virtual ou impressa, o sonho do acesso a verdade, livre de qualquer medicação. Ou seja, enquanto a imprensa mantém o ideal de uma democracia direta, a justiça destaca o debate democrático, um acelera o colapso simbólico o outro a previne (GARAPON, 2001).

Ainda e segundo Garapon (2001 ninguém, em nenhum lugar, pode pretender encarnar sozinho o espaço público. Nem as instituições, nem a mídia que prega informações. Este espaço procede do equilíbrio, até mesmo da tensão, entre um poder instituído e processual, a justiça e um o outro poder, não instituído e livre o prestador destas informações, as mídias, quer impressa ou virtual.

Carpna (2001 destaca que exercer legitimamente um direito não é ater-se apenas em sua estrutura formal, e sim que seja cumprido o fundamento axiológico normativo no qual este é constituído, justificado seu reconhecimento no ordenamento para ser auferido seu exercício.

A liberdade de informação, apesar de ser livre, deve ser exercida, se não houver violação dos direitos consagrados no artigo 5º da Constituição da República, sob pena de abuso. Tendo a sociedade sido constituída em um Estado de Direito, delega a este, a função substitutiva de resolver conflitos na sociedade. Portanto em ocorrendo conflito de ordem penal, que seja estipulado pro-cesso judicial, com consequências determinadas previamente, com aplicação de

pena, esta sendo restritiva de liberdade ou restritiva de direitos.

Direitos Fundamentais

Foi garantido na Constituição Federal que os meios de comunicação têm prerrogativas da liberdade de informação jornalística, não sendo permitido divulgar notícias que ofendam a outras liberdades igualmente garantidas, tais como a vida privada, a intimidade do indivíduo e a presunção da inocência. Quando esta regra não é obedecida, há choques de liberdade e em colisão de direitos fundamentais.

Tal colisão segundo Canotilho (1996) é quando o exercício do Direito Fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do Direito Fundamental por parte de outro titular.

Igualmente pode-se inferir que cabe ressaltar que a liberdade de informação jornalística tem feito vítima a criança e o adolescente, quando na ânsia de vender notícia, transparece na mídia dados que por direito deveriam ter segredo de justiça.

Uma vez que se fala de criança e adolescente estes nem sempre tem sido poupados de informações nefastas da mídia nacional, e vê-se estampado imagem e informação sobre este público que certamente o informante é passível de punição, uma vez que a liberdade de informação jornalística deve ter respeito e ética ao informar.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no art. 3º destaca que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. No art. 4º cita que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

profissionais, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Bem como no seu art. 17, cita que este público tem direito ao respeito este consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais

No art.18, destaca ainda que seja dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, ou seja, quando a mídia informa sobre este público infantil algum desmando público esta infringindo a lei, sendo passível de punição.

Sobre a proteção ao menor face ao respeito à liberdade de informação, o art.70 do ECA que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Importa ressaltar que, valendo-se de uma interpretação ampla deste dispositivo, família, sociedade e Estado serão responsáveis por todas as violações que recaírem sobre crianças e adolescentes, excluindo-se apenas aquelas amparadas legalmente pelo viés da inevitabilidade quais sejam, a força maior e o caso fortuito.

Na constituição de 1988, artigo 5º, destaca que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Portanto e na visão de Alexy (1999) esta colisão de direitos existente no âmbito de informar sem crivo ou ética, ocorre quando algo é vedado por um princípio, e ao mesmo tempo é permitido ao outro recuar diante de tal situação. Em sendo o direito em conflitos, não pode ser hierarquizado, o caso concreto dirá que deve recuar. Ha neste momento conflito entre o interesse a informação e na presunção de inocência em relação ao suposto infrator da lei penal, a imprensa se vale neste caso de informação

para presumir culpa, uma vez que noticiar inocência nunca é notícia.

Shecaira e Correa Jr (2002) destacam que há necessidade de impedir que a colisão dos direitos apresentados, diminua frente à onda de sensacionalismo exposta na mídia atualmente. Deve ser orientada a população e elevado o nível educacional e cultural para que casos que merecem respeito e deveriam estar sobre sigilo e segredo de justiça, principalmente aos que envolvem crianças e adolescentes, venham à tona e sejam banalizados, por grupos interesseiros e sensacionalistas da mídia, que querem na verdade somente ganhar dinheiro e não informar.

Souza Netto (2008) destaca que enquanto isto não ocorre em nosso país, à saída para que os direitos fundamentais em conflito sejam assegurados, a que se ater ao principio da proporcionalidade, é onde a construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito deve exigir a concordância prática, e a harmonização dos conflitos entre bens jurídicos, a fim de se ter solução de combinação, sem ocorrências de sacrifícios de uns, em relação a outros.

Na verdade o principio da proporcionalidade busca solucionar o conflito de forma moderada e equilibrada, a fim de indicar qual dos direitos fundamentais em conflito deve prevalecer.

Em se tratando de criança e adolescente este deve ser tratado com ética, esmero, parcialidade com os culpados devendo ser apenados na forma da Constituição Federal de 1988, no ECA, e mais, indenização por violação dos direitos da personalidade dentre outros.

Quanto à preservação da imagem, de adolescentes e crianças, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitada em sua integralidade na projeção da opinião pública e na liberdade individual. Adolescentes e crianças são detentores do direito a vida privada e a intimidade, embora estes incapazes não estejam dotados de suficiente maturidade em entender fatos ou palavras que possam ser ou não ofensivos a sua honra, não podem ficar desprotegidos juridicamente quando

lhes forem imputadas qualidades desonrosas ou a prática de atos descritivos na lei penal como crime, e na Lei 8.069 de 1990, como atos infracionais.

Conclusão

A vida em sociedade só é possível com organização, daí a necessidade do Direito sendo este criado para que a sociedade pudesse formular as bases da justiça e da segurança, sendo que o Direito não gera o bem estar sozinho, seus valores também não são inventados pelo legislador, ao contrario, expressão da vontade social.

O Direito não corresponde às necessidades individuais de cada pessoa, corresponde sim a uma carência da coletividade de paz, ordem e bem comum. Para o individuo e para a sociedade o Direito não constitui firmem si mesmo, mas apenas meio para tornar possível a convivência e o progresso social. Por este motivo é que o Direito deve estar sempre se refazendo, de acordo com a mobilidade social, pois somente assim será instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.

Sendo por meio de normas jurídicas que este promove seus objetivos, ou seja, os modelos de comportamentos que fixam limite a liberdade humana, impondo determinadas condutas e sanções para aqueles que a violarem.

O Direito de informar e ser informado segundo Lenza (2006) realiza-se na liberdade de informação jornalística através da mídia ou imprensa. Cita ainda que a liberdade de informação jornalística na mídia só existe e se justifica na medida em que os indivíduos têm acesso a uma informação correta e imparcial. Enquanto Silva (2007) infere que sobre as mídias incide além do direito, o dever de informar á coletividade, fatos, acontecimentos e ideias, de forma objetiva sem que sejam alterados seus conteúdos e a verdade ou esvaziar o sentido original da noticia. Ou seja, informar deve ser feito com imparcialidade sem deturpação ou pré-julgamento dos fatos, caso ocorra é possível de punição.

Para Contera (1996) na atualidade os fatos jornalísticos tendem a criar realidades diferentes do que foi retratado ou do fato em si.

Pode-se afirmar que a liberdade de informação constitui-se um círculo essencial, e um meio no qual se empresta efetividade a livre manifestação do pensamento e opinião, dentro de outros direitos fundamentais congruentes.

A liberdade da informação, de opinião e de expressão são partes integrantes do Direito Fundamental de comunicar são em essência, invioláveis. Estes se exercitam na prática, mediante a imprensa livre, a associação aberta com outros meios e o acesso a informação e a rádio difusão independentes.

Em havendo colisão entre direitos fundamentais, cabe à jurisprudência dar solução e guiar-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.

Essas ferramentas de hermenêutica constitucional devem ser aplicadas ao caso concreto, onde um princípio não deve ser excluído para dar lugar ao outro, muito pelo contrário, deve coexistir de forma harmônica, o que é condição *sine qua non* para o funcionamento de uma sociedade democrática. Sendo que a opinião pública não pode substituí-se aos juízes que ela própria delegou para este fim (GARAPON, 2001). A intimidade, a privacidade, a honra e a imagem são os limites jurídicos impostos à liberdade de imprensa.

Ao finalizar este, a expressão da verdade é de que cabe a justiça primar pela punibilidade de meios de informação quer mídias virtuais, ou não, que noticiem fatos e publique imagens que podem macular a vida de crianças e adolescentes, prejudicando seu desenvolvimento e seu bem estar, deve o infrator quer jornalista, radialista, e quaisquer pessoas que se utilizam de meios de comunicação para noticiar estes fatos, punidos, mesmo que a vítima criança, e adolescente, esteja desprovido de capacidade de entendimento e autodeterminação, ainda assim o infrator deve ser punido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. DOXA. Cadernos de filosofia do direito n^o5, Alicante: Universidade de Alicante. 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**, Coimbra: Coimbra editora, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Prefácio de Francisco Cesar Asfor Rocha v.2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11^a. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

CAMPOS, Marco Antonio Magalhães de. **A influência da mídia no Processo Penal**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4^a Ed, Coimbra: Almedina. P. 12-27, 2001.

CONTERA, Malena Segura. **O mito na mídia: a presença de conteúdos arcaicos nos meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2000.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. São Paulo: Renovar, 2001.

COSTA, Isângelo Senna. **Os segmentos de segurança pública em face da colidência entre direitos fundamentais: liberdade de informação versus presunção de inocência**. Brasília. 2006.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida provada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1996.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo** 11^a ed. rev. atual. E ampl. Belo Horizonte. MG. Del Rey, 2008. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?hl=pt> – Acessado em 09.10.2014.

GARAPON, Antoine. O Juiz e a democracia: O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Jairo Eliin.; ROSTELATO, Telma Aparecida. **Direito à informação no processo penal e a era digital-sumária contextualização constitucional.** Âmbito Jurídico. 9/10/2014. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?N_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12575&revista_caderno=9 – Acessado em 10.10.2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia e caso Nardoni:** haverá julgamento objetivo e independente? São Paulo, mai./2009. Disponível em: <www.lfg.com.br.> Acesso em: 10.10.2014.

_____. **Mídia, segurança pública e Justiça criminal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: Acesso em: 09.10.2014.

LEITÃO, Luiz. **A mídia e a liberdade de imprensa.** Jornal da mídia: dez. 2006. Disponível em www.jornaldamidia.com.br/noticia/A_presuncao_da_inocencia_e_a_libe.shtml>. Acesso em: 08.10.2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 10. ed. São Paulo: Método. 2006.

LONGO, Ana Carolina Figueiró. **Liberdade de imprensa e processo penal.** DPU Nº 21 – Maio-Jun/2008 – Doutrina. 2008.

MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e Crime:** liberdade de informação jornalística e presunção de inocência. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106-122, ago. 2010.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência & excessos da mídia.** Associação dos magistrados do Paraná: Curitiba, jan. 2009. Disponível em: <http://www.amapar.com.br/modules/noticias>. Acesso em: 10.10.2014.

PENA, Felipe. **Teoria do Jornalismo.** São Paulo: Contexto, 2007.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação.** Petrópolis: Vozes, 1999.

SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Preocupações com a era da informação e a desformalização penal.** Boletim IBCCRIM: (LOCAL), mar. Vol. 196, p. 10, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 15ª ed. Malheiros. 2007.

SCHREIBER, S. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão, et al. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. Revista brasileira de ciências criminais: São Paulo, n.º. 10, p. 137. 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. Teorias da Pena. In: **Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Revista brasileira de ciências criminais: São Paulo. v. 10, p. 137. 2008.

_____. **A mídia e o Direito Penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 45, p. 16, ago. 1996.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. A colisão de direitos fundamentais: o direito à privacidade como limite da liberdade de informação. <http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoJuizJos%C3%A9Laurindo-SouzaNetto.pdf> – Acesso em: 10.10.2014.

Gerfran Carneiro Moreira

Juiz do Trabalho – TRT 11^a Região
Mestre em Direito do Estado (PUC-SP)
Professor de Direito Constitucional

LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO: NAS ESQUINAS DA POLÍTICA, DA CIDADANIA E DO TRABALHO

Resumo: O artigo cuida de dois casos referentes à liberdade de expressão no contexto das relações entre pessoas jurídicas e governo, entre pessoas jurídicas e seus empregados, e também a liberdade de informação e a importância do jornalismo na sociedade brasileira contemporânea.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais – Liberdade de expressão -- Liberdade de informação -- Dispensa injusta do empregado -- Liberdade de trabalho.

Abstract: This paper brings a study on two cases involving freedom of speech in relationships between legal entities and government, between legal entities and their employees, and also freedom of press and the relevance of journalism in brazilian contemporary society.

Keywords: Fundamental Rights – Freedom of Speech – Freedom of Press – Unfair Dismissal of Employees – Freedom of Labour.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Primeiro caso - Banco Santander e a expressão de uma opinião. 2.1. Apresentação. 2.2. A liberdade de opinião como direito fundamental. 2.3. Opinião “do ban-co” sobre contexto econômico e político: alguma ilegalidade? 2.4. A dispensa de funcionário por manifestação de opinião política. – 3. Segundo caso - Centroavante não precisa fazer gols? 3.1 Apresentação. 3.2. A Liberdade de imprensa e o trabalho do jornalista. – 4. Referências.

1. Introdução

No presente trabalho, examinaremos dois episódios recentes do panorama social brasileiro. Ambos dizem respeito ao exercício concreto das liberdades fundamentais de expressão e de informação.

O primeiro caso é o da dispensa de um funcionário de um grande banco, responsabilizado pela divulgação de prognósticos de mercado relacionados ao processo eleitoral. O segundo reporta-se ao papel da imprensa e dos jornalistas na sociedade brasileira.

São fatos aparentemente singelos, mas que merecem reflexão. As referências bibliográficas, considerando a contemporaneidade dos fatos, serão basicamente as matérias jornalísticas que os retrataram, aliadas a uma análise bastante pessoal que decidimos fazer. Agrada-nos esse tipo de enfoque - sobre fatos à primeira vista fugazes - porque, no fim das contas, parece que a História é feita muito mais de pequenos acontecimentos do que de eventos de grande impacto.

2. Primeiro caso - Banco Santander e a expressão de uma opinião

2.1. Apresentação

Em julho de 2014, alguns clientes do Banco Santander receberam a seguinte mensagem seus extratos:

A economia brasileira continua apresentando baixo crescimento, inflação alta e déficit em conta corrente.

A quebra de confiança e pessimismo crescente em relação ao Brasil em derrubar ainda mais a popularidade da presidente, que vai caindo nas últimas pesquisas, e que tem contribuído para a subida do Ibovespa. Difícil saber até quando vai durar esse cenário e qual será o desdobramento final de uma queda ainda maior de Dilma Rousseff nas pesquisas. Se a presidente se estabilizar ou voltar a subir nas pesquisas, um cenário de reversão pode surgir. O câmbio voltaria a se desvalorizar, juros longos retomariam alta e um o índice da Bovespa caíra, revertendo parte das altas recentes. Esse último cenário estaria mais de acordo com a deterioração de nossos fundamentos macroeconômicos. Diante desse cenário, converse com o seu Gerente de Relacionamento Select para alocar seus investimentos da maneira mais adequada ao ser perfil de investimento.

Como é sabido, essa missiva, própria da relação entre a instituição financeira e seus clientes, gerou reação vigorosa por parte da autoridade mencionada no texto (a chefe do governo brasileiro, candidata à reeleição naquele momento). A mais curiosa resposta, porém, veio do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva²:

“Não tem nenhum lugar do mundo em que o Santander esteja ganhando mais dinheiro do que no Brasil. Aqui ele ganha mais do que em Nova York, mais do que em Londres, do que em Pequim, Paris, Madri, Barcelona”, disse o ex-presidente na noite de segunda-feira, ao participar da 14ª plenária da CUT em Guarulhos, na região metropolitana de São Paulo.

1 http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2014/07/25/internas_economia,551821/santander-diz-a-clientes-que-economia-pode-piorar-se-dilma-subir-nas-pesquisas.shtml Jornal O Estado de Minas. Acesso em 13/10/2014.

2 <http://www.valor.com.br/politica/3629870/santander-ganhou-mais-no-brasil-do-que-no-resto-do-mundo-diz-lula#ixzz3G2X8w8Nv> Acesso em 13/10/2014.

Em recado ao presidente do Santander, Emilio Botín, Lula atacou a posição do banco emitida no documento, voltado a clientes com renda superior a R\$ 10 mil por mês. “Ô, Botín, é o seguinte, querido: eu tenho consciência de que não foi você que falou. Mas essa moça tua que falou não entende porra nenhuma de Brasil, nem do governo Dilma. Manter uma mulher dessas num cargo de chefia, sinceramente... Pode mandar ela embora e dar o bônus dela para mim, que eu sei como é que eu falo”, disse Lula. “Para nós é o seguinte: esse país não vai jogar fora a confiança que conquistou”.

É preciso sublinhar: o ex-presidente, que fez história como defensor da classe trabalhadora, aparece aqui tratando o presidente de uma instituição bancária multinacional com hilária intimidade, sugere a dispensa de uma bancária e a ofende em baixo calão. E o pior aconteceu: uma pessoa (não identificada) foi despedida do banco por ter sido responsabilizada pela mensagem aos clientes³.

2.2. A liberdade de opinião como direito fundamental

A liberdade de expressar ideias, de opinar sobre os fatos do universo, faz parte da primeira ordem de direitos fundamentais expressos em leis formais. Com efeito, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴, de 1789, já continha os seguintes dispositivos:

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

³ <http://oglobo.globo.com/brasil/presidente-do-santander-confirma-demissao-por-informe-sobre-dilma-13421413> Acesso em 13/10/2014.

⁴ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

Nos Estados Unidos da América, a primeira emenda à Constituição de 1787, promulgada em 1791 no corpo do chamado *Bill of Rights*, registra que “o Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo se reunir pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de injustiças”⁵.

No Brasil, a Constituição de 1988 traz a liberdade de opinião no contexto de vários direitos fundamentais que se entrelaçam:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

...

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença re-religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)

Doutrinariamente, colhemos sintética definição deste direito fundamental da lavra de Jacques Robert⁶, citado por Jean-Jacques Israel⁷:

5 <http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/pamphlet/2013/05/20130503146797.html?CP.rss=true#ixzz3GDwoTkKw> (Página vinculada à Embaixada dos Estados Unidos da América no Brasil). Acesso em 15/10/2014.

6 ROBERT, J. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 6.ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 528 apud ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005, p. 485.

7 ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005, p. 485.

A liberdade de opinião - também liberdade das opiniões - é a liberdade de pensamento por excelência. Insuscetível de atentados em uma acepção estrita uma vez que é interna ao indivíduo, a liberdade de opinião se manifesta também de forma natural e, nesse caso, ela se torna expressão.

Considerando essa segunda acepção, o professor Robert a define como “a liberdade de cada indivíduo de adotar, em qualquer domínio, a atitude intelectual de sua escolha, quer se trate de uma atitude interior, de um pensamento íntimo ou de uma tomada de posição pública. Em suma, liberdade para cada homem de pensar e de dizer o que ele acredita ser verdadeiro”. Nesse sentido, a liberdade de opinião é, portanto, composta pela liberdade que possui todo indivíduo de pensar o que ele quiser (liberdade de opinião) e pela liberdade de expressar seu pensamento (liberdade de expressão).

Por fim, registra-se que a liberdade de opinião foi alçada ao *status* de direito internacionalmente reconhecido, conforme dispositivo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1996⁸:

Artigo 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

⁸ Extraído de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em 15/10/2014. O Pacto é de 16/12/1966 e foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto 592, de 24/07/1992.

Do que se expôs até aqui, não deveria existir nenhuma dúvida na sociedade brasileira (e em nenhum outro lugar) a respeito da aplicação deste direito fundamental. Tampouco deveríamos vivenciar, como vez ou outra nos ocorre, esforços no sentido de reprimir ou censurar a livre expressão, cuja limitação - bastante excepcional - só encontraria alguma guarida nas exceções do item 3 do artigo 19 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Mas, passemos ao exame do problema apresentado.

2.3. Opinião “do banco” sobre contexto econômico e político: alguma ilegalidade?

Partimos, aqui, da certeza de que a liberdade de opinião é um direito fundamental amplo e, como todos os direitos fundamentais, é dotado da característica da essencialidade. Também já nos é claro que o direito abraça todas as pessoas naturais. Mas, o que dizer da expressão de uma opinião “corporativa”, isto é, uma opinião veiculada por uma pessoa jurídica, que manifesta uma visão típica de uma coletividade de pessoas naturais? Poderia, enfim, uma pessoa jurídica sofrer restrição em suas “opiniões” sobre o contexto econômico em que se insere?

Ora, se, como leciona Carlos Roberto Gonçalves⁹, “as pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações”, é inevitável a ilação de que dentre esses direitos de que são titulares está o de manifestar posicionamentos de seu interesse a respeito de tudo que lhes interesse. A *personalidade* da pessoa jurídica implica admitir-se que ela, definitivamente longe de ser uma “ficção”, seja veiculadora de ideias, obviamente derivadas de serem essas ideias uma extensão da vontade de uma ou algumas pessoas físicas (administradores, sócios, assembleia geral, etc), merecem a proteção integral prevista na Constituição¹⁰.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, v.1. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 187.

10 Um exemplo em sinal inverso, também de fato recente, acrescenta a essa reflexão. O Banco Central do Brasil ajuizou queixa-crime, por alegada injúria, contra o jornalista e ex-diretor seu, Alexandre Schwartzman, o qual teria dirigido palavras ofensivas à atuação da instituição. Enfim, pessoa jurídica também pode alegar ser vítima de ofensas a sua personalidade. Tem o direito, portanto, de se expressar e de, se for caso, defender-se da expressão “do outro”. Notícia pode ser

Uma instituição bancária, portanto, não pode estar limitada em seu direito de, por exemplo, publicar análises de mercado ou sugestões aos clientes: isto é, para ela, exercício de livre manifestação do pensamento, que não pode ser objeto de censura, prévia ou posterior (art. 5º, IX, da Constituição Federal).

No exemplo apresentado, lembramos, o da mensagem enviada pelo Banco Santander a certo segmento de clientes, foi absolutamente desarrazoada a reação de representantes do governo brasileiro, os quais demonstraram intolerância à crítica e à livre manifestação de uma pessoa jurídica brasileira. Esta, por seu turno, achou por bem pedir desculpas¹¹, por intermédio de seu então presidente (que pouco tempo depois veio a falecer), decisão que estava no âmbito de sua livre vontade.

Mas sobrou para um empregado...

2.4. A dispensa de funcionário por manifestação de opinião política

Em 29/07/2014, foi publicada a informação de que o(a) empregado(a) responsável pela polêmica mensagem foi despedido(a) pelo banco¹².

Agora, estamos diante de uma outra dimensão do episódio. Até aqui adotamos a concepção de que a opinião sobre os efeitos de certa política econômica ou o palpite sobre a eleição era uma manifestação da empresa. Esta ideia adotamos a partir da presunção de que um empregado de uma empresa como o banco em questão, empenhado em oferecer orientações de mercado a um grupo de clientes, tem alguma liberdade para essa atuação. Com efeito, entre os clientes de maior poder aquisitivo é natural que exista essa confiança nos gerentes de investimento, os quais são, muitas vezes, incentivados a manter

vista, por exemplo, em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pressionado-banco-central-desiste-de-acao-contra-schwartzman,1557304>

11 <http://www.valor.com.br/eleicoes2014/3627308/pt-diz-que-santander-pediu-desculpas-dilma-e-demitiu-funcionario> Acesso em 13/10/2014.

12 <http://oglobo.globo.com/brasil/presidente-do-santander-confirma-demissao-por-informe-sobre-dilma-13421413>

maior proximidade com esses clientes, inclusive com atendimento em canais diferenciados. Geralmente, esses gerentes ocupam posições de chefia e estão sujeitos a um regime de trabalho diferenciado, notadamente no que tange ao controle de jornada de trabalho (artigo 224, § 2º da CLT).

É, então, um contrasenso que um funcionário com certa autonomia para se relacionar com a clientela, buscando, com presumida boa-fé, adverti-la sobre as possíveis instabilidades do mercado, possa ser despedido por ter emitido uma opinião, a qual não pode ser, *a priori*, julgada “certa” ou “errada”.

Imaginemos, por exemplo, que opinião fosse: “Cliente, é possível que o dólar suba de cotação se o Partido Republicano conquistar a maioria no Senado dos Estados Unidos”. Pode ser censurada essa opinião? Em que ela difere de um prognóstico sobre a eleição brasileira? Caberia censura neste segundo caso?

Evidentemente, se já se apontou anteriormente que não cabia a censura à instituição bancária pela manifestação emitida em correspondência de sua responsabilidade, com maior razão não se pode admitir a censura ao empregado que a redigiu no exercício de sua função na empresa. Pior ainda é saber que essa censura ainda se materializa na dispensa de um empregado.

Essa dispensa, de cujos pormenores pouco se sabe, é provavelmente revestida de máxima arbitrariedade.

Em primeiro lugar, por tudo que já expusemos, é inadmissível que alguém seja despedido pela mera expressão de uma opinião, máxime quando se cuida de posicionamento político. É possível pensar-se em alguma norma empresarial que recomende evitar-se o proselitismo, mas é uma violência contra os direitos fundamentais que o empregado se torne desempregado apenas por manifestar um pensamento.

Também, num regime constitucional que privilegia a livre iniciativa, deve-se repelir que empresas vivam alguma forma de atrelamento ao governo da época ou, no outro extremo, sirvam de mero instrumento de oposição ao governo. As empresas de-vem ser livres, nos limites do que prescreve a Constituição

Federal, exercendo sua lícita atividade e cumprindo sua função social, e não deveriam mesmo ter de “pedir desculpas” a este ou aquele grupo político ou ideológico para, por hipótese, evitar perseguição política e consequente prejuízo a seus negócios.

Diante disso, é forçoso criticar, sob o prisma do Direito Positivo vigente no Brasil e no plano internacional, e também sob o ângulo da Ciência do Direito, as condutas das autoridades brasileiras e da empresa envolvida na episódio, que deve servir de lição sobre o que **não se deve fazer, no presente e no futuro.**

3. Segundo caso - Centroavante não precisa fazer gols?

3.1. Apresentação

Surpresa, como grande parte da sociedade, com informações sobre possíveis atos ilícitos cometidos na gestão da Petrobras, a Presidente da República, em meados de setembro de 2014, assim reagiu¹³:

“(...) Pedirei ao ministro Teori a mesma coisa: quero ser informada se no governo tem alguém envolvido. Não tenho porque dizer que tem alguém envolvido, porque não reconheço na revista “Veja” e nem em nenhum órgão de imprensa o status que tem a PF, o MP e o Supremo. Não é função da imprensa fazer investigação e sim divulgar informações. Agora, ninguém diz que a informação é correta. Não prejulgo, mas também não faço outra coisa: não comprometo prova. Porque o câncer que tem nos processos de corrupção é que a gente investiga, investiga, investiga e ainda continua impune.(...)”

Dando de barato a prosaica intimidade que permitiria à presidente “pedir ao ministro”, como quem pede o sal emprestado da vizinha, o que pretendemos responder é: a visão da Chefe de Estado brasileira estaria de acordo com a concepção de liberdade veiculada pela Constituição Federal?

¹³ <http://oglobo.globo.com/brasil/papel-da-imprensa-nao-o-de-investigar-sim-divulgar-informacoes-diz-dilma-sobre-escandalos-13987097#ixzz3GDmWT2sx> Acesso em 15/10/2014.

3.2. A Liberdade de imprensa e o trabalho do jornalista

A liberdade de imprensa é uma extensão da própria de liberdade de pensamento e de expressão deste. A concepção é de que, além de expressar as ideias, deve haver o direito de divulgá-las, amplificando o ambiente de exercício das liberdades. Os artigos 5º, XIV, e 220 da Constituição Federal, neste sentido, são condutores dessa postura moderna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A questão é: liberdade de imprensa significa só “divulgar” ou a atividade da imprensa livre também pressupõe fiscalizar a atividade dos governos?

Na sociedade contemporânea, o direito à informação contempla muito mais do que o acesso à “divulgação” supostamente neutra dos fatos. Assim ensina Kildare Gonçalves Carvalho¹⁴:

¹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 518.

(...) A informação jornalística se compõe pela notícia e pela crítica. A notícia traduz a divulgação de um fato cujo conhecimento tenha importância para o indivíduo na sociedade em que vive, e a crítica denota uma opinião, um juízo de valor que recai sobre a notícia

No plano evolutivo dos Direitos Humanos Fundamentais, então, o direito à informação, na magnitude que se pretende, isto é, a da informação que não é neutra, que é crítica, que é investigativa e fiscalizadora do que é público, constitui um direito além das liberdades clássicas, dos direitos sociais ditos de *segunda geração* ou mesmo dos direitos de solidariedade (e.g., meio ambiente), tidos como da terceira geração ou dimensão. A informação seria, na visão, por exemplo, de Paulo Bonavides, um direito de *quarta dimensão*, inerente à globalização, tal qual a democracia e ao pluralismo¹⁵.

Esse direito, que tem, assim, vínculo umbilical com a democracia pressupõe olhos sempre voltados à gestão da coisa pública - isso é inevitável nas sociedades que se pretendem plenamente democráticas. Isso, se é moderno, já era, contudo, cogitado há cerca de dois séculos por Thomas Jefferson, em sua célebre frase¹⁶:

"(...) were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers, or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter."

Em tradução livre de nossa lavra:

"(...) se me fosse dado decidir entre ter governo sem jornais ou jornais sem governo, eu não hesitaria em ficar com a segunda opção."

O Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

15 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 571-2.

16 http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendI_speechs8.html. Acesso em 16/10/2014.

n. 130, assentou peremptoriamente que “o Estado não controla a imprensa; a imprensa controla o Estado”¹⁷.

Com tudo isso, é totalmente descabido que a autoridade máxima de um estado democrático declare algo tão dissonante do que prega a Constituição Federal. Algo que, na percuciente observação de Fernando Gabeira¹⁸, equivale a dizer que o “o papel do centroavante não é o de fazer gols”. O papel moderno do jornalismo e dos jornalistas é, sim, informar, mas informar na acepção que está conforme a doutrina democrática dos Direitos Fundamentais: divulgar a informação, mas, além disso, criticar, opinar e fiscalizar, funções em virtude das quais a Constituição ainda garante o sigilo da fonte (art. 5º, XIV).

E, como arremate, como profissão de fé, é preciso repelir vigorosamente, em nome da Democracia, todo tipo de projeto ou proposta que, sob o enganoso pretexto de “democratizar a mídia”, tenda a um “controle social” dos meios de comunicação. Não existe nenhum caminho verdadeiramente democrático fora da liberdade.

4. Referências

4.1. Livros e periódicos BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (orgs.). *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

17 LOPES, Júlio Antonio; DURÃES FILHO, Olivar. A ADPF 130/09 e os novos paradigmas para enfrentamento das questões de imprensa. In: LOPES, Júlio Antonio; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes, 25 Anos de Constituição Cidadã - Estudos em Homenagem ao Relator J. Bernardo Cabral. Manaus: Editora da Amazônia, p. 413.

18 GABEIRA, Fernando. Papel de centroavante não é o de fazer gols. O Estado de S. Paulo, 26/09/2014, p. A-2.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, Salvador, PODIVM, 2008.

GABEIRA, Fernando. *Papel de centroavante não é o de fazer gols*. O Estado de S. Paulo, 26/09/2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquemático*, v.1. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

LOPES, Júlio Antonio; DURÃES FILHO, Olivar. *A ADPF 130/09 e os no-vo paradigmas para enfrentamento das questões de imprensa*. In: LOPES, Júlio Antonio; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes, *25 Anos de Constituição Cidadã - Estudos em Homenagem ao Relator J. Bernardo Cabral*. Manaus: Editora da Amazônia, pp. 406-430.

4.2. Sites

Embaixada dos Estados Unidos da América no Brasil:

[http://iip.digital.usembassy.gov/st/portugueselpam-phlet/2013/05/20130503146797.html?](http://iip.digital.usembassy.gov/st/portugueselpam-phlet/2013/05/20130503146797.html?CP.rss=true#ixzz3GDwoT-kKw)

[CP.rss=true#ixzz3GDwoT-kKw](http://iip.digital.usembassy.gov/st/portugueselpam-phlet/2013/05/20130503146797.html?CP.rss=true#ixzz3GDwoT-kKw) Acesso em 15/10/2014.

O Estado de Minas (jornal):

http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2014/07/25/internas_economia,551821/santander-diz-a-clientes-que-economia-pode-piorar-se-dilma-subir-nas-pesquisas.shtml Acesso em 13/10/2014.

O Estado de S. Paulo (jornal):

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pressionado-ban-central-desiste-de-acao-contra-schwartzman,1557304> Acesso em 15/10/2014.

O Globo (jornal):

<http://oglobo.globo.com/brasil/papel-da-imprensa-nao-o-de-investigar-sim-divulgar-informacoes-diz-dilma-sobre-escandalos-13987097#ixzz3GDmWT2sx> Acesso em 15/10/2014.

<http://oglobo.globo.com/brasil/presidente-do-santander-confirma-demissao-por-informe-sobre-dilma-13421413> Acesso em 13/10/2014.

Palácio do Planalto, legislação:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em 13/10/2014,

Universidade de Chicago:

http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendI_speechs8.html. Acesso em 16/10/2014.

Universidade de São Paulo:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 16/10/2014.

Valor Econômico (jornal):

<http://www.valor.com.br/politica/3629870/santander-ganhou-mais-no-brasil-do-que-no-resto-do-mundo-diz-lula#ixzz3G2X8w8Nv>
Acesso em 13/10/2014.

Erik Lorenzo Silva

Advogado

LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE IMPrensa QUANTO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

INTRODUÇÃO

A Liberdade de Imprensa é o direito de disponibilizar-se o acesso à informação sem interferência de terceiros, alheios à vontade daquele que o dispõe, promovendo a possibilidade de diversos pontos de vista e troca de ideias sobre a informação veiculada.

Previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, a Liberdade de Imprensa é um dos pilares do estado democrático de direito, sendo esta, a Imprensa, tida por muitos como um quarto poder, tamanha sua influência na vida cotidiana da população brasileira.

No entanto, conforme demonstraremos nas páginas a seguir, tal liberdade não pode ser tida como ilimitada, devendo estar em consonância com os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal, sem qualquer relação de preeminência ou subordinação.

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Desde os tempos de Império a censura é presença na nossa história. Depois, já na República, principalmente com a ditadura

Vargas e a ditadura militar instaurada a partir de 1964, o jornalismo político culminou por dizimado.

O regime militar do país, compreendido entre 1964 e 1985, representou os piores momentos do país. O período foi marcado por perseguições políticas a quem se opunha de forma contrária ao governo e à censura, a quem jornalistas, músicos e escritores tinham suas obras e artigos submetidos à análise para que fosse decidido pelos militares se tais poderiam ou não ser publicados.

Em seu trabalho de pesquisa, Patrícia Bandeira de Melo destacou que, nos 21 anos de véu negro sobre o País, o Congresso Nacional foi fechado três vezes e os Poderes Judiciário e Legislativo (este reaberto após um período de fechamento e de cassação de vários parlamentares) foram mantidos em funcionamento para salvar as aparências. Em 1970, um decreto-lei do presidente Emílio Garrastazu Médici determinou a censura prévia de periódicos, visando a proibir a publicação de obras que atentassem a moral e os bons costumes. Vícios, casamentos desfeitos e programas de apelo à caridade foram censurados, seja por ferir a moral, seja para que não se mostrassem pessoas defeituosas para o público¹.

Com o advento do AI-5, que se sobrepôs à Constituição de 67 Constituições estaduais, restaram conferidos plenos poderes ao presidente da República, como a proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política², excluindo de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares bem como os respectivos efeitos³. Aprovado em reunião do Conselho de Segurança Nacional, cuja ata registra um dos episódios mais lamentáveis de nossa história, constando somente um dos membros do Conselho, o vive-presidente Pedro Aleixo, colocando-se contrário à medida que estava prestes a ser implantada, conforme trecho extraído da obra de Júlio Antônio Lopes⁴:

1 MELO, Patrícia Bandeira de. Um passeio pela História da Imprensa: O espaço Público dos grunhidos ao ciberespaço.

2 AI n° 5, artigo 5°, III.

3 AI n° 5, artigo 11.

4 Lopes, Júlio Antônio. Bernardo Cabral – Um Estadista da República, 1ª Edição, p; 21.

“(...) Nessa oportunidade, pois, o que me parece mais aconselhável, seria antes do exame de um ato institucional, seria a adoção de uma medida de ordem constitucional que viesse a permitir um melhor exame do caso em todas as suas consequências. Essa medida seria a suspensão da Constituição por intermédio do estado de sítio. Acrescento, Sr. Presidente, que da leitura que fiz do Ato Institucional, cheguei à sincera conclusão de que o que menos se faz nele é resguardar a Constituição que no artigo primeiro se declara preservada. (...). Porque da Constituição, que é antes de tudo um instrumento de garantia de direitos políticos, não sobra nos artigos posteriores absolutamente nada que possa ser razoavelmente apreciável, como sendo uma caracterização do regime democrático. (...). Pelo Ato Institucional, o que me parece, adotado esse caminho, o que nós estamos, é uma aparente ressalva de existência, dos vestígios dos poderes constitucionais existentes em virtude da Constituição de 24 de janeiro de 1967, é instituído um processo equivalente a uma própria ditadura. (...). Do ponto de vista jurídico, eu entendo que o Ato Institucional elimina a própria Constituição”.

Posteriormente, em 1968, foi criado o Conselho Superior de Censura. O chamado livro negro da censura foi um caderno de capa preta, onde se estabeleceram as regras do que podia e do que não podia ser publicado, segundo os censores.

Com o final do regime militar, o país passou então a necessitar de uma nova Constituição para instituir um estado democrático de direito e, em 1985, cumprindo uma das promessas de campanha da Aliança Democrática, chapa pela qual havia sido eleito, o presidente José Sarney deu início aos debates sobre a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, cuja função seria a de elaborar e aprovar o novo texto constitucional.

Como citado por Alexandre de Moraes, o preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, consistindo em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios,

demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado⁵.

“Essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria [...] O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semear!” (Ulysses Guimarães).

Com essas palavras que o deputado Ulysses Guimarães encerrou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, da qual era presidente, em 27 de julho de 1988. Estava, assim, aprovada a nossa mais nova Carta Magna, que recentemente completou 25 anos, consagrando, dentre tantos direitos, o da liberdade de imprensa.

DA PREVISÃO LEGAL E SUA LIMITAÇÃO

Prevista no artigo 220 da Constituição Federal, no capítulo que trata da comunicação social, onde restou estabelecido que **“a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”**, a liberdade de imprensa, direito alcançado na “Constituição Cidadã”. E, ali mesmo, também ganhou sua limitação, devendo ser harmônica com os demais direitos previstos na Carta Magna, para salvaguardá-los.

Como mencionado por Marcelo Novelino, a **manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação**, sob qualquer forma, processo ou veículo foram protegidas contra qualquer restrição que não seja decorrente da própria Constituição, vedando-se em seu parágrafo primeiro, a criação de dispositivos legais incompatíveis com a **plena liberdade de informação jornalística** em qualquer veículo de comunicação social, ressaltando-se expressamente alguns direitos individuais com os quais o exercício desta liberdade

5 DE MORAIS, Alexandre, Direito Constitucional, 9ª Edição, p. 46-47.

deve ser harmonizado, quais sejam, a vedação do anonimato (CF, art. 5.º, IV), o direito de resposta proporcional ao agravo (CF, art. 5.º, V), o direito à privacidade (CF, art. 5.º, X), a liberdade profissional (CF, art. 5.º, XIII) e a proteção ao sigilo da fonte (CF, art. 5.º, XIV)⁶, ao final, restando vedado em seu parágrafo segundo, toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística no âmbito da comunicação social.

No entanto, tal direito, como previsto no mencionado artigo, esbarra-se na prevalência da privacidade, mesmo tratando-se de pessoa notória. A notoriedade não autoriza nem exclui o direito ao mínimo de intimidade a ser preservado quando há um mero interesse lucrativo e sensacionalista⁷.

A imprensa vive da divulgação de fatos, exercendo importante papel na sociedade, tamanho o seu poder de influência no pensamento tanto nas decisões do cotidiano quanto nas de maior relevância, porém seu direito de exercê-lo não é absoluto, sendo cabível a responsabilização dos divulgadores nos casos de abuso de direito.

Acerca do tema, é imperioso trazermos à baila os julgados abaixo:

*RECURSO ESPECIAL (ART. 105, INC. III, a e c, CF/88)-
AÇÃO CONDENATÓRIA - MATÉRIA JORNALÍSTICA -
COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E A
PROTEÇÃO À HONRA OBJETIVA DE PESSOA JURÍDICA
- TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE -
INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM
PROCEDENTE O PEDIDO VEICULADO NA DEMANDA,
RECONHECENDO A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, AO
REPUTAR CARACTERIZADA A NEGLIGÊNCIA DO ÓRGÃO
DE IMPRENSA AO NÃO CONFERIR A VERACIDADE DAS
INFORMAÇÕES OBJETO DA REPORTAGEM OFENSIVA.
INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA JORNALÍSTICA.
1. No tocante à alegada ofensa aos artigos da Constituição
Federal, tem-se por inviável a análise de contrariedade a*

6 NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional, 8ª Edição, p. 930.
7 Zuliani, Ênio Santarelli e Brunhari, Andréa de Almeida. Princípios Constitucionais e Direito de Imagem. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n° 51 – Nov/Dez de 2012

dispositivos constitucionais, nesta via recursal, o que implicaria a usurpação de competência atribuída ao eg. Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102). 2. A partir de uma interpretação sistemática e sob a perspectiva do princípio da unidade da Constituição, infere-se que a liberdade de informação jornalística não detém caráter absoluto, de modo a ser mitigada nas hipóteses previstas no artigo 5º e incisos ali enumerados, isto é, em se tratando de direitos e garantias relacionadas aos direitos de personalidade. Especificamente quanto à pessoa jurídica, a extensão de tais direitos de personalidade e sua respectiva tutela/proteção encontra-se prevista no artigo 52 do Código Civil, ao assim dispor: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. 3. Não se olvida da impossibilidade de se impor à imprensa um rígido dever de veracidade, pois é apenas exigível um compromisso ético com a informação verossímil, consoante já decidiu esse Colegiado (Cf. REsp 680.794/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010; REsp 1294474/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 12/02/2014). Todavia, no caso em tela, ainda que incontroversa a existência de demanda judicial na qual se discutia suposto inadimplemento contratual, bem assim que os fatos relatados foram objeto de inquérito policial, a forma/o modo com que se narraram as informações, consignando afirmações categóricas quanto à prática de golpe internacional no mercado de pescados e, ainda, ao expor, impositivamente, que a importadora norte-americana fora enganada, tendo recebido produtos estragados, diversos daqueles solicitados (“empresa compra camarão e recebe lula”), revelam ter a empresa jornalística ultrapassado o mero animus narrandi. Portanto, inegável que a matéria jornalística, ao atribuir à autora conduta desonrosa, maculou sua imagem, um dos principais direitos da personalidade reconhecidos às pessoas jurídicas e, vale afirmar, bem de valor inestimável no âmbito comercial (honra profissional). Efetivamente, em não tendo a recorrente se limitado a noticiar eventual desentendimento entre as empresas contratantes, tecendo comentários ofensivos à imagem da autora, inafastável o dever de indenizar/compensar os danos extrapatrimoniais daí advindos. 4. No que tange ao quantum indenizatório, aplicável o óbice da súmula 7/STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico das partes, com razoabilidade, bom senso e com atendimento às peculiaridades do caso.

5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, DESPROVIDO. STJ. 4ª TURMA. PROCESSO: REsp 1407907 SC 2013/0327526-0. RELATOR: MIN. MARCO BUZZI. JULGAMENTO: 02/06/2015. PUBLICAÇÃO. DJe 11/06/2015. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/ C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA DIVULGADA PELA IMPRENSA. FALSA IMPUTAÇÃO DE CRIME. ATO ILÍCITO CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO. RAZOABILIDADE. PEDIDO DEDESAGRAVO. NOTA DE RETRATAÇÃO UMA ÚNICA VEZ. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO DA REQUERIDA PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO – *A Constituição Federal assegura a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem qualquer restrição. Contudo, tal liberdade encontra limites e condicionantes, de maneira que não pode ser exercida de modo a infringir ou violar direitos de personalidade, que também tem proteção constitucional. Ao imputar a falsa prática de crime ao autor, a requerida agiu com negligência na apuração dos fatos, o que justifica a indenização por danos morais, cujo valor arbitrado se mostra razoável para a adequada reparação e atende ao caráter pedagógico-punitivo da fixação de modo a prevenir a reiteração da conduta ilícita. A determinação de nota de retratação constitui parte integrante do direito à reparação civil pelo dano sofrido, o que deve ser realizado nas mesmas condições da reportagem causadora do dano, por uma única vez.* (TJMT; APL 4386/2018; Capital; Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges; Julg. 11/04/2018; DJMT 13/04/2018; Pág. 114)

LIBERDADE DE IMPRENSA X DIREITOS DE PERSONALIDADE

Por força do princípio da unidade da Constituição, não há uma hierarquia jurídica entre normas constitucionais, embora há quem sustente a existência de uma hierarquia axiológica, pela qual determinadas normas influenciariam o sentido e alcance de outras, independentemente de uma superioridade formal.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu dispositivos expressos à tutela da personalidade, assegurando o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por

*dano material, moral ou à imagem, sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*⁸.

Dessa forma, para evitar o conflito do interesse público com o interesse privado, deve-se harmonizar o direito de liberdade de imprensa com o direito de personalidade, aplicando-se ao caso concreto o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Como citado por Pedro Frederico Caldas⁹, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o *grau de exposição pública* da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos notórios se sujeita a um parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Registre-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal por ocasião da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130/DF, quando o Ministro Carlos Britto¹⁰ manifestou-se em seu voto:

“(...) primeiramente, assegura-se o gozo dos sobre direitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais

8 Constituição Federal de 1988. Art. 5°, V e X.

9 Caldas, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral, 1997, p. 99 e ss.; e Miguel Angel Alegre Martínez, El derecho a la propia imagen, 1997, p. 120 e ss

10 Britto, Min. Carlos. STF, ADPF n. 130/DF, DJ. 30.04.2009.

alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisa à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa”.

Com isso, sempre se deve buscar um ponto de equilíbrio entre a situação fática, a ética profissional e os direitos fundamentais previstos na Constituição e legislação infraconstitucional, de modo a não tornar desarmônicos os direitos à liberdade de imprensa e com os de personalidade, preservando-se a essência de cada um dos direitos.

Nesse diapasão, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, senão vejamos:

Na solução de conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, “no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. No caso sub judice o autor teve sacrificada sua honra, sua intimidade, durante o programa “Trajeto Verdade, conduzido pelo radialista Cláudio e transmitido pela ré Radio Portal. Presente a violação a direito de personalidade, causada por abuso no exercício da liberdade de expressão e informação, a reparação do dano correspondente mostra-se imperativa. DANO MORAL. FIXAÇÃO. Fixação do montante indenizatório considerando o equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo compensatório-compensatórioda reparação. Precedentes desta Corte de Justiça e do STJ. APELAÇÃO DE CLÁUDIO

DESPROVIDA. APELO DA RÁDIO
PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº
70027820091, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça
do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em
26/11/2009. Data de Julgamento: 26/11/2009 Publicação:
Diário da Justiça do dia 11/01/2010).

Portanto, se por um lado a limitação da liberdade de imprensa pode significar (para alguns) uma forma de censura, por outro, sua ampla e total liberdade pode violar os outros direitos constitucionais, como é o caso do direito à personalidade. O equilíbrio entre os direitos deve sempre estar presente, para que não reste caracterizado abuso de direito e a consequente responsabilização, precedente abaixo:

DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA. MATÉRIA JORNALÍSTICA. NARRATIVA PARCIALMENTE INVERÍDICA. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CARACTERIZADO. ARBITRAMENTO. RAZOABILIDADE. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DIREITO DE RESPOSTA. ADMISSIBILIDADE. I. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade coabitam o texto constitucional sem qualquer relação de preeminência ou subordinação. II. Não se colhendo do direito vigente fórmula jurídica estática para a superação de conflitos entre direitos fundamentais, cabe ao juiz solucioná-los à luz das situações concretas e mediante as ferramentas hermenêuticas hauridas do princípio da proporcionalidade. III. Se a matéria jornalística desborda dos limites dos direitos de manifestação do pensamento e de informação, consagrados nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220 da Constituição Federal, incorporando fatos inverídicos que agravam a lesão à imagem e à honra do ofendido, deve ser reconhecida a responsabilidade civil da empresa de comunicação. IV. Ante as particularidades do caso concreto, a quantia de R\$ 10.000,00 compensa adequadamente o dano moral e não degenera em enriquecimento injustificado. V. A indenização de danos materiais pressupõe a sua efetiva demonstração. VI. O direito de resposta, proporcional ao agravo, constitui direito subjetivo da pessoa que sofre lesão moral devido ao ataque a algum dos predicados de

sua personalidade jurídica, a nos termos do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal. VII. Recurso conhecido e provido em parte. (TJDF; APC 2015.01.1.099908-4; Ac. 108.6021; Quarta Turma Cível; Rel. Des. James Eduardo Oliveira; Julg. 21/03/2018; DJDFTE 09/04/2018)

Walter Siqueira Brito

Advogado

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL

“Para assegurar a liberdade pessoal, não basta proteger a de locomoção. O indivíduo não é livre, porque pode mudar de situação na superfície da terra, como o animal e como os corpos inanimados. Há liberdades, que interessam a personalidade ainda mais diretamente, e que são a égide dela. Tal, acima de todas, a liberdade de exprimir e comunicar o pensamento, sob as formas imprescindíveis à vida intelectual, moral e social do homem. Dar-lhe a faculdade mais extensa de deslocar-se, retirando-lhe a de pôr em comunhão as suas ideias com as de seus semelhantes, é infringir-lhe a violência mais de gradante, a coação mais dolorosa, a ilegalidade mais provocadora, o mais insolente dos abusos de poder.” (Rui Barbosa)

Prefacialmente, tomaremos liberdade de expressão e informação como sinônimas, mesmo que durante o texto sejam separados, pois são direitos lindeiros de difícil verificação o limite de cada um. Nestes termos, merece trazer à lume a doutrina de J. J. Gomes Canotilho, *verbis*:

“Não é fácil traçar a fronteira entre ambos, sendo todavia evidente que ela assenta na distinção comum entre, por um lado, a expressão de ideias ou opiniões e, por outro lado, a

recolha e transmissão de informações. Sob o ponto de vista jurídico-constitucional o seu regime é essencialmente idêntico. As fórmulas “ideias”, “opiniões”, “pensamentos” são apenas algumas expressões semânticas do conteúdo da liberdade de expressão.” (Constituição da República Portuguesa, 1.ª Edição Brasileira, p. 572).

Muito se tem discutido acerca da liberdade de expressão e informação na última década, principalmente no seu embate com o direito a honra e imagem, seja de pessoas consideradas notórias ou públicas, seja as consideradas “comuns”, em termo de conhecimento dos demais membros da sociedade.

A principal alegação é que o direito a honra, ao nome e à imagem, sem dúvidas direitos fundamentais essenciais ao ser humano, são oriundos do princípio da dignidade humana, princípio este vetor de toda a interpretação constitucional, bem como fundamento da nossa Constituição Federal (Art. 1.º, III, da CF).

Tal argumento é invencível, pois não há como discutir que o direito à honra e imagem decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo além de fundamental, um direito natural do ser humano.

Contudo, a liberdade de expressão e informação também é um direito oriundo do princípio da dignidade humana, assim como os demais citados. Isso ocorre porque o direito à informação faz parte da própria formação do indivíduo, e mais que um direito em si mesmo, o direito à informação, expressão, crítica e ideias é um direito instrumental para os outros direitos, como o direito à vida ou ao trabalho. Nesse diapasão, importante é a doutrina do Professor André Ramos Tavares:

“A liberdade de expressão é composta tanto de uma dimensão substantiva como de uma instrumental.

A ideia de uma dimensão substantiva, etimologicamente falando, por si só, é capaz de exteriorizar a sua importância, já que ventila o ideário da essencialidade de algo.

(...)

Pode-se verificar, portanto, que a presente dimensão diz respeito à autodeterminação do indivíduo, sensivelmente conectada com a dignidade da pessoa humana. Isso porque ao permitir que o indivíduo exteriorize “suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade” (NUNES JÚNIOR, 1197:28), bem como suas emoções, ou que, ainda, capte experiências, ideias e opiniões emitidas por outrem, estar-se-á possibilitando que obtenha, que forme sua autonomia, que seja um ente único na coletividade, alcançando, dessa forma, um sentido em sua vida, o que perfaz, inexoravelmente, uma tarefa eminentemente pessoal” (BASTOS, v. 1, 1988: 425) – em conformidade com a máxima protagórica de que o HOMEM, atomisticamente, é a medida de todas as coisas.” (Direito Constitucional Brasileiro Concretizado, Hard Cases e soluções juridicamente adequadas, 2006, p. 107/108).

Impossível se imaginar alguém que possa exercer a sua vida de forma plena, digna, sem poder obter informações suficientes para exercer seus direitos e auto determinar seu destino, e isso somente é possível se ele puder usufruir dos 03 (três) níveis desse direito: de se informar, de ser informado e de informar, emitindo suas opiniões e críticas quando necessárias.

Desse modo, é o fundamento da auto realização, do alcance da autonomia individual. O direito de expressar seus pensamentos e se comunicar livremente com outros afirma a dignidade e o valor de cada um e de cada membro da sociedade, e permite que cada indivíduo realizar o seu pleno potencial humano. Assim, a liberdade de expressão é um fim em si mesmo - e, como tal , merece maior proteção da sociedade.

É desse conhecimento adquirido por meio das informações de diversas matizes, que o ser humano poderá exercer todos os outros direitos previsto na própria Constituição. É necessário para o nosso sistema de autogoverno e dá ao povo uma “ função de verificação “ contra o excesso do governo e corrupção. Se o todo o poder emana do povo, ele é o dono do seu destino e de seu governo eleito, e deve ser bem informado e ter acesso a todas as informações, ideias e pontos de vista. Ignorância em massa é um terreno fértil para a opressão e a tirania.

Ademais, é vital para a realização e avanço do conhecimento e da busca da verdade. O escritor do século 19, eminente e liberdades civis americano, John Stuart Mill, sustentou que o julgamento esclarecido só é possível se se considerar todos os fatos e ideias, independentemente da fonte, e os testes de suas próprias conclusões contra pontos de vista opostos. Portanto, todos os pontos de vista - mesmo aqueles que são “ruins” ou socialmente prejudiciais - devem ser representados na sociedade “mercado de ideias, para que aí sim a pessoa veja qual o modo de pensar, a ideologia, que mais lhe parece a correta e sensata”. (HAIMAN, Franklin. “Speech Acts” and the First Amendment, 1993, SIU Press).

Da troca de conhecimento e informações permitidas pelo direito de expressão, nascerá o combate à corrupção, aos desmandos dos agressores de outros direitos, como os trabalhistas, tais como aqueles que escravizam pessoas, que justamente carentes de quaisquer informações sobre os seus direitos, muitas vezes ainda veem razão no seu patrão malfeitor e opressor.

Com efeito, neste contexto, verifica-se porque a liberdade de expressão é tida como ferramenta necessária e cabal para a prevalência da democracia. Na frase muito feliz do Ministro Carlos Ayres Brito, na ADPF 130, que banuiu a famigerada Lei de Imprensa do nosso ordenamento jurídico, a imprensa e a democracia são verdadeiras irmãs siamesas. Nesse diapasão, é salutar, por sua beleza e profundidade, transcrever trecho da ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal, acerca dessa questão, *ipsis literis*:

“RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que

a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.” (ADPF 130)

Tendo o conhecimento dos atos da Administração Pública, sob o manto do princípio da publicidade (Art. 37, da CF), o cidadão poderá exercer a fiscalização coerente e combativa sobre os governantes e cobra os acerca das promessas feitas e pedir explicações sobre eventuais notícias de improbidades administrativas.

Mas a liberdade de expressão não se limita apenas à discussão sobre a sua afinidade inconcha com a democracia, vai além. Este direito fundamental garante acesso a dois fundamentos da Constituição Federal: Dignidade da Pessoa Humana e Democracia. Por isso, neste mesmo voto, fonte essencial para qualquer discussão jurídica do assunto, o Ministro Carlos Ayres Brito asse-vera:

“MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao

exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobre direitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inpletam sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.”

Neste mesmo julgamento, o saudoso Ministro Menezes Direito abraçou a tese, afirmando que “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”.

Isto é, em eventual confronto com outros direitos, deve-se garantir o direito à liberdade de expressão, e somente posteriormente verificar se houve o seu excesso, e havendo, se existiu dano (afronta) a outro direito.

Não poderia ser de outra maneira, pois é incontestável que nenhum direito é absoluto, porém, no caso da liberdade de expressão, não é possível barra lo, não se pode represa lo. Em outras palavras, não é mais possível a censura em nosso País.

Comentando o voto do Ministro, Paola Rossi Pantaleão assevera:

“O ponto principal invocado no voto do Ministro Carlos Britto a respeito da natureza do direito à liberdade de imprensa diz respeito ao modo como a calibração entre os princípios ocorre, e à supremacia da liberdade de comunicação em comparação com outros direitos individuais. Coloca o Ministro que primeiramente devem ser assegurados aqueles os quais denomina de “sobre direitos”, que possuem importância fundamental, visto que revelam a plenitude da liberdade coletiva.

Diz-se que devem ser exercidos sem restrições, já que interferem na inviolabilidade de um direito construído socialmente, em prol da defesa de uma coletividade que necessita da plenitude da liberdade de expressão e informação. Os direitos da personalidade, de acordo com o Ministro, devem ser garantidos a posteriori, já que representam a tutela de um direito individual, que não deve barrar o exercício de um direito que expressa relação direta entre imprensa e sociedade civil.

Tal linha de raciocínio, como argumentado no voto, decorre do fato de que os direitos de personalidade não são capazes de assegurar, individualmente, a dignidade das pessoas, mas que tal dignidade é fruto do respeito, a priori, dos direitos da coletividade, que constroem uma base democrática de direito capaz de garantir a proteção individual de seus cidadãos, visto que partes componentes de uma unidade nacional livre para exercer seus direitos.

Conclui-se, portanto, que as únicas restrições aceitáveis para com a liberdade de imprensa são expressamente decorrentes do texto constitucional, não havendo a possibilidade de legislação ordinária impor restrições a tal direito, que é naturalmente pleno.” (Como o STF Enxerga A Liberdade De Imprensa: rationes decidendi da ADPF 130 e sua utilização como precedente judicial, 2011, pág. 18).

Esse pensamento é igualmente ensinado pelo Douto J. J. Gomes Canotilho, do qual novamente se colaciona a doutrina que fala sobre o alcance da proibição da censura:

“Assim, o conceito constitucional de censura abrange não apenas a censura prévia à expressão ou informação originária, mas também a censura posterior (a posteriori), que se traduz

no impedimento de sua difusão ou divulgação (proibição de index). Por outro lado, cabem no conceito não apenas os meios jurídicos (exame prévio, apreensão de publicações, proibição de divulgação de notícias); mas também os meios de facto, diretamente dirigidos ao mesmo objetivos.” (Ibidem, p. 574).

Esta tese, de prevalência de um direito fundamental sobre outro, é conhecida como “preferred position”, nascida na jurisprudência norte-americana, no caso “Murdock v. Pennsylvania”, em 1943. Nesse julgamento, a Suprema Corte disse que “A liberdade de imprensa, liberdade de expressão e a liberdade de religião estão em uma posição preferencial”, ou seja, “quando os tribunais estão em uma posição de conflito entre vários direitos fundamentais, frequentemente eles asseguram os direitos da Primeira Emenda em uma “posição preferencial” (tradução livre) (Em <http://www.firstamendmentcenter.org/glossary>, com acesso em 21.10.2014).

Em outro caso, “New York Times Co. vs. Sullivan (376 U. S.)”, em 1963, exatas duas décadas depois da decisão no caso Murdock v. Pennsylvania, a Corte Suprema Americana decidiu que pessoas públicas, como políticos e funcionários públicos, não obteriam êxitos em processos por calúnia, injúria ou difamação, com o simples argumento de que a informação publicada era falsa. A Corte decidiu que o queixoso também deveria provar que os repórteres ou editores tinham agido com “malícia intencional” e publicado as informações “com negligência irresponsável quanto à veracidade ou não dessas informações”, a chamada “Actual Malice”. Sobre a “actual malice” discorre o Ilustre Enéas Costa Garcia, verbis:

“A análise do sistema americano demonstra acentuado predomínio da liberdade de imprensa em face dos demais interesses em conflito.

A Constituição é interpretada de maneira a dar prevalência à liberdade de imprensa, apenas restringindo-a diante de situações de abuso evidente.

Exemplo marcante deste modo de tratar o conflito é a construção da regra da “actual malice”. A regra da “actual malice” significa que o ofendido, para lograr na ação de indenização, deve provar a falsidade da declaração e que o jornalista sabia da falsidade da notícia (knowledge of falsity) ou teria demonstrado um irresponsável descuido (reckless disregard) na sua conduta. Não basta a falsidade da notícia.” (Responsabilidade civil dos meios de comunicação, 2002, pág. 140).

Mark A. Byrd também discorre sobre essa vertente da “actual malice”:

“Antes cabia à defesa a comprovação dos fatos, com sua assunção passou a caber ao autor, porque é o funcionário público que alega ter sido vítima de uma declaração difamatória é quem terá que comprovar que ela foi efetuada com intenção de ofender, sob pena de não recuperar os danos requeridos em juízo. Isto é, a actual malice é um standard no qual o ônus probatório recairá sobre o autor.” (tradução livre) (Quotations and Actual Malice: Bridging the Gap Between Fact and Fiction. Northern Illinois University Law Review, v. 10, p. 617-645, 1989-1990, p. 623).

A actual malice é perfeitamente aceita em nossos Tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, onde é sedimentada a tese de que para haver indenização, é necessária a prova do dolo, da intenção de ofender, *ipsis literis*:

“No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a material jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (animus criticandi) ou a narrar fatos de interesse coletivo (animus narrandi), está sob o pálio das ‘excludentes de ilicitude’ (art. 27 da Lei n. 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.” (STJ, REsp n.º 719.592/AL, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 12-12-05).” (grifo nosso).

“RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSISTENTE EM SÉRIE DE PUBLICAÇÕES CONSIDERADAS OFENSIVAS POR ATRIBUÍREM PRÁTICA DE DELITOS AO AUTOR, POLICIAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE DANO MORAL CONFIGURAÇÃO, ENTRETANTO, DE EXCLUDENTE, DERIVADA DE PURA DIVULGAÇÃO JORNALÍSTICA. PROVIMENTO.

1.- *Publicação de série de escritos jornalísticos, originados de informações contidas em informações do Ministério Público e da Polícia Federal não configura ilícito apto a desencadear indenização por dano moral, ainda que lançada em linguagem incisiva e dura.*

2.- *Imprecisões técnicas de linguagem, atinente a matéria jurídica, como significado de folha de antecedentes, cancelamento de registro de inquéritos e outras, bem como do sentido de arquivamento e absolvições, não implicam dano moral, quando não visualizado dolo implícito no uso inadequado dos termos.*

3.- *Atividades típicas de crimes contra a honra - injúria, calúnia e difamação - não configuradas, à ausência de adjetivação e adverbiação nos escritos e, ainda, à não evidência de dolo consistente na intenção de ofender.*

4.- *Recurso Especial provido, ação julgada improcedente.” (REsp 1305897/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 18/09/2012).*

Saindo da doutrina e jurisprudência americana, em que já ficou bem clara a relevância jurídica da liberdade de expressão naquele ordenamento jurídico, partimos para o entendimento acerca do assunto na Inglaterra, apresentando a tese da “Neutral Reportage”.

Esta tese alega que uma pessoa ou empresa que replica uma notícia que não seria verdadeira e difamatória, não pode ser punida se agiu de forma imparcial, ou seja, de forma neutra, mesmo que eles duvidassem da veracidade das informações.

Na Espanha, por sua vez, tem a teoria da “veracidade das informações” da informação a ser prestada. Essa teoria, por lá aplicada, é específica ao direito de informação, pois, segundo ela, a informação teria que ser verdadeira, visto que a Constituição Espanhola, em seu artigo 20.1, refere-se à “informação veraz por qualquer meio de difusão”, ainda que em um processo sumário de verificação, atual e possível à época do fato. Nesse sentido, cita-se novamente o Douro Enéas Costa Garcia:

“Todavia, não se trata da exigência de prova da verdade em termos absolutos. Não significa que a inexatidão da matéria leva, ipso facto, à responsabilidade do agente.

Na realidade o que se exige é menos a verdade absoluta do fato noticiado, mas preferencialmente a adoção de cautela no sentido de buscar e divulgar fatos verdadeiros, ainda que posteriormente seja descoberta a falsidade.” (Ibidem, p. 152).

Todavia, essa teoria se aplica exclusivamente ao direito de informação, e não ao direito de expressão, já que nesta, por exprimir a exteriorização do sentimento individual de cada pessoa, o processo cognitivo de cada ser humano sobre determinado assunto ou pessoa, não é obrigado a verificar a veracidade. Isto porque como é um processo cognitivo interno, nasce naturalmente, de acordo com a visão exterior vivida por cada pessoa. Esse direito preferencial atua não somente quando a fonte da expressão é uma empresa jornalística, mas quando qualquer pessoa o exerce, sem quaisquer distinção cor, sexo, classe social etc., não devendo existir, por conseguinte, o crime de opinião.

Verifica-se, por conseguinte, em face de todas estas teorias aceitas e aplicadas em pelo menos 04 (quatro) países diferentes, com diversidade em seu modo de governo, que o princípio da liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial diante de outros direitos, como ensina a Doutra Simone Schreiber:

“Segundo tal doutrina, a liberdade de expressão, concebida originariamente como atributo da personalidade e instrumento de realização pessoal do indivíduo, passa a ter ressaltada sua dimensão coletiva, por ser essencial à articulação do debate público e à formação da

opinião pública pluralista. O fato de se consubstanciar em elemento condicionador da democracia pluralista e premissa para o exercício de outros direitos fundamentais confere à liberdade de expressão posição preferencial (preferred position) devendo prevalecer prima facie em caso de colisão com outros direitos fundamentais.

Por outro lado, o já mencionado caso New York Times v. Sullivan fixou algumas diretrizes relevantes para a solução da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos à honra e à imagem dos agentes públicos, e aqui sim a dimensão coletiva (ou instrumental) da liberdade de expressão foi especialmente considerada. O imprescindível papel desempenhado pela imprensa de dar visibilidade à atuação dos agentes públicos, permitindo a fiscalização e controle destes pela população, levou a Suprema Corte a reduzir o âmbito de proteção da honra e imagem destes diante de fatos eventualmente falsos e danosos que lhes forem imputados pelos jornais. Deve ficar evidenciado o dolo (actual malice) ou a conduta temerária (reckless disregard) do jornalista na veiculação da notícia danosa, cabendo o ônus de tal prova à pessoa atingida, para que faça jus à indenização por danos à sua honra ou imagem. Já quando se trata de pessoas privadas, é suficiente que provem o dano causado pela notícia.

Vê-se então que se pode falar em posição preferencial da liberdade de expressão no direito norte americano sob dois aspectos distintos. O primeiro refere-se ao controle de restrições postas àquele direito fundamental a fim de realizar um interesse público (ou mais especificamente um interesse estatal, geralmente relacionado à segurança do Estado) [20]. Aqui a posição preferencial se traduz no ônus de provar a essencialidade do interesse contraposto e a inexistência de meio menos restritivo para que seja alcançado, como visto acima [21]. O segundo aspecto se refere à colisão da liberdade de expressão com os direitos à honra e à imagem, quando se trata de pessoa pública e de assunto de interesse público, assumindo especial importância a dimensão instrumental da liberdade de expressão quando contraposta ao interesse individual da pessoa atingida.” (Em <http://jus.com.br/artigos/7184/conteudo-e-justificativa-teorica-da-liberdade-de-expressao#ix-zz30ZqgHsfi>, com acesso em 02/05/2014). (grifo nosso)

Por isso, sendo na verdade um apoio tanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na maioria das vezes usado de forma privada, como à Democracia e Circulação de Ideias, institutos de suma importância de índole indubitavelmente coletiva, o Direito à Liberdade de Expressão e Informação deve ter uma preferência sobre os demais direitos de mesma hierarquia.

CONCLUSÃO

Foi visto que o Direito de Expressão é um fim em si mesmo, e paralelamente serve de instrumento para a concretização de demais direitos, como o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Democracia.

Dessa forma, por servir de caminho para outros direitos, bem como para o aperfeiçoamento do ser humano e de sua participação no governo, com evidente aprimoramento deste, ele deve ter uma posição preferencial sobre outros direitos no caso de existir uma colisão de princípios ou direitos.

Esta tese, aceita em diversos ordens jurídicas ao redor do mundo, como no Brasil e Estados Unidos, leva a outras teses, algumas citadas acima, como a actual malice, a neutral reportage etc.

No Brasil, esta tese é aceita nos nossos Tribunais, ainda que não sejam com essas denominações, não podendo ser diferente, em vista do estado atual da nossa Democracia, forte e crescente, com o povo indo às ruas e exigindo, vigiando e cobrando mais os nossos governantes.

Com efeito, a aplicação desta tese, tanto na seara legislativa como na jurisprudencial, será um tônico maior a este atual movimento, fortalecendo sobremaneira a nossa Democracia e o trato com a coisa pública pelos políticos e agentes estatais.

Rafael Frank Benzecry

OFENSA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU INJÚRIA?

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Liberdade de Expressão - 3. Injúria - 4. Proteção Especial ao Presidente da República - 5. Conclusão - 6. Bibliografia.

1. Introdução

Os agentes do Estado fazem parte e interferem no dia a dia de muitas pessoas, uma vez que exercem um poder político sobre os cidadãos. O conceito de política já é tratado na Filosofia desde a Grécia Antiga, tendo Aristóteles (1991) definido que o objetivo da vida política é o melhor dos fins, dedicando-se seus esforços a fazer com que os cidadãos sejam bons e capazes de nobres ações.

Ao curso da história, a sociedade foi se desenvolvendo politicamente, sendo a gênese a *polis* ou cidade-estado grega, forma de organização social e política surgida entre os séculos VIII e VI antes da era comum. Após longo espaço de tempo e surgimento de outras formas de organização social, surge a partir do século XV da era atual o Estado Moderno, como consequência da desintegração do modelo feudal e das relações

políticas até então existentes.

Distinguiu-se essa forma de Estado a partir da observância de algumas características peculiares como a existência de uma estrutura jurídica, da cobrança de taxas, de um corpo burocrático e de uma força militar una. De lá para os dias de hoje, essas características se mantiveram, desdobrando-se apenas no que diz respeito a interação do ente estatal com a sociedade civil, que variou de uma forma absolutista até um formato liberal como temos atualmente.

Durante a vigência do Estado Absolutista, o crescente fortalecimento do poder real levou a concentração total do poder político nas mãos dos monarcas. Numa época de expansão das atividades comerciais, principalmente para a América e Ásia, os reis passaram a uniformizar moedas, pesos e leis, além de fomentar conquistas de novos mercados.

Foi nesse período que surgiram expressões do tipo “o rei não erra” (*The King Can Do No Wrong* e *Le roi ne peut mal faire*) e apareceram monarcas como Luís XIV, da França, que se afirmava Rei Sol, e a quem é atribuída a lendária afirmação de que *L'État c'est moi*, ou seja, “o estado sou eu”.

Tudo isto derivava de um pensamento da época que achava que o monarca era considerado uma divindade ou representante de Deus na Terra. Defendia-se também que o Estado era de propriedade do rei, podendo passar sua posse para herdeiros, e que a pessoa real era tida como um poder a parte que representasse um elemento tradicional e moral.

A respeito das características fundamentais da monarquia absolutista, é importante ressaltar o fato da irresponsabilidade, a qual fala Dallari (2009, p. 227-228):

“Quando nasce o Estado Moderno a necessidade de governos fortes favorece o ressurgimento da monarquia, não sujeita a limitações jurídicas, donde o qualificativo de monarquia absoluta. [...] O monarca não tem responsabilidade política, isto é, não deve explicações ao povo ou a qualquer órgão

sobre os motivos pelos quais adotou certa orientação política.”

A partir do século XVII, a enorme quantidade de poderes concentrados nas mãos do rei deu margem à insatisfação em parte da população, principalmente na burguesia. Esta desejava erguer barreiras às arbitrariedades do poder do rei ou, pelo menos, defender um tipo de governo que não atente contra a liberdade e a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, essenciais para o desenvolvimento das bases econômicas nacionais.

Foi através de três grandes movimentos político-sociais – Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688/1689), Revolução Americana (1775/1783) e Revolução Francesa (1789/1799) - que o Estado Absolutista cedeu espaço para o Estado de Direito que temos hoje, a qual tem como fundamentos a democracia e o respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

Sobre a Democracia, que segundo Abraham Lincoln é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, disserta Ludwig von Mis-es (2010, p. 69):

“A democracia é a forma de constituição política que torna possível a adaptação do governo aos desejos dos governados, sem lutas violentas. Se, num estado democrático, o governo não mais se conduz, segundo o desejo da maioria da população, não é necessária uma guerra civil para colocar, no governo, quem deseja governar segundo a maioria. Por meio de eleições e acordos parlamentares, processa-se a mudança de governo de modo suave e sem fricções, sem violência e sem derramamento de sangue.”

Já em relação aos direitos individuais, explica Azambuja (1962, p. 173):

“Direitos individuais, liberdades públicas, direitos do homem e do cidadão são expressões equivalentes, mas comumente se distingue, para facilidade do estudo, o conteúdo dos direitos individuais em direitos relativos à igualdade civil, à liberdade civil e à liberdade política. São também denominados obrigações negativas do

Estado, porque sua declaração significa que o Estado não deve fazer nada que os posso lesar. São limitações à autoridade, à atividade dos poderes públicos, dos governos e das autoridades em geral.”

Partido então destas concepções, vale se aprofundar na Liberdade de Expressão, que é um direito inerente a pessoa humana, estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a qual são derivadas outras garantias tais como a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa.

2. Liberdade de Expressão

A Liberdade de Expressão, também conhecida como Liberdade de Opinião, foi um dos primeiros direitos adquiridos após o fim do Estado Absolutista. Um dos primeiros documentos a estabelecer a proteção a esse direito foi a Constituição dos Estados Unidos, que através de sua primeira emenda, ratificada em 17 de dezembro de 1791, estabelecia:

“O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a rep-aração de seus agravos.”

Após alguns anos, a Organização das Nações Unidas aprovou um documento estabelecendo direitos fundamentais dos seres humanos, o que acabou recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada em 10 de dezembro de 1948, e que no Artigo 19 afirmava segundo Israel (2005, p. 528), que “todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”.

Influenciada por esses documentos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, estabeleceu ao longo de seu texto algumas garantias

para este direito, como no inciso IV do Art. 5º, quando se fala que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Outro artigo da Carta Magna brasileira que cita a Liberdade de Expressão é o de número 220, que afirma ser “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Assim, conclui-se em relação a esse direito individual do mesmo modo que José Afonso da Silva (2013) ao considerar a Liberdade de Expressão como sendo a faculdade de o indivíduo adotar a opinião que lhe achar conveniente, quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública.

Todavia, essa liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro não é absoluta, havendo limitações que a própria Constituição estabelece, como a vedação do anonimato na difusão de ideias e a responsabilização por opiniões que agridam a honra ou a imagem do destinatário do discurso.

Em relação a essas restrições do direito de livre manifestação do pensamento, disserta Marmelstein (2014, p. 132-133):

“Apesar de a liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, infelizmente, o que se tem observado com muita frequência é que a mídia nem sempre age com o nobre propósito de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação estão interessados em apenas vender mais exemplares ou obter índices de audiência mais elevados. Por isso, é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja, os chamados direitos de personalidade.”

Essa defesa aos direitos de personalidade, principalmente no respeito à individualidade física e espiritual do ser humano, é uma das formas, como já foi dito anteriormente, de restrição

ao direito de manifestação do pensamento. Concretamente, são consideradas como práticas que atentam contra os direitos de personalidade, os delitos constantes no Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (Decreto-lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que são a calúnia, difamação e injúria.

3. Injúria

Cuida o Código Penal através da tipificação dos “crimes contra a honra” de um bem relativo à personalidade do ser humano, no caso, a sua honra pessoal. São esses crimes divididos em três: calúnia (CP, art. 138), difamação (CP, art. 139) e injúria (CP, art. 140).

Com essa proteção, mira-se no conjunto de qualidades psíquicas que promovem ao ser humano consideração social e estima própria. Essa defesa é garantida pela Constituição da República, que em seu art. 5º, X, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em relação ao conceito de honra, explica Masson (2014, p. 595):

“Honra é o conjunto das qualidades físicas, morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima. É um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor. Representa o valor social do indivíduo, pois está ligada à sua aceitação ou aversão dentro de um dos círculos sociais em que vive, integrando seu patrimônio.”

Ao atentar contra a honra de uma pessoa, como supracitado, pode-se cometer os crimes de calúnia, difamação ou injúria. Sobre este último, alvo de análise neste trabalho, inicia-se com um conceito previsto no Código Penal no art. 140,

a qual possui a seguinte redação:

“Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.”

Segundo o entendimento de Capez (2014, p. 194) a injúria, ao contrário dos delitos de calúnia e difamação, que tutelam a honra objetiva, o bem protegido é a honra subjetiva, que é constituída pelo sentimento de cada pessoa acerca de seus atributos morais (chamados de honra-dignidade), intelectuais e físicos (chamados de honra-decoro).

Uma vez que a injúria é um tipo penal que afronta a honra subjetiva do indivíduo, para que se caracterize a ofensa a sua dignidade, ele deve ser cometido na presença ou na ausência da vítima, bastando apenas que a ofensa chegue ao seu conhecimento. Assim, o crime pode ser praticado segundo Galvão (2013, p. 298) por meio de palavras, orais ou escritas, inclusive por meio eletrônico, de gestos ou outras formas de representação de idéias.

4. Proteção especial ao Presidente da República

O Código Penal no seu art. 141 determina causas especiais de aumento de pena para os crimes contra a honra. Tais majorantes levam em conta o sujeito passivo da ofensa, segundo o que diz o diploma:

“Disposições comuns

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.”

Objetivo deste trabalho é observar a situação do Presidente da República, que segundo o inciso I do artigo supracitado, quando for vítima de Injúria, terá o autor de sua agressão pena aumentada de um terço. Tal “proteção especial” existe em razão da importância das funções desempenhadas pelo Chefe de Estado do Brasil. Parte da doutrina acredita que a conduta criminosa, além de atentar contra a honra do Presidente, ofende também os interesses da nação brasileira.

Se houver comprovada motivação e objetivos políticos na calúnia ou difamação contra o Presidente da República, estará caracterizado crime contra a Segurança Nacional (Lei 7.170/1983, art. 1.º, 2.º e 26). Em relação à injúria contra o Chefe do Poder Executivo Federal, com ou sem envolvimento político, o crime será sempre o previsto no Código Penal, com o aumento da pena.

Sobre o mesmo assunto, fala Capez (2014, p. 202):

“Trata-se do Chefe Supremo da nação, de modo que o Direito, ao sancionar de forma mais gravosa a conduta daquele que ofende o representante maior do Estado, o faz não só levando em consideração a sua honra individual, mas principalmente as consequências que tais ofensas podem gerar sobre a sua vida pública. Em virtude da elevada função que ocupa, qualquer mácula à honra individual do Presidente da República pode representar desprestígio na sua vida política e, por conseguinte, afetar as diretrizes políticas da nação. Daí por que a maior reprovabilidade da conduta e, por consequência, o agravamento da sanção penal.”

Explanado isso e tendo como ponto a motivação política do ato de ofender o decoro do Supremo Mandatário do Brasil, surge então uma dúvida acerca da exclusão de antijuridicidade no ato de injuriar o Presidente da República, uma vez que estaria o agressor no exercício regular do direito de se manifestar.

5. Conclusão

Após uma análise restritamente teórica a respeito da liberdade de expressão e do ato de injuriar e sua majorante em relação ao Presidente da República, passamos para a reflexão dentro de um caso concreto ocorrido neste ano de 2014.

No dia 12 de junho de 2014, durante a cerimônia oficial de abertura da Copa do Mundo da FIFA Brasil 2014, a Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, foi vaiada e xingada por parte dos espectadores que lotavam a “Arena Corinthians” em São Paulo. Com palavras de baixo calão e bem escutadas pela Chefe do Poder Executivo Federal, ficou logo categorizada a injúria com aumento de pena de um terço tendo em vista a função exercida pela destinatária das ofensas.

Essa não foi, todavia, a primeira vez que um Presidente brasileiro foi vítima desse ato tipificado no Código Penal. Em 1987, durante visita ao Rio de Janeiro, o então Presidente José Sarney sofreu insultos, vaias e o apedrejamento de seu ônibus. A causa da fúria popular a Sarney era a grave crise econômica da época e enquanto a Dilma estava relacionada as graves denúncias de corrupção e altos custos para realização da Copa do Mundo de Futebol.

Independentemente do motivo exato, as reações populares aos seus governantes são motivadas por situações políticas. A vida das pessoas é demasiadamente influenciada por decisões políticas, que por consequência interferem na economia, educação, saúde e na infraestrutura de uma nação.

O fato de uma reação popular (nesse caso, a injúria) ser motivada por fatos políticos, concede ao tipo penal uma qualidade diferenciada e se confunde com uma simples manifestação do pensamento do indivíduo. Tal confusão leva certas pessoas a considerarem a forma majorante da injúria como sendo algo incompatível com um regime democrático que presa pela liberdade de expressão.

Contudo, o regime democrático brasileiro configura como direito fundamental, além da liberdade de livre manifestação do pensamento, a indenização por dano material, moral ou à imagem (CF, art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CF, art. 5º, inciso X). Assim sendo, o descontentamento político de uma pessoa não pode jamais ser evidenciado através de insultos que possam causar danos imateriais a outrem.

Para José Afonso da Silva (2013), a integridade moral de um indivíduo sintetiza elementos que integram a vida humana como dimensão imaterial. Daí para o autor o porquê de a integridade moral do indivíduo assumir feição de direito fundamental e ser protegida pelo Direito Penal através da tipificação dos crimes contra a honra.

Em relação à exclusão da antijuridicidade, pode haver pensamento de que não há crime de injúria se o agente praticou o fato no exercício regular do direito de livre manifestação do pensamento. Entrando, na esfera do Direito Penal, disserta de forma bem clara sobre o tema o jurista Luiz Regis Prado (2013, p. 454-455):

“O exercício regular de direito se fundamenta, também, no princípio do interesse preponderante. Em todo caso, conforme

destacado quando da análise das anteriores justificantes, a interpretação dessa causa de justificação – exercício regular de um direito – encontra-se restringida pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. De conseguinte, mesmo que o sujeito no legítimo exercício de um direito, sua conduta será ilícita sempre que atentar gravemente contra a dignidade humana.”

Desconstituída a tese da eliminação da ilicitude uma vez que há a prevalência da dignidade da pessoa humana, não resta dúvida acerca do enquadramento do agente que ofendeu o Presidente da República nos Art. 140 e 141 do Código Penal.

No caso abordado por este trabalho, a liberdade de livre manifestação do pensamento é relativizada pelo direito à integridade moral, impedindo assim que a ofensa ao Chefe de Estado do Brasil seja considerada como conduta lícita e tolerada por se tratar de manifestação política.

A Democracia brasileira fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, que é demonstrada através da proteção à integridade física e moral dos indivíduos. Assim sendo, atentar contra a honra subjetiva (injúria) de qualquer pessoa é considerada uma conduta ilícita e passível de punição. Quando o sujeito passivo é o Supremo Mandatário do Brasil, tendo em vista a sua posição e importância, a Lei entende pelo aumento da pena.

Conclui-se assim que a ofensa ao Presidente da República, pelas razões anteriormente expostas, considera-se injúria e não demonstração livre do pensamento. Assim sendo, é tolerável a punição desde que o sujeito passivo tenha conhecimento.

O fato de não se ter conhecimento de pessoas enquadradas nos Art. 140 e 141, inciso I, do Código Penal, não significa necessariamente que a norma não seja efetivamente observada e aplicada. Talvez os Presidentes da República agredidos tenham considerado-as insignificantes ou extremamente difícil de encontrar os agentes, uma vez que na maioria das vezes as agressões derivam de grandes multidões.

6. Bibliografia

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991, v.2.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4. Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil se 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 out. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 21 out. 2014.

BRASIL. *Lei n° 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 21 out. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 2, Parte Especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da filosofia: histórias e grandes temas*. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTADOS UNIDOS. *Constituição dos Estados Unidos da América - 1787*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 22 out. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direitos das liberdades fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.

LIMA, Antônio Carlos de Souza (org.) *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/Laced/ABA, 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*. V. 2. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEZZAROBIA, Orides. & MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O GOVERNO apedrejado. *Revista Veja*, São Paulo, 1º jul. 1987, n. 982, p. 18.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORCEDORES vão e xingam Dilma na abertura da Copa. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 jun. 2014, 1 caderno, p. A4.

VON MISES, Ludwig. *Liberalismo - Segundo a Tradição Clássica*. Tradução de Haydn Coutinho Pimenta. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

Bernardo Silva de Seixas

Mestrando em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Pós-graduando em Giustizia Costituzionalee Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Fondamentali pela Universidade de Pisa - Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com.

Roberta Kelly Silva Souza

Mestranda em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Pós-graduanda em GiustiziaCostituzionalee Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Fondamentali pela Universidade de Pisa - Itália. Especialista em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Bacharel em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada em Manaus/AM. E-mail: rkellyss@yahoo.com.br

A QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE

*The Question Of Unauthorization
Biographies : Conflict between Freedom of
Speech and Inviolability Of Privacy Life*

RESUMO

A temática abordada neste ensaio diz respeito ao conflito de direitos fundamentais, de um lado o direito a liberdade de

expressão e do lado oposto o direito a inviolabilidade da vida privada. Debruça-se sobre esta temática em razão de existir no ordenamento jurídico pátrio controvérsia a respeito de tentativa de publicações de biografias não autorizadas de personalidade públicas por biógrafos, fato que causa controvérsias entre particulares e que deve ser pacificada pelo Poder Judiciário. Neste ínterim, aborda-se a questão dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e inviolabilidade da privada na Constituição Federal de 1988, questionando-se a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Estuda-se a ação direta de inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal a respeito da problemática suscitada já que há argumentação jurídica no sentido que o Código Civil detêm dispositivo que possivelmente afronte o direito de liberdade de expressão, bem como propõem-se um caminho a ser seguido para melhor resolução do impasse entre a liberdade de expressão dos biógrafos e o direito a inviolabilidade da vida intimidade do biografado visando compatibilizar os direitos fundamentais colidentes.

PALAVRA-CHAVES: Liberdade de Expressão; Vida Íntima; Direitos Fundamentais; Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é marcada, principalmente, pela ampla gama de direitos fundamentais concedidos aos indivíduos que visam proteger, sendo esta uma de suas variadas funções,

prejuízos a sua dignidade. Neste ínterim, o legislador originário previu inúmeros direitos que, em determinadas situações fáticas e considerando a complexidade da sociedade atual, entram em conflito, sendo um exemplo a questão da liberdade de expressão e a inviolabilidade da vida privada, não olvidando de outros que podem ocorrer no seio social.

O presente trabalho trata sobre uma questão fática que se discute no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) que se refere a divulgação, edição e comercialização de biografias de personalidades públicas sem que tenha havido a devida autorização do indivíduo que tem sua vida relatada numa obra comercial, tal qual previsto nos arts. 20 e 21, Código Civil (CC). Tal controvérsia jurídica surgiu na mídia - ganhando proporções inimagináveis - quando o cantor Roberto Carlos recorreu ao Poder Judiciário para obstar a venda de um livro com o título Roberto Carlos em Detalhes escrito pelo jornalista Paulo Cesar de Araújo que relatava inúmeros fatos de sua vida particular, baseados em depoimentos e entrevistas de terceiros, sem que tenha havido a concessão de autorização para realização da obra pela personalidade pública.

Portanto, a temática central deste ensaio se refere a questão da denominada censura privada, que obsta a publicação de obras sem a autorização do biografado e, conseqüentemente, o direito de liberdade de expressão dos biógrafos em relatar a vida de uma personalidade pública com influencia na sociedade.

Destarte, justifica-se a presente temática em virtude de haver conflitos na sociedade a respeito de escritores/jornalistas interessados em vender obras que versem sobre assuntos íntimos de personalidades públicas de todas as estirpes, sem ao menos haver a preocupação se aquela pessoa, mesmo que usufrua do contato com o público e se beneficie com esta interação, tenha determinados assuntos que não deseje tornar público, seja por qual razão for.

Da temática abordada surge os seguintes questionamentos: Como o ordenamento jurídico brasileiro trata da questão das biografias não autorizadas? A comercialização de biografias não autorizadas afronta o direito da intimidade? A liberdade de expressão pode ultrapassar os limites da intimidade quando o indivíduo é personalidade pública renomada? Há algum meio técnico jurídico que se possa valer o Poder Judiciário para resolver este conflito sem que ocorra prejuízo para algum dos direitos fundamentais conflitantes?

Portanto, o objetivo geral deste trabalho é apontar uma posição que o Supremo Tribunal Federal possa adotar para o conflito existente entre o direito de liberdade de expressão/informação e o da inviolabilidade da vida privada. Outrossim, os objetivos específicos são tratar sobre os direitos fundamentais no Constituição Federal e sua aplicabilidade nas relações privadas, assim como se debruçar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815, em trâmite no STF, demonstrando quais são os argumentos apontados a favor ou contra a obrigatoriedade de autorização do biografado para publicação de fatos de sua vida íntima.

Para tanto, visando cumprir com os questionamentos alhures suscitados e alcançar os objetivos propostos, por intermédio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, orientando-se pelo método de pesquisa indutivo, aborda-se no primeiro capítulo temática referente aos direitos fundamentais relacionados com a questão da liberdade de expressa e do direito à intimidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em um segundo momento, aborda-se a questão da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no órgão de cúpula do

Poder Judiciário brasileiro para pacificar a controvérsia a respeito da constitucionalidade ou não dos arts. 20 e 21 do Código Civil, informando os argumentos jurídicos e fáticos de ambos os lados sobre esta temática, bem como dissertando sobre as particularidades da Jurisdição Constitucional que estão sendo aplicadas nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, apresenta-se uma proposição, com auxílio do critério da proporcionalidade, para resolver o conflito entre princípios constitucionais visando uma resposta constitucionalmente adequada para a compatibilização dos princípios conflitantes, sendo benéfica para que todos os indivíduos, independentemente da atividade que exerça, assim como para os biógrafos e editoras que possam usufruir dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal sem qualquer interferência sem afrontar direitos relacionadas à vida privada da personalidade pública.

1. O Direito Fundamental a Liberdade de Expressão e a Proteção da Intimidade na Ordem Constitucional Brasileira e sua Aplicabilidade Horizontal nas Relações Privadas

Os direitos fundamentais são previsões, normalmente constitucionais, que permitem que a pessoa humana exerça sua vontade na sociedade que atue sem interferências estatais, desde que esta atuação respeite os limites impostos pelos direitos de outrem. Se desenvolveram juntamente com a sociedade sendo renovados ou criados dependente das circunstâncias fáticas que surgem com a evolução social e tecnológica. Não se pode precisar suas origens, mas detem, atualmente, relevância internacional com inúmeras assinaturas de tratados internacionais que impõem a

observância pelos Estados signatários, havendo, inclusive, tribunais internacionais que julgam Estados ou pessoas que desrespeitam, reiteradamente, as disposições fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, faz-se necessário mencionar que os Direitos Fundamentais, não surgiram a partir do pensamento dos legisladores, mas sim, através de conquistas humanitárias, que foram aos poucos inseridas aos ordenamentos jurídicos dos diversos países e, reconhecidos e constitucionalizados pelos legisladores.

Pode-se citar inúmeros preceitos que permitem o desenvolvimento humano sem interferências estatais, o direito à propriedade, à vida, liberdade, dentre inúmeros outros previstos em Constituições e convenções internacionais. A atual Constituição Federal é reconhecidamente um documento garantista em relação aos direitos fundamentais, neste sentido leciona Ingo Sarlet (2012, p. 63-64)

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. [...] Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.

Os Direitos Fundamentais não estão enumerados apenas no Título II da Constituição Brasileira, mas estão presentes em toda a Constituição, como exemplo temos o direito à saúde. Tais direitos destinam-se a todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil. Assim, até mesmo um estrangeiro não residente no país

é destinatário da proteção constitucional. De acordo com Araujo e Nunes Junior (2013, p. 153)

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade)

Neste diapasão o Constituinte originário previu diversos direitos aos indivíduos que compõem o Estado brasileiro que se aplicam a inúmeros fatos jurídicos que ocorrem na sociedade. Na questão referente às biografias não autorizadas há dois direitos fundamentais suscitados pelas partes antagonistas, quais sejam, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da vida privada, ambos com sede constitucional arts. 5º, IV, V, X, IX, XIV e 220, CF/88.

A liberdade de expressão é considerada um direito fundamental de primeira dimensão, haja vista que seu exercício decorre de uma abstenção do Poder Estatal, encontra-se prevista desde a Constituição de 1822 no ordenamento jurídico pátrio. Seu conteúdo, na esteira de Paulo Branco (MENDES e BRANCO, 2012, p. 299), compreende “A garantia da liberdade de expressão tutela [...] toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...]”.

Destarte, se expressar faz parte da natureza humana, seja de que maneira for e para que finalidade. Desde quando o Homem criou as formas de se comunicar veem se expressando, seja consigo mesmo, com pessoas de sua comunidade ou com diversas culturas com o escopo de transmitir uma mensagem ou um conhecimento, seja por meio da linguagem – escrita ou oral – ou por intermédio de sinais, pinturas, desenhos, permitindo o desenvolvimento da sociedade e a propagação do conhecimento que propicia o desenvolvimento social e modifica o comportamento humano.

Portanto, este direito é inato à condição humana do Homem, não havendo possibilidade, em um Estado que observe a dignidade humana, a imposição de limites, tais como a censura, ao direito de manifestação do indivíduo.

Outrossim, o exercício do direito de expressão é fundamental para a consolidação do Estado Democrático, pois somente com a circulação de informação que tratam a respeito de investigações e denúncias, por meio do trabalho de uma imprensa livre, sobre os atos, compatíveis ou não com a vontade popular dos agentes públicos pode formar e modificar a opinião pública contra a propaganda oficial do governo, proporcionando e elevando a participação democrática nos assuntos estatais. Corroborar este entendimento a lição de Nicole Gonçalves (2014, p. 392)

[...] a liberdade de expressão é “ponto de partida” para qualquer proposta de democracia que pretende aprofundar e ampliar o debate na esfera pública. Sem liberdade de expressão não há diálogo público e inviabiliza-se a formação de uma opinião pública. Ademais, a liberdade de expressão é o direito fundamental que possibilita o exercício da soberania popular e pelo qual se concretizam as virtudes republicanas, uma vez que torna os cidadãos capazes de escolher, fiscalizar, contestar e exigir o devido exercício dos Poderes Públicos.

Ademais, cita-se o entendimento de que o direito de liberdade de expressão tem posição privilegiada na Constituição Cidadã com preferência em relação a outros direitos fundamentais, em que pese não haver hierarquia entre os mesmos, pois, conforme anteriormente mencionado, a partir do exercício do direito de liberdade de expressão se pode exercer ou adquirir outros direitos fundamentais, tais como o pleno exercício da democracia, sufrágio e autogoverno. Complementa este posicionamento a lição de Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz (2011, p. 401-402)

[...] a doutrina vem desenvolvendo a teoria de que as liberdades de expressão e de imprensa situam-se em uma posição privilegiada dentro da Constituição. Essa posição axiologicamente mais elevada se deve ao fato de que as liberdades de expressão e de imprensa, a um só tempo, permi-

tem o desenvolvimento de atributos inerentes à pessoa humana, bem como servem de instrumento para o exercício de outros direitos fundamentais.

Todavia, mesmo com sua fundamental importância para a sociedade nenhum direito fundamental é absoluto, há sim determinados limites que o direito de expressão deve observar sob pena de agredir diversos direitos fundamentais. As limitações podem ser veiculadas de forma expressa ou implícita. As restrições implícitas decorrem da interpretação constitucional sistemáticas, podendo-se citar a questão das manifestações de expressão que sejam impróprias para crianças e adolescentes. Sobre esta temática Gilmar Ferreira Mendes (MENDES E BRANCO, 2012, p. 307-308) leciona que

*[...] A liberdade de expressão [...] poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. A liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência.*

Entretanto, há algumas situações de relevo que a própria Constituição Federal prevê, expressamente, algumas restrições ao exercício pleno da liberdade de expressão com restrições à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º, CF/88), a imposição de que determinadas manifestações do direito livre de expressão sejam realizadas em faixa etária compatível com a mensagem abordada pelo periódico ou filme cinematográfico (art. 220, § 3º, CF/88), dentre outras normas expressas que impossibilitam de que o indivíduo divulgue sua opinião de maneira a afrontar direitos fundamentais de outrem.

Há ainda a limitação, implícita, imposta dele direito à inviolabilidade da vida privada à liberdade de expressão. O direito à inviolabilidade da vida privada é um gênero que abrange diversos dispositivos constitucionais, sejam relaciona-

dos à inviolabilidade de domicílio, de correspondência, da imagem e da própria intimidade e privacidade. Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 153) destaca sobre esses direitos fundamentais o seguinte

Privacidade (vida privada) e intimidade podem ser distinguidas em função do âmbito de abrangência e da intensidade. Assim, a privacidade corresponderia a uma esfera mais ampla (trabalho, família...), enquanto a intimidade, a uma esfera mais restrita. Fundamentalmente, porém, o direito é o mesmo, e o sujeito é que estabelece em que medida exerce seu direito [...]

É uma proteção que detem a pessoa humana contra a intromissão indevida em seus segredos ou em fatos que lhe causem determinado constrangimento que o indivíduo deseja omitir da opinião pública, da família e de terceiros, devendo-se respeitado pelo Estado e pelo particulares, haja vista que fatos íntimos pertencem a esfera pessoal de cada pessoa, não podendo ser propagados para terceiros, principalmente, se forem veiculadas com intuítos depreciativos, difamatórios, caluniosos ou com finalidade econômica.

No cenário sobre as biografias não publicadas há, de fato, possibilidade de afronta aos direitos de inviolabilidade da vida íntima do biografado, pois há fatos da vida da personalidade pública que ultrapassa seus interesses pessoais, sendo de interesse também público um fato particular que possa ter influenciado em determinado aspecto da vida social.

Um fato relevante sobre o direito à inviolabilidade da vida privada é o fato de que este direito fundamental tem uma aplicação diferenciada para cada indivíduo, pois dependendo de determinadas variáveis, tais como profissão ou exercício de cargo público, há uma redução no âmbito de sua privacidade, pois seus atos são importantes para a vida da comunidade, no entanto, deve-se atentar para esta maleabilidade não ser levada ao extremo, pois não se pode reduzir demais o direito à intimidade desses indivíduos, sob pena supressão total deste direito, fato que deve ser evitado, haja vista que mesmo reduzido deve permanecer um núcleo

existencial mínimo do direito fundamental. Sobre esta questão Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 154)

As pessoas famosas, especialmente os artistas que buscam e se beneficiam da notoriedade, expõem-se deliberadamente e provocam um interesse maior no público em geral. O âmbito de sua privacidade e seu direito de imagem são parcialmente diminuídos e protegidos com menos rigor que o das pessoas comuns. Ainda assim, é certo que o direito à reserva não desaparece e depende muito do contexto para se configurar.

Necessário frisar que esta controvérsia existente entre biógrafos e biografados ocorre em no âmbito exclusivo das relações privadas, sendo suscitados preceitos de direitos fundamentais contra os atos privados de publicação de biografia não autorizada para a defesa dos direitos da personalidade pública. Neste cenário, surge a teoria jurídica que determina a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações privadas, fato que modifica a dogmática da teoria dos direitos fundamentais que defendem a aplicação desses direitos somente para a defesa do indivíduo contra atos dos agentes públicos e não contra manifestações de vontade de particulares.

A denominada eficácia horizontal de direitos fundamentais, também conhecida na Alemanha como *Drittwirkung*, é uma evolução da aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais. Sua principal característica é que também os particulares devem, quando exercerem seus próprios atos de vontade, observarem toda a gama de direitos fundamentais da pessoa humana, servindo, esses não somente contra atos do poder público, mas também nas relações privadas que em algumas circunstâncias, como nas relações de consumo, são tão desproporcional quanto a relação Estado-pessoa, ampliando a eficácia protetional do indivíduo em todos os âmbitos de suas relações intersubjetivas. Sobre esta temática corrobora o escólio de José Adércio Leite Sampaio (2012, p. 654)

Os direitos fundamentais não são oponíveis apenas ao Estado, mas se aplicam também aos particulares, exigindo-lhes respeito e atenção. Sua eficácia, portanto, não se restringe aos domínios constitucionais, valendo, externamente, para os demais subsistemas jurídicos, por meio de relações intersubjetivas verticais (sujeitos privados e Estado) e horizontais (entre sujeitos privados). [...]. Indivíduos, sociedade e Estado são consorciados na política de realização jusfundamental.

Há inúmeras correntes doutrinárias que apontam como se devem aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, tais como as teorias de eficácia imediata e direta, da eficácia mediata e indireta, dentre outras doutrinas que visam tão somente compatibilizar pontos positivos de cada doutrina antagônica, contudo, em que pese as críticas, o Supremo Tribunal Federal tem adotado, segundo posicionamento de Leonardo Martins (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 108), que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas ocorre de maneira direta, tal posicionamento decorre dos julgamentos dos seguintes Recursos Extraordinários (RE)158.215 e 201.819.

Destarte, verificada a importância dos direitos fundamentais na atual Constituição brasileira, a previsão dos direitos à liberdade de expressão e inviolabilidade da intimidade, bem como a possibilidade de aplicação direta desses direitos fundamentais às relações privadas, aborda-se a ação direta de inconstitucionalidade em trâmite no STF que discute a constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil.

2. A Jurisdição Constitucional como Arena para Resolução de Conflitos entre Direitos Fundamentais.A ADI 4.815

Com o advento da Constituição como ápice do ordenamento jurídico e a irradiação de efeitos para todas as normas infraconstitucionais houve a necessidade de desenvolver mecanismos jurídicos para defesa deste importante documento normativo. Assim, fora desenvolvido a Jurisdição Constitucional, forma de exercício do poder que tem o escopo de resolver os conflitos que envolvam normas e princípios constitucionais.

Os conflitos existentes entre normas constitucionais são resolvidos, em determinados ordenamentos jurídicos, por órgãos diferenciados da jurisdição ordinária, para Favoreu (2004, p. 15) o contencioso constitucional deve ser resolvido por órgãos com exclusividade, situado fora do Poder Judiciário, independente deste e dos demais poderes, sendo denominados de Cortes Constitucionais. No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida tanto por órgãos judiciais como pelo Supremo Tribunal Federal, configurando uma dupla maneira de proteção da constituição, portanto, como o conflito encontra-se em sede constitucional órgão competente para resolver a contenda entre biógrafos e biografados é de competência do Supremo Tribunal Federal.

Como alhures demonstrado o conflito entre o direito de liberdade de expressão e a vida privada é ocasionado pela que necessidade de autorização do biografado para publicação de sua biografia por terceiros. Em decorrência da controvérsia entre jornalistas/editoras e personalidades públicas houve o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, registrada sobre o n. 4.815/DF, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, versando sobre a inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21, CC por afronta ao direito de liberdade de expressão e informação, ambos previstos no art. 5^a, IV, IX e XIV da Constituição Cidadã.

Deve-se ressaltar que na supracitada ação do controle concentrado não se questiona a inconstitucionalidade total dos dispositivos legais do Código Civil, mas sim a incompatibilidade parcial sem redução de texto de uma interpretação dada aos art. 20 e 21, CC por alguns órgãos do Poder Judiciário que proibiram a circulação de biografias não autorizadas, o legitimado ativo argumenta que se interpretando conforme a constituição a obrigatoriedade de autorização para publicação da biografia acarretaria uma inconstitucionalidade. Sobre a função da interpretação conforme a Constituição José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 462) escreve que

[...]. Em sentido geral, determina-se que as normas legais sejam interpretadas de acordo com as normas constitucionais. Se houver dúvidas quanto à compreensão de um texto de lei, seja ela anterior ou posterior à promulgação constitucional, deve-se acolher aquele sentido que esteja em conformidade com a Constituição em vigor. A interpretação conforme, por conseguinte, serve para atualizar o sentido das leis anteriores à constituição [...] e corrige eventuais indeterminações dos textos posteriores a ela, dotando-os de coerência e sentido a partir do que determina a Constituição [...].

Assim, o que se persegue é a inaplicabilidade de um entendimento a respeito da norma legal e não sua extirpação do ordenamento jurídico pátrio, pois os dispositivos do Código Civil podem ser aplicados a outros fatos jurídicos, tal como o uso indevido de imagem de uma personalidade pública por uma empresa com fins lucrativos.

A demanda, que tramita sobre os ditames do controle abstrato de constitucionalidade foi ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL e conta com inúmeros *amicuscuriae*, tais como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Eduardo Banks, Academia Brasileira de Letras, Artigo 19Brasil, Instituto Histórico e Geográfico brasileiro, dentre outros.

Indica-se que o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública sobre a temática, fato que demonstra a complexidade que envolve o conflito. Impõem-se reconhecer que a utilização deste novel instrumento jurídico acarreta maior legitimidade para a decisão proferida pela Corte Suprema, pois esta estará fundada não somente na técnica, mas também em argumentos suscitados pelas partes interessadas, acarretando maior segurança jurídica ao controle abstrato de constitucionalidade.

Um dos principais argumentos do legitimado ativo que propôs a ação é de que os arts. 20 e 21, CC possibilitam uma espécie de censura privada pelo Poder Judiciário, já que o dispositivo legal permite que o indivíduo ou seus familiares, em caso de falecimento do biografado, que tiver a divulgação

de escritos, sem sua devida autorização, que afronte sua honra, boa fama, respeitabilidade ou tiver fins comerciais pode acionar o Poder Judiciário requerendo a proibição de circulação, requerendo, inclusive, indenização pecuniária.

Afirmam os defensores desta tese de que personalidades públicas com trajetória pessoal, política, profissional ou esportiva de relevo na sociedade detem uma redução na sua esfera da vida privada e íntima, pois sua vida se confunde com a história coletiva da sociedade, sendo imprescindível para a sociedade a divulgação de fatos da sua vida para melhor compreensão ou influência de sua atuação na sociedade e/ou em movimentos sociais, artísticos ou literários.

Por seu turno, os que argumentam a favor da constitucionalidade dos dispositivos legais contidos na codificação civil entendem que eles, tão somente, são garantias para os indivíduos e que, também, detem fundamentação constitucional, já que os incisos V e X, art. 5^a da Constituição Federal vedam qualquer ato contra a vida privada e íntima e, em que pese os atos da vida civil tenham algum relevo para a opinião pública há circunstâncias que dizem respeito somente ao biografados e não a terceiros.

Ademais, um argumento que é suscitado sobre esta celeuma é referente ao benefício econômico que a comercialização da obra acarretará ao autor da biografia, sendo este, na verdade, porém nunca admitido, o principal interesse sobre a questão das biografias não autorizadas, pois a quantidade de unidades vendidas sobre determinada personalidade do ramo musical, literário, político ou esportivo pode alcançar níveis econômicos estratosféricos, não sendo repassado qualquer valor ou participação para a figura do biografado, já que este não autorizou a veiculação de suas informações pessoais.

Destarte, o que se verifica é que há argumentos legítimos para ambas as partes interessadas, sejam aqueles que querem exercer o direito de liberdade de expressão ou aqueles que querem omitir determinadas situações de sua vida privada, mesmo que essas possam ser de relevante interesse público.

A restrição (necessidade de autorização) imposta pelo Código Civil à liberdade de expressão configura-se como uma lei restritiva ao direito fundamental, todavia, para que esta seja constitucional deve, segundo Canotilho (2003, p. 451) preencher seis requisitos, quais sejam: 1) Tratar-se de uma lei formal e organicamente constitucional? 2) Existe autorização expressa da Constituição para o estabelecimento de limites através da lei? 3) A lei restritiva tem caráter geral e abstrato? 4) A lei restritiva tem efeitos retroativos? 5) A lei restritiva observa o princípio da proibição do excesso, estabelecendo as restrições necessárias para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? 6) A lei restritiva diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais?

A questão, porém, se encontra sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, onde, atualmente, todas as questões importantes para a sociedade brasileira se encontram sendo resolvidas, já que o Congresso Nacional se omite em tomar partido a respeito de qualquer controvérsia social, todavia, não há data para julgamento, em plenário, desta contenda, todavia, é seu dever resolver a questão da maneira constitucionalmente adequada, devendo responder os questionamentos supramencionados para verificar se é constitucional ou não a necessidade de autorização do biografado para que o biógrafo comercialize uma biografia.

Verificado as razões do ajuizamento da ação do controle concentrado, bem como a argumentação jurídica de cada parte envolvida, apresenta-se um caminho para a resolução desta controvérsia que causa instabilidade nas relações sociais privadas.

3. Proposição para Resolução do Conflito no Caso das Biografias não Autorizadas

Conflitos entre direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, são, relativamente, normais. O juiz constitucional tem que fazer um esforço

hermenêutico hercúleo para compatibilizar os direitos existentes na Constituição Federal, pois in-variavelmente previsões que veiculam direito à vida entram em conflito com o direito à morte digna, assim como o direito de propriedade e o direito à moradia e do direito de livre iniciativa e proteção ao trabalhador, dentre inúmeros outros. Luís Roberto Barroso (2011, p. 329) afirma que a colisão de direitos fundamentais decorre da “[...] complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados que eventualmente entram em choque.”

Portanto, a colisão entre liberdade de expressão e inviolabilidade da vida íntima é só mais uma dentre inúmeras contendas entre direitos fundamentais e a manifestação livre do pensamento. Adverte-se que o direito de liberdade de expressão entra, constantemente, em colisão com outros direitos fundamentais não só no Brasil, mas em outros ordenamentos jurídicos, tendo o Tribunal Constitucional Alemão julgados inúmeros casos relacionados aos exercício da liberdade de expressão, tais como Luth-Urteil, Schmid-Spiegel, Blinkfüer, Solidaritätsadresse, “SoldatensindMörder”, Parabolantenne, Spiegel-Urteil, Benetton/Schockwerbung, Tendenzbetrieb, dentre outros, mencionados na coletânea de Jürgen Schwabe(2005, p. 379-460.

No Brasil, na esteira do posicionamento de Walter Claudius-Rothenburg (2014, p. 155) quando há conflito entre direito de informação e a privacidade, se houver relevante interesse público, o Supremo Tribunal Federal tem um posicionamento de privilegiar a vida íntima do indivíduo em detrimento da liberdade de expressão, fato este comprovado com a decisão da Suprema Corte que julgou constitucional a determinação legal que prevê a exibição da remuneração dos servidores públicos em sítios na rede mundial de computadores.

As questões conflitantes entre direitos fundamentais, invariavelmente, devem ser resolvidas pelo critério da proporcionalidade, pois na lição de Barroso (2011, p. 333) as colisões entre direitos fundamentais tem a peculiaridade de não

adequação aos critérios tradicionais de solução de antinomias, inadequação do método substitutivo e a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado para a colisão.

Sobre a proporcionalidade insta destacar que segundo Walter Claudius Rothenburg (2008, p. 291) a proporcionalidade não é um princípio constitucional – em que pese tenha se tornado comum, tanto na doutrina como na jurisprudência, esta adjetivação –, mas sim uma forma de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, pois a proporcionalidade “nada diz sobre um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico, apenas se dirige a relações que se estabelecem entre normas jurídicas de conteúdo material”. Corroborar este entendimento a lição de Luís Vírgilio Afonso da Silva (2002, p. 25)

O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações. Assim, a proporcionalidade teria o caráter de regra jurídica, não de princípio.

Portanto, por meio do critério da proporcionalidade pode-se chegar ao modo de compatibilização entre os princípios da liberdade de expressão e da inviolabilidade da vida íntima, contudo, para se chegar a uma resposta constitucionalmente adequada o interprete deve ultrapassar os três estágios que compõem o critério da proporcionalidade, quais sejam; adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 98) a adequação, também, denominada de idoneidade e conformidade é “A capacidade de proporcionar o alcance do objetivo pretendido ou pelo menos contribuir para tanto”.

Por sua vez, a necessidade, no escólio de Humberto Ávila (2012, p. 192) consiste na

[...] verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhidos pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito configura-se, na lição de Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 249) como o

[...] o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas. Este princípio parcial se deixa formular como a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material e que diz que quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Aplicando-se ao conflito entre liberdade de expressão e inviolabilidade da vida privada esses subcritérios da proporcionalidade deve-se concluir pela constitucionalidade ou não da autorização para publicação de biografias.

Quanto à adequabilidade da necessidade de autorização para publicação de biografias, entende-se que não é razoável quanto o texto do biógrafo tratar exclusivamente de atividade profissional, contudo, quando houver fatos da vida privada da personalidade pública a necessidade de autorização é adequada, tendo em vista que as particularidades de cada indivíduo são protegidas pelo ordenamento jurídico.

Em relação ao subcritério da necessidade, há razão ao legislador de impor um óbice ao livre exercício da liberdade de expressão dos biógrafos, já que tem o escopo de coibir abusos que possam causar prejuízos as personalidades públicas. Todavia, entende-se desproporcional a necessidade de chancela quando se tratar de escrito que veicula fatos ocorridos com exclusividade no âmbito profissional do indivíduo.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é uma ponderação entre os dois princípios constitucionais. É neste estágio que o interprete deve fazer um sopesamento e verificar as benesses e os prejuízos decorrentes da restrição ao direito fundamental, visando encontrar uma solução justa ao conflito sem acarretar danos aos direitos fundamentais colidentes.

Destarte, fazendo-se um juízo de ponderação e visando privilegiar ao máximo tanto a liberdade de expressão e a inviolabilidade da vida privada, realiza-se uma cissão fática no tema das relações das biografias não autorizadas, se o texto fizer menção à atividade profissional desenvolvida pela personalidade pública, tal qual a influência de Sílvio Santos na comunicação brasileira, prestigia-se a liberdade de expressão em detrimento da inviolabilidade da vida privada, todavia, se o escrito abordar questões relacionadas à intimidade da personalidade pública, a liberdade de expressão deve ceder em prol da observância da proteção constitucional da vida privada.

Assim, observando os subcritérios que compõem a proporcionalidade, propõem-se que a controvérsia relacionada aos direitos de biógrafos e biografados e entre os direitos fundamentais já exaustivamente citados seja compatibilizada da seguinte maneira: os escritos devem ser relacionados tão somente com a atividade profissional exercida pela personalidade pública, sendo inconstitucional a autorização para esta manifestação da expressão, não necessitando de autorização, pois essas informações podem ser adquiridas em documentos público ou notícias veiculados pela imprensa.

Entende-se que quanto à atuação profissional a inconstitucionalidade da autorização persiste, pois a compilação da atuação desta personalidade pública em um livro pode influenciar a forma como a sociedade ver ou reconhece determinado segmento profissional propiciando o desenvolvimento e a propagação do conhecimento ou determinada atividade lúdica ou esportiva, fato que elevou o direito de liberdade de expressão ao status constitucional. Ademais, obstar a propagação e o desenvolvimento de um conhecimento a vontade de uma única pessoa não se coaduna com os ditames da uma sociedade justa, livre e solidária.

Contudo, quando a intenção do biógrafo for relacionada a assuntos particulares do biografado, sem qualquer vinculação com a atuação profissional de relevante interesse social e sem qualquer influência em determinado segmento do conhecimento há que se proteger a vida privada deste, incidindo, assim, toda a proteção constitucional da personali-

dade humana, exigindo-se sua autorização para veicular fatos de sua intimidade, pois somente com o depoimento do biografado é que se pode alcançar a verdade dos fatos e a razão de determinado comportamento daquela personalidade pública em algum momento de sua existência, algo inatingível se não houver a colaboração daquele que se está contando a história de vida. Lembra-se que o direito à liberdade e expressão está limitado à verdade dos fatos, não podendo ser veiculados fatos que desvinculados da realidade dos fatos.

Ademais, caso o texto do biógrafo seja difamatório ou de alguma maneira infrinja ou cause prejuízos à honra da personalidade pública deve haver a condenação na reparação civil e supressão da parcela da obra que cause danos ao biografado, inadmitindo-se a veiculação total da obra.

Por fim, defende-se que os ganhos pecuniários obtidos com a comercialização da obra sejam repartidos com a personalidade pública, pois a própria Constituição protege o uso da imagem dos indivíduos, assim, no julgamento do *leading case* deve-se prever parâmetros percentuais de distribuição dos dividendos ao biografado com base no número de edições vendidas ao público, possibilitando-se que caso ocorra controvérsias quanto aos valores, o juiz de primeira instância possa rever o percentual do repasse pecuniária ao biografado limitados aos parâmetros estabelecidos na decisão judicial.

Entende-se que desta maneira haveria uma compatibilização dos variados interesses relacionados a questão das biografias não autorizadas, prestigiando-se ambos os direitos fundamentais, o da liberdade de expressão e o da inviolabilidade da intimidade, ora um direito fundamental sendo aplicado, ora outro cedendo espaço, havendo uma reciprocidade mútua de interesse para ambas as partes que estabelecidas as premissas necessárias para exercício do direito fundamental poderão exercê-lo sem o receio de encontrar-se realizando um ato ilícito.

CONCLUSÃO

Quando se trata da temática referente a conflitos entre direitos constitucionalmente garantidos não há uma resposta objetiva pronta que se aplique a inúmeros fatos jurídicos de maneira semelhante, o julgador, investido no poder/dever de proteção da Constituição deve ponderar vários argumentos até que se encontre uma resposta viável para o antagonismo, sem que ocorra ofensas, desrespeito ou extinção da norma ou princípio constitucional inaplicado.

Na questão de fundo deste ensaio defende-se que a liberdade de expressão do biógrafo deve ser restrita à atividade pública-profissional exercida pela personalidade pública, desde que respeitado determinados limites, tais como o escrito encontrar-se fundado em documentos, notícias ou testemunhos de pessoas ligados às áreas de atuação da personalidade pública, que não causem prejuízos à honra e imagem do biografado.

Contudo os aspectos ligados à vida íntima sem qualquer influência com a atividade profissional, artística ou pública exercida pela personalidade de relevo na sociedade encontram-se protegidos pelas previsões constitucionais, não podendo haver interferências sem autorização. Convenhamos que saber as razões e os sofrimentos causados pela perda do cantor Roberto Carlos ou os fatos que ocorreram após a perda de um dedo pelo ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva não interferem em nada nos papeis sociais realizados por este na sociedade, não sendo fatos que possam ser veiculados sem a autorização da personalidade pública, até porque as únicas pessoas que possam passar uma mensagem fidedigna com a realidade é a própria personalidade pública, faltando com o dever da verdade, pois nenhum relato de terceiro terá a capacidade de transmitir a realidade dos fatos da maneira correta.

Todavia, a controvérsia a respeito das biografias não autorizadas é somente um exemplo entre conflitos de direitos fundamentais, na própria relação entre liberdade de expressão

versus intimidade. Diversos conflitos surgirão com o desenvolvimento das tecnologias e o uso de redes sociais, devem o juiz constitucional encontrar-se apto para resolução dessas novas relações sem as restrições impostas pela lei, possibilitando que, sempre à luz do caso concreto, possa se privilegiar ora a liberdade de expressão, ora o direito de inviolabilidade da vida privada.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 16° ed. São Paulo :Verbatim, 2012.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios : Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13° ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contem-porâneo : Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. Saraiva : São Paulo, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo : Atlas, 2012.
- FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. São Paulo :Landy, 2004.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, argumentação e ponderação. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.
- KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang (ORG). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal : Balanço e Crítica. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2011
- MÄDER, Nicole P. S. Gonçalves. Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin (ORG). Direito Constitucional Brasileiro : Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7° ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. São Paulo : Método, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Tempero da Proporcionalidade no Caldo dos Direitos Fundamentais. In OLIVEIRA NETO, Olavo. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro :Elsevier, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte : Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais : Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11° ed, rev e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Fundación Konrad-Adenauer : Monte-video, 2005.

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

Marco Evangelista

Professor universitário de Direito Civil, Empresarial, do Consumidor e Teoria Geral do Processo. Advogado.

A INTERNET E SEU MARCO CIVIL – O QUE, PARA QUEM, COMO

Considerações iniciais

Visto como uma necessidade para alguns e algo supérfluo por outros, desde junho de 2014 (a lei é de abril, com sessenta dias de *vacatio legis*) entrou em vigor o Marco Civil da Internet (MCI); estranhamente, sendo mais alvo de atenção antes de sua publicação do que após.

Já de saída percebemos que a Lei ordinária n. 12.965, de 23.04.2014, tem espírito de estatuto: é principiológica, tece normas sobre mais de uma esfera do direito e funda um microsistema; encaminhando-se para o topo do direito cibernético (que valha o neologismo).

1. A necessidade (ou não) de um marco civil

Ao contrário do que se possa pensar, não é para usuários que o MCI mais se destina. Igualmente, tem pouca utilidade para a situação atual. O MCI é um instrumento de planejamento empresarial para investimentos na área – de interesse empresarial, portanto; e é prospectivo – é utilizado pelo investidor para a visão inicial do Retorno sobre o Investimento

(ou “ROI” – *Return Over Investment*, como originalmente criado o fator).

Acaba sendo um instrumento para análise de riscos e oportunidades de mercado. Afinal, é financeiramente sustentável o investimento telemático em internet no Brasil? Quais são as bases de (não) intervenção e segurança estatal exigíveis?

2. Diretrizes norteadoras

É um dos dogmas do MCI o “reconhecimento da escala mundial da rede”, o que significa o comprometimento do Estado em não isolar as comunicações telemáticas dentro do país, ou subtrair-se aos dados eletrônicos do exterior – o que pode inicialmente não fazer tanto sentido, ganha contorno importante quando lembramos que em países como China e Korea do Norte existem muros cibernéticos ao e no tráfego de dados.

O MCI determina que a internet vise ao desenvolvimento da personalidade. Um longo exercício de hermenêutica sobre o que venha a ser “desenvolvimento da personalidade” surge. O que seria isto? Desde nossa obra “Info Direito” (2013: p.65), sustentamos a existência de uma verdadeira “Personalidade digital”, que ali chamamos de “Teoria da Personalidade Virtual”; a depender do escopo da exegese, é tal personalidade reconhecida de forma pioneira no direito brasileiro; reproduzamos o texto de nossa obra:

“Na convivência cibernética, desenvolvemos um comportamento distinto de nosso convívio real. Assim, toda ofensa motivada por comportamento virtual, propagada em um meio virtual, deve ser julgada, quanto à sua gravidade, não pelo que a vítima é em sua vida real, mas sim pelo cotejo com sua personalidade virtual.”

O exercício da cidadania também está inscrito no MCI, sendo bifronte: permite ao Estado exigir por meio digital qualquer ato praticável pelo particular e que o possa ser neste meio; e garante ao particular exigir do Estado a comodidade de que este promova em meio digital qualquer ato que necessite para cumprimento de

suas obrigações como cidadão – se limitando a procedimentos físicos ao absolutamente indispensável (como comparecimento pessoal para determinados atos, por exemplo).

O capitalismo cibernético está *abençoado* pelo Estado, pela novel lei – o ato de lucrar através de comércio, indústria e serviço já é garantido ao particular desde a Carta Magna, o MCI abre legalmente os meios virtuais ao *eCommerce*; em qualquer de suas facetas “B”, a saber B2B (*business to business*), B2C (*business to-consumer*), B2G (*business togovernment*) ou G2C (*governmentto-consummer*).

A função social da propriedade, bem como a função social dos contratos igualmente se torna exigível nos meios virtuais, quando o MCI enuncia o “interesse social da rede”; significando que não é dado a nenhum usuário causar dano de tráfego ou conteúdo ao outro – é a face jurídica do que se convencionou chamar de “democracia da rede”, razão pela qual não assiste razão a qualquer usuário de rede social que se arvore a “xerife da rede” ou queira ditar regras de postagens em páginas coletivas.

Dentre os princípios próprios da Internet no Brasil, segundo o MCIestão, além dos princípios radiais gerais (como o da liberdade de expressão), os o da “privacidade”, “proteção dos dados”

– tais princípios já nascem mitigados pela própria lei, como veremos (porque relativizados, no sentido de não conter exceções, nenhum princípio o é).

Ao principiar a “segurança” como valor da rede, o Estado menciona que dará ao cidadão, no limite do tecnologicamente possível, a tranquilidade quanto à integralidade de seus dados e comunicações – a proteção de que não será deletado aquilo que foi confiado p ara ser mentido – não deixa claro o Marco Civil quais serão os meios empregados para tal; mas igualmente não os limita.

À certeza de que o sistema estará plenamente operante a lei em comento chama de “princípio da funcionalidade”, e à certeza de que estara em pleno emprego sempre que desejarmos, chama de “estabilidade” – são corolários da

segurança jurídica aplicados à seara cibernética, valores igualmente plasmados no MCI.

Em atenção ao princípio da continuidade do serviço público o MCI prescreve a possibilidade de suspensão do serviço no caso de débitos existentes; mas sabemos que se aplica, também, a lei dos contratos administrativos (Lei n. 8.987/1995), que indica como casos legais de suspensão a segurança das instalações e manutenção da rede (inciso um do parágrafo terceiro do artigo sexto da lei).

Uma vez que não existe liberdade sem senso de responsabilidade, tal princípio, o da “responsabilização”, também está plasmado no marco – cabível a todos os agentes – ativos e passivos – de produção e uso de conteúdo cibernético – sabemos que tal mandamento se encontra já presente no chamado “triângulo da responsabilidade civil”, representado pelos artigos 186, 927 e 402 do Código Civil, aplicáveis a qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, que possa causar dano ao bem jurídico alheio.

Não excluir qualquer pessoa que possa atuar na melhoria e desenvolvimento da rede é o que pretende o “princípio da participação”; tanto que, adiante no texto, traz como norma programática a utilização de “padrões tecnológicos abertos”. O que quer o Estado é que qualquer cidadão que tenha conhecimento técnico possa agir e ter gestão ativa na construção e aprimoramento da rede, visando atingir sua otimização.

O “princípio da liberdade” tem claro efeito prospectivo, pois conota que, a princípio, não vetará o Estado qualquer modelo de negócio na rede, ou seja, não intervirá nas contratações e formas de uso legal que os próprios usuários assim vierem a criar. Ao contrário do que pense a pessoa de diligência normal, a internet é uma plataforma, um ambiente de comunicação, onde vários protocolos coexistem, a saber, o e-Mail (*eletronic mail*), o http (*hypertext transfer protocol*, mais conhecido como *www – world wide web*, sendo o celeiro das páginas virtuais) e ftp (*file transferprotocol*) – ora, bem pode surgir, a qualquer momento uma nova aplicação ou um novo

protocolo, podendo implementá-lo na rede sem oposição do Estado.

Prevê o MCI a neutralidade, por princípio, da internet. Para entendermos o significado de tal termo, precisamos fazer analogia com as ondas *hertzianas*, ou ondas de rádio. Essas ondas são inteiramente reguladas pelo direito brasileiro: algumas pertencem às transmissões de televisão, outras, de rádio, outras de radiocomunicação marítima, faixa do cidadão (PX), radioamador, telefonia celular e redes *wireless* (wifi); não é por outro motivo que quaisquer aparelhos que utilizem ou gerem ondas *hertzianas* precisam de homologação da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) para operarem no Brasil. “Neutralidade”, em suma, é não intervir a tal profundidade.

Poderia então o conteúdo da internet ser regulado, monitorado. É questão de simples vontade política. No entanto, o MCI firmou o dogma da neutralidade, ou seja: não intervenção estatal – bem pode significar não controle por parte do Estado. Poderia, mas não é realmente isso – o que se pretende é que o Estado jamais, de forma autônoma e ativa, vigie conteúdo dos cidadãos; nada impedindo a interceptação nos moldes e motivos que a lei determinar.

Aqui temos um paradigma: as ondas *hertzianas* citadas são algo da natureza, no entendo, são administrativamente monitoráveis pelo direito brasileiro; mas a internet, de origem puramente humana, não sofre interferência.

O que o MCI chama de “neutralidade” nada mais é, também, do que a aplicação do princípio da isonomia nas contratações – é a dicção legal de que não haja tratamento diferenciado dentre os vários contratos de fornecimento de conexões de internet, permitida apenas a diferenciação para serviços de emergência. Pode eventualmente um provedor de conexão diminuir a velocidade de transmissão de dados de clientes pré-pagos, desde que para finalidades de manutenção da rede, ou para permitir a transmissão, na mesma banda, de dados urgentes; e quando o fizer, deve avisar cabalmente o usuário sobre a medida.

A promoção da inclusão digital e estímulo à produção e circulação de conteúdo cibernético nacional deve ser estimulado pelo Estado, nem como ao uso de códigos abertos, ou seja, programas que possam ser aprimorados por quem queira e possa melhorá-lo tecnicamente; no que toca ao estímulo à produção de conteúdo, isso passa por implementação de repositórios virtuais para conteúdos, aos moldes dos tantos existentes no ramo jurídico; mas fomentados pelo Estado, ao menos para que se cumpra tal dogma do MCI.

Deve ainda haver ainda o compartilhamento de dados entre os sistemas de “Governo Eletrônico” das unidades da federação, bem como a fixação periódica de metas de melhoria do sistema de internet; aqui andou o MCI um passo à frente, aliás, deu um infeliz salto. Melhor teria andado o legislador se tivesse fixado metas temporais para implemento da totalidade de serviços públicos oferecidos em meio virtual.

3. Até onde vai o sigilo na rede?

A intimidade e vida privada ficam garantidos no MCI. Precisamos diferenciar os dois institutos, afinal, não se protege o que não se conhece; aqui, nos socorramos de nossa obra “Direito Civil sem estresse!” (2013, p.56), que traz:

“No que toca a esses dois últimos, lembramos que “Intimidade” é o segredo; e “Vida Privada” é o espaço físico dado a cada ser humano como sendo inviolavelmente seu.”

São, portanto, dois direitos aqui: o de não ter o seu dispositivo eletrônico violado por meios da internet (vida privada), e de não ter o conteúdo de seus dados devassados (intimidade); incluindo também não ver seus dados de identificação cedidos a terceiros, sem a expressa anuência do usuário. Difere da inviolabilidade do “fluxo de comunicação”, que significa não ter os horários, remetentes e destinatários dos dados recebidos e transferidos – literalmente, direito a esconder de onde e para onde fluem suas informações.

4. Direitos dos usuários

Antes de tratarmos sobre o que seja usuário, precisamos afastar tal conceito da ideia de “consumidor”. “Usuário” de internet é um dos sujeitos do tráfego, não estando em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade – não esqueçamos que pessoas jurídicas e o próprio Estado são enquadráveis na dicção “usuário”.

O usuário é mais um polo – ativo e passivo – na teia de informação, sendo um player em igualdade de condições e integrante da relação jurídica existente no mundo cibernético. Como ensina Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹, “A expressão ‘relação jurídica’ designa o vínculo que liga duas ou mais pessoas, estabelecendo direitos e deveres recíprocos” – assim, pode ser que o usuário, ainda que destinatário da proteção do Estado, pode ser o gerador de dano, inclusive coletivo, aos demais integrantes da rede.

Tem o usuário direito à informação clara dos termos do seu contrato de fornecimento de serviços de internet; e pode o provedor de conexão apoderar-se de dados do usuário desde que use para fins justificáveis de melhorar a conexão, que não ofenda a lei e esteja o usuário ciente contratualmente de tais captações – pode o provedor captar informações sobre o tipo de *modem* que o usuário opera, por exemplo – e tais dados devem ser deletados ao final do contrato.

Adentrando aos meandros do direito empresarial (avisamos que a lei toca em várias esferas do direito), o MCI proíbe “medidas anticoncorrenciais”, como exemplo: o cartel, monopólio, oligopólio e *dumping* (diminuição artificial de preços visando aniquilar a concorrência).

Os serviços de guarda de dados – nominados modernamente de “nuvem”, que é a armazenagem de dados em diversos servidores externos à máquina do usuário – devem

¹ RAMOS FILHO. Carlos Alberto de Moraes. Limites objetivos à revisibilidade do lançamento no processo administrativo tributário. in www.conpedi.org.br/manaos/arquivos/anais/direito_tribut_carlos_a_ramos_filho.pdf acesso em 30 de outubro de 2014.

preservar, além da intimidade e vida privada, o direito à imagem e a honra.

“Imagem” é um instituto com dois componentes, como ensinamos em nossa obra civilista mencionada(p. 57):

“No caso da imagem, esta se divide em Imagem-Retrato e Imagem-Atributo. Imagem-Retrato é a forma plástica de nossa personalidade (sim! É possível ver nossa personalidade! Olhe-se no espelho!); e Imagem-Atributo é o conjunto de características não plásticas que individualizam a pessoa, como a boa fama, respeitabilidade pública etc. É também chamada de ‘reputação’, pois a palavra putare em latim equivale a ‘imaginar’ (expressões como ‘credor putativo’ ou ‘legítima defesa putativa’ se referem a fatos não ocorridos, mas que foram imaginados), daí dizermos que ‘reputação é o que pensam (imaginam) que somos’”.

E o direito à honra,

“Quanto ao Direito à Honra, precisamos, para entendê-lo, traçar uma ideia, prévia, de ‘moral’. Moral é o conjunto de valores de uma pessoa. Todos os valores de uma pessoa (amizade, lealdade, respeito, religião, pudor etc.) são chamados de ‘moral’ da pessoa. Ocorre que todos nós elegemos alguns desses valores como mais importantes e os colocamos no topo da nossa moral. Ao conjunto dos valores mais importantes de uma pessoa, chamamos de ‘honra’.”

Lembramos que essa proteção não se sustenta frente à ordem judicial ou interesse público – o embate “direito de imagem x direito à informação” é tema para outro trabalho específico, só aqui deixando ressaltado que, até o presente momento, não existe entendimento único, nas diversas Cortes, sobre o sopesamento de princípios atinentes à informação preponderante ou não sobre o direito à imagem, mormente se esta for obtida em local público. No que toca ao STJ, a tendência atual é resguardar-se o direito de imagem em detrimento ao direito à informação, como segue o julgado explicativo:

Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM. MORTE EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO.

(...)

2. Havendo violação aos direitos da personalidade, como utilização indevida de fotografia da vítima, ainda ensanguentada e em meio às ferragens de acidente automobilístico, é possível reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme art.12 do Código Civil/2002.

(...)

4. Relativamente ao direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano.

O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

Precedentes

(...)

(REsp 1005278/SE, Rel. Min.Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 04.11.2010, DJe 11.11.2010) (2007/0264631-0)

Uma grande porta à quebra do sigilo, presente no parágrafo quarto do décimo artigo do texto, é permitir às autoridades administrativas (não só às judiciais), terem acesso a dados pessoais de usuários; a lei indica “qualificação pessoal, filiação e endereço” como dados que podem ser consultados pela administração pública. Quanto a isso, o MCI prevê decreto regulamentar que, até o momento da lavratura deste trabalho, não viu a luz.

É a velha gangorra dos limites do poder de polícia do Estado na vida do indivíduo. Não gostamos de ser vigiados, mas achamos que o Estado pode vigiar outros, para nossa segurança.

O professor Carlos Alberto (2012, p. 39) nos lavrou algo bem relevante sobre:

“O poder de polícia é a prerrogativa que o Estado tem de, observadas as normas jurídicas, disciplinar o exercício dos direitos individuais relacionados com o uso, o gozo e a disposição da propriedade e com o exercício da liberdade dos administrados, compatibilizando-os com o bem-estar social ou com o próprio interesse do Poder Público.

É que o interesse geral (público), cuja satisfação busca o Estado, nem sempre coincide com os interesses individuais. Isso porque (...) o interesse geral não é a soma dos individuais.”

O desrespeito aos dados dos usuários impõe a quem deva guardá-los as sanções de advertência, multa, suspensão e proibição de atividade. A multa é de até dez por cento do “faturamento do grupo econômico no Brasil”, excluído o valor pago em tributos.

Não é nova no Brasil a obrigatoriedade de se guardar dados. Na Lei de Imprensa recentemente declarada não recepcionada pelo STF (Lei n. 5.250/65), constava plasmado que deveria haver, no rádio e na televisão, o armazenamento pelo prazo mínimo de trinta dias de tudo o que fosse irradiado – tais gravações eram conhecidas pelo jargão de “gravação da censura”. O que surgia a princípio como uma obrigação passou a ser uma segurança para as próprias emissoras na defesa de seus interesses, já que tais memórias serviam de contraprova à acusação de difamação.

Uma das discussões surgidas no debate do projeto de lei do MCI era se haveria necessidade, ou não, se tempo mínimo de guarda de dados, para ulterior eventual objeto de prova, se necessário fosse.

Como decisão política resultante, chegou-se a que duas guardas de dados devem existir: a guarda dos dados de acesso, e guarda das aplicações acessadas.

Deve haver, por parte do provedor, guarda dos endereços visitados pelo usuário. Além de aumentar o investimento operacional para tal armazenagem, seria a instituição do Estado-Polícia, pondo fim à própria proteção da intimidade dos usuários. O parágrafo quarto do artigo treze determina que o provedor, caso seja instado a informar o registro (logs) de conexão de algum usuário, não pode revelar a este usuário sobre a requisição dos dados deste – a depender da visão investigativa ou garantista, se pode questionar a constitucionalidade de tal mandamento.

O artigo quinze o MCI traz a obrigatoriedade de guarda dos registros de acesso a aplicações de internet. Queremos crer que se trata de registro dos acessos aos endereços das páginas de internet – para diferenciar do registro anterior que se refere aos momentos de uso efetivo do tráfego da rede, a saber, as conexões referentes aos momentos de início e fim de cada acesso ao serviço. O tempo de tal guarda é de seis meses, podendo ser maior a depender de ordem judicial específica; tais dados são acessíveis por autoridades policiais, administrativas ou pelo Ministério Público, mediante ordem judicial. O risco é a finalidade de tais acessos (para processos estritamente penais ou para qualquer investigação?) não fica clara no MCI, dando asas até para o Fisco ampliar sua verve “*big brother*”.

Não é dado a nenhum provedor ou *host* guardar dados cuja lei não determine ou que não seja permitido pelo usuário.

5. O conteúdo das páginas de internet

Entendamos como conteúdo o conjunto de sinais numéricos, alfanuméricos e gráficos, expressos por meios visuais ou audiovisuais e transmitidos por meios telemáticos.

Admitindo que os sujeitos da comunicação telemática de conteúdo são o conteudista, o hospedeiro (ou *host*, também chamado de “provedor de aplicação” pelo MCI), o receptor e o provedor de conexão, temos que este último é isento de responsabilização civil por postagem do conteudista. Qualquer texto diferente faria com que houvesse menos provedores de conexão (só os grandes conglomerados estariam prontos a fazer frente a eventuais responsabilizações) bem como haveria um controle indireto do Estado nos conteúdos, desta feita promovida pelos próprios entes operadores das conexões – imaginemos a Oi, Claro, Net ou Vivo inspecionando os dados que trafegam por suas estruturas.

O provedor de aplicações não tem responsabilização pelo conteúdo que hospedar, em condições normais. Mas alguém que se sinta atingido por conteúdo pode requerer, dentre outros pleitos a notificação do host para retirada do conteúdo – somente em

este não atendendo a ordem judicial (cuja competência é entregue, pelo MCI, aos Juizados Especiais) é que passa a ser responsabilizado pelo conteúdo do objeto do pleito.

Em havendo responsabilização do conteudista, o provedor de aplicações é responsável subsidiário perante a vítima na reparação dos danos.

O artigo vinte do MCI permite que se enquadre no polo passivo de uma lide referente a conteúdo somente o provedor de aplicação; sendo cabível a este a comunicação ao conteudista sobre o bloqueio operacional do conteúdo – sendo direito do conteudista fazer surgir, no endereço eletrônico bloqueado, a figuração da ordem judicial.

O bloqueio de conteúdo não necessariamente surtirá efeito na prática, posto que o MCI expressa “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço” – ou seja, se o conteúdo já se propagou por outros servidores, não pode o provedor original ser responsabilizado; carece a norma de qualquer outro instrumento que permita o rastreamento automático de propagação do conteúdo.

Isso apenas deixa claro que o MCI parece de um defeito: foi escrito por políticos legisladores, não por (ou, aparentemente, sequer auxiliados) iniciados em tecnologia da informação. De tal defeito não padece, por exemplo, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), cujos legisladores se serviram de conhecimentos técnicos de contadores e economistas.

6. O acesso aos registros

Uma das utilidades da guarda de dados é o seu acesso – não havendo qualquer outro motivo para guardá-los. Para que se tenha acesso a tais dados, o requerente deve provar ao juiz (lembramos: o acesso só por via judicial) a verossimilhança da alegação do dano, a utilidade que pretende imputar aos registros e o lapso de tempo a que se referem os dados que pretende ver acessados.

Portanto, definitivamente, não mais existe sigilo absoluto de dados.

A discussão que se abre é que, para alguns – eu me incluo neste grupo – o só fato de os dados serem acessíveis por qualquer pessoa, o Estado inclusive, já configura ausência de sigilo. Já os pensadores ligados à Administração Pública insistem em afirmar que não há qualquer quebra de sigilo, mas sim “transferência de sigilo”, do âmbito das pessoas envolvidas originalmente para o Estado, através de suas autoridades e trâmites devidos.

Considerações finais

Tal como o MCI se encontra, sabemos que, a depender da ideologia do Estado, está aberta a porta para a bisbilhoteira estatal. Por “sorte”, não proibiu o MCI o uso de algoritmos de encriptação de dados livremente pactuados e escolhidos; o que tem várias leituras: pode tornar inócuo qualquer acesso estatal a dados “sigilosos”, se não tiver acesso, também, às chaves da encriptação de dados utilizada pelo(s) interlocutores; e permite a usuários mal-intencionados manterem-se ocultos quanto à sua atuação. Mas, fica a pergunta: o direito à ocultação não é uma prerrogativa básica do indivíduo? Uma liberdade pública contra o arbítrio de Leviatan?

Fundeando os parâmetros de neutralidade, guarda dos registros, retirada de conteúdo e responsabilidades dos entes participantes das conexões cibernéticas, o MCI cumpre o papel inicial de ser o “algo onde nada existia”, mas deixa brechas para controle abusivo da rede e, por conter muitas cláusulas abertas (“decisão judicial” sem fixação dos parâmetros objetivos para tal), deixa ao chamado “prudente arbítrio do magistrado” a decisão sobre o que é ou não ofensivo, o que pode ou não ser acessado. Isso torna ainda mais necessária a existência de uma magistratura mais equilibrada e absolutamente cônica do tempo e lugar de sua atuação, inclusive com conhecimento dos usos e costume da região da judicatura.

Lembramos que inexistiu um pacto mundial sobre a internet, o que pode fazer tábula rasa sobre muito do que consta no MCI acerca da guarda de dados, caso os servidores de armazenagens, ou data-centers, estiverem localizados fora do Brasil.

O MCI navegou, portanto, na “síndrome do fio da navalha”: se regulasse demais, engessaria o objeto regulado, mas traria maior segurança jurídica para todos os envolvidos. Se regula de menos – como aparentou fazer – permite que a lei se adeque ao futuro sem que haja modificação de texto, mas permite que sua aplicação seja desvirtuada de acordo com a conveniência de algum poderoso interessado.

Referências

BRASIL. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

_____. Lein. 12.965, de 23 de abril de 2014.

EVANGELISTA, Marco. *Direito Civil sem estresse!*. 3.ed. Manaus: ArkiUltra, 2013.

_____. *InfoDireito – Direito da Informática em 16 aulas*. Manaus: ArkiUltra, 2013.

RAMOS FILHO. Carlos Alberto de Moraes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS FILHO. Carlos Alberto de Moraes. Limites objetivos à revisibilidade do lançamento no processo administrativo tributário. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/direito_tribut_carlos_a_ramos_filho.pdf> Acesso em: 30 de outubro de 2014.

Dimis da Costa Braga

Juiz Federal.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO CONTEXTO DA PROPAGANDA ELEITORAL

Resumo: A liberdade de expressão, como direito fundamental e instrumento elementar e essencial da democracia enseja sua aplicação em todos os campos do pensamento e formas de manifestações humanas, inclusive na propaganda eleitoral, de forma que o exercício desse direito fundamental, por pessoas, candidatos ou partidos, não pode ser avaliado juridicamente senão como tal, direito fundamental que é, haja vista que as próprias normas fundantes do sistema eleitoral e partidário estão na Constituição. Assim, o cercear desta liberdade na seara do processo eleitoral, ainda que pela justiça especializada, pressupõe análise deveras aprofundada da questão e ponderação entre direitos fundamentais.

SUMMARY: The freedom of expression as a fundamental right and elemental and essential tool of democracy entails its application in all fields of thought and forms of human expression, including electioneering, so that the exercise of this fundamental right by people, candidates or parties, can not be

legally assessed but as such it is a fundamental right, considering that the very foundational rules of the electoral and party system in the Constitution. Thus, curtailing this freedom on the likes of the electoral process, although the special courts, indeed presupposes thorough analysis of the issue and balance between fundamental rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve conceito de democracia. 3 Partidos políticos e sua natureza. 4 Direitos políticos. 5 Liberdade de expressão na propaganda eleitoral e a Justiça Eleitoral. 6 Considerações finais.

1 Introdução

A liberdade é uma necessidade do ser humano, pressuposto de seu bem-estar, satisfação e felicidade. Não por outro motivo a restrição da liberdade é, histórica e universalmente, uma das sanções penais mais gravosas, admitida, em substituição às penas cruéis, nas legislações penais dos países democráticos para sancionar os crimes mais graves, que ofendem os valores sociais mais importantes.

Como não poderia deixar de ser, regimes democráticos asseguram a liberdade em todas as suas formas. Democracia e liberdade andam juntas. Um dos mais importantes aspectos da liberdade se apresenta no ato livre de pensar.

“Penso, logo existo”, expressão eternizada a partir do pensamento de Descartes¹; tem base filosófica, portanto, afirmar que o ato de pensar, como característica do ser humano,

1 *Puisque je doute, je pense; puisque je pense, j'existe*. A expressão, da publicação original de Descartes, em francês (*Discours de la Méthode*, 1637), é mais conhecida na sua redução da tradução latina, editada anos após: *Dubito, ergo cogito, ergo sum*. Flávio Netto Fonseca explica que este é o princípio fundamental de toda a certeza racionalista, partindo da dúvida radical ou hiperbólica. Descartes duvidou, inicialmente, de suas próprias sensações, pois se elas o enganaram pelo menos uma vez, poderiam enganá-lo sempre. Em seguida duvidou da realidade, com base na existência do sonho, pois sonhando ou acordado a sensação é a mesma. Com base no argumento do gênio maligno, duvidou da certeza advinda dos cálculos matemáticos: haveria um gênio do mal que nos engana quanto à soma $2+3=5$, a conta poderia ter outro resultado que não este. Para corroborar este argumento, hoje sabemos que a menor distância entre dois pontos é uma curva, de acordo com a matemática não euclidiana, e não uma reta. Mas Descartes chegou a uma primeira certeza: o fato de que estava duvidando; disso não podia duvidar. Daí a frase *dubito, logo penso, logo existo*, depois resumida para *penso, logo existo*. In www.philosophy.pro.br.

é pressuposto de existir. Conforme o filósofo francês:

*Quanto ao mais, é tão evidente que possuímos uma vontade livre, que pode ou não dar o seu consentimento quando bem lhe aprouver, que isso pode ser considerado uma das nossas noções mais comuns*²

Considerando que o humano é um ser social, não basta que ele tenha a liberdade de pensar, faz-se absolutamente necessário, para lhe garantir o correspondente direito fundamental e personalíssimo atinente à sociabilidade, que se lhe assegure a liberdade de externar seu pensamento, expondo seus valores, crenças e concepções – manifestados através de suas opiniões nas diversas searas da atividade humana.

A liberdade de expressão é, a um só tempo, fundamento e pressuposto dum regime democrático. Não há democracia sem garantia de liberdade de expressão; nem o contrário: a liberdade de expressão só sobrevive em regimes democráticos. Onde quer que se instale o regime totalitário, o autoritarismo, governo da força pela força, a primeira a ser ceifada é a liberdade de expressão, como reação do regime contra a opinião pública, que se apresenta através de manifestações políticas, culturais, sociais, religiosas, artísticas, etc.

A opinião, segundo Caldas, (...) constitui um movimento do pensamento de dentro para fora; é a forma de manifestação de pensamento, resume a própria liberdade de pensamento (CALDAS, 1997, p. 59).

A verdadeira democracia exige o trânsito livre de idéias, inclusive no plano político, de forma que a manifestação política é plenamente permitida e até profundamente incentivada nas sociedades democráticas.

E mais. O exercício dos direitos políticos ativos num país democrático, dentre eles a campanha e propaganda eleitorais, tem profunda relação com o direito de liberdade de expressão.

² Trecho do artigo XXXIX dos *Princípios da Filosofia*.

A corrupção nas mais diversas de suas formas, as negociatas, o uso dos bens públicos para interesses particulares, a prevaricação e outras mazelas desse naipe jamais deixarão de existir. Sequer foram extirpados das nações economicamente mais desenvolvidas. No entanto, fazem com que o povo veja com maus olhos a propaganda eleitoral, instrumento fundamental para o conhecimento e posterior cobrança das propostas dos candidatos, assim para o conhecimento do passado e das falhas pessoais do futuro dirigente ou representante político, cuja correção o cidadão poderá exigir.

Este artigo pretende discutir a propaganda eleitoral a partir da natureza dos direitos políticos, tomando como ponto de partida o princípio democrático, em contraponto com a atuação da Justiça Eleitoral em alguns casos em que se viu tolhida a liberdade de expressão política, procurando evidenciar, de um lado, a importância de que as ideias políticas, inclusive das minorias e do cidadão eleitor, que de algum modo procura participar no processo de influência dos demais, fluam com liberdade no tecido comunicante da sociedade, e de outro questionar se há de fato necessidade de tutelar o eleitor brasileiro, como fosse ele incapaz, ainda, de tirar suas próprias conclusões do processo político ou, como se alguns membros da Justiça Eleitoral fossem porta-vozes de uma interpretação melhor.

2 Breve conceito de democracia

Grandes doutrinadores afirmam que, quanto mais simples e evidente o sentido de uma palavra, mais complexa sua conceituação, ou, se a palavra por si só já traduz, ainda que em parte, o seu sentido, admite muitas concepções. Assim ocorre com o termo democracia, cuja formação provém da junção do grego *demos* = povo, e *kratos* = autoridade, possuindo o sentido etimológico de governo do povo.

Quem melhor traduziu o conceito de democracia entre nós foi o insigne professor Aderson de Menezes:³

Democracia é o ambiente em que um governo de feito constitucional garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através o domínio da maioria em favor do bem público, sob a fiscalização e crítica da minoria atuante. (MENEZES, 2004, p. 191).

Cada palavra no feliz conceito do mestre tem função especial e indispensável. Ao invocar o primado da Constituição para que um governo possa se intitular verdadeiramente democrático, ressalta a importância de que a estruturação do Estado e dos direitos fundamentais, assim como a forma e o regime de governo estejam assentados em uma lei fundamental nascida da vontade de todo o povo – governo de feito constitucional – em que se assenta todo o sistema jurídico do país.

Um governo democrático atua pelo bem do povo, fundado na liberdade e na igualdade, respeitando o primado da vontade popular da maioria, sem prejuízo da atuação crítica e respeitada da fiscalização da minoria.

Para que possa titular-se democracia, do e em prol do povo, faz-se necessário que o governo e o governante sejam verdadeiramente capazes de governar este povo, liderá-lo, emanando dele, povo, a sua legitimação para o exercício do poder (governo do povo); que ao governo se alce pela vontade popular, através da escolha soberana da maioria (governo pelo povo); e que atue em seu benefício, pelo bem do povo (governo para o povo).

Aderson demonstra que a famosa expressão que nasceu do próprio sentido etimológico do termo, no sentido de

3 O emérito Professor Aderson Andrade de Menezes, titular da cátedra de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito do Amazonas, foi desta Diretor e da Universidade do Amazonas o primeiro Reitor. Convidado em seguida para lecionar a cadeira de Teoria Geral do Direito Público na Universidade de Brasília, tornou-se dela o primeiro Coordenador da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais e, em 16.04.1970, no campus da mesma Universidade a que dedicou os últimos anos e dias de sua profícua vida, um improvável acidente de automóvel dela o arrancou aos 51 anos de idade, interrompendo prematuramente o muito que sua inteligência ainda legaria ao Brasil (Do discurso em sua memória proferido pelo Prof. João Braga na OAB/AM e publicado na Revista *Circulus*, 2004, p. 179).

democracia como *o governo do povo, pelo povo e para o povo* (LINCOLN) não atende com perfeição técnica uma definição de democracia, enquanto fenômeno da atividade jurídico-política do país.

Mister é compreender, a vontade do povo representa o interesse da maioria, mas, democraticamente falando, não se resume a um único modo de pensar – fosse assim, não estaríamos falando de democracia. Assim, o conteúdo do conceito de liberdade aqui também se impõe, no sentido de que a maioria não sufoque ou negue a existência da minoria, como ensina Kelsen, para quem não se concebe que a maioria se imponha ditatorialmente à minoria, já que a existência de uma pressupõe a outra (KELSEN, 1949, 302).

Ressalte-se que, embora incompleto, conforme o mestre da Velha Jaqueira, essa concepção de Lincoln, sua formação levou quase 70 anos para que se tornasse definitiva, conforme relata o pranteado professor:

Thomas Cooper a lançou, em 1795, sob o enunciado: “Democracia é o governo do povo para o povo”.

Já em 1819, o Juiz Hohn Marshall sustentava, na Suprema Corte, que o governo dos Estados Unidos, como uma democracia, era, “enfaticamente e verdadeiramente um governo do povo”, porque na forma e na substância emanava do povo, recebia poderes do povo, que exercia sobre o povo e em seu benefício.

Logo a seguir, discursando no Senado, o político Daniel Webster afirmava que a democracia era “o governo do povo, feito pelo povo, para o povo e responsável perante o povo”.

Maias tarde, em 1856, Theodore Parker dizia, pretendendo melhorar e revigorar a assertiva, definir a democracia como sendo “um governo de todo o povo, exercido por todo o povo, para todo o povo” (MENEZES, 2004, p. 183).

Somente em 1863, Abraham Lincoln cunhou a versão final: *democracia é “o governo do povo, pelo povo e para o povo”*. Há necessidade de que se pressuponha que, como dizia Parker, trata-se de todo o povo, isto é, é o governo das maiorias,

mas também das minorias.

A Constituição do Brasil assegura, em seu art. 5º, inciso IV e art. 220, a liberdade de manifestação de pensamento (vedando o anonimato); dispõe, no inciso VI do mesmo art. 5º, sobre a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, garantindo a liberdade de cultos religiosos; e, sobre a liberdade de criação, informação e expressão, sem restrições, da atividade intelectual, artística, científica, e de comunicação, trata no inciso IX do art. 5º e também no art. 220.

O exercício dos direitos políticos ativos, entre eles a propaganda eleitoral, por sua vez, em conformidade com esses princípios constitucionais acima alinhavados, não deixa de constituir uma categoria de expressão da liberdade de manifestação do pensamento, de consciência e informação – e até de crença, quanto a partidários de agremiação política de feição religiosa, que não são raros –, observados ainda preceitos que dizem respeito especificamente ao exercício desses direitos políticos enquanto direitos que também se inserem na categoria dos fundamentais.

3 Partidos políticos e sua natureza jurídica

Há muito que se discute, no mundo inteiro, acerca da importância, funções e natureza jurídica dos partidos políticos, sem jamais se chegar a um consenso. Do embate dessas discussões, floresceram três correntes principais e bem distintas sobre a natureza jurídica dos partidos políticos.

A primeira dessas teorias define os partidos políticos como meras associações de direito privado, sem atribuir-lhes qualquer conotação pública.

Uma segunda teoria, partindo exclusivamente das funções constitucionalmente atribuídas aos partidos políticos, os considera verdadeiros entes públicos.

A terceira os entende como associações de direito privado de natureza especial, por considerar que, embora sua formação, instituição e registro se deem no plano do direito privado, são, por outro lado, dotados de características

eminentemente de direito público, em razão do reconhecimento constitucional e de suas funções, além de alguns privilégios e deveres que as associações privadas comuns não possuem.

Diferentes doutrinadores em diversas regiões do globo se filiam a uma ou outra doutrina. Na Itália, Leoni defende que os partidos são, na sua essência, associações privadas (LEONI, 1988, p. 131-140, apud SANTANO, p. 26).

Na Espanha, Verdú assente com a mesma conclusão, afirmando ainda que os partidos são entidades que pertencem ao âmbito social, cuja criação e funcionamento se regem pelas regras de direito privado (VERDÚ, p. 560, 1984, apud SANTANO, p. 32).

No outro extremo do pensamento jurídico está a segunda posição da literatura jurídica sobre a matéria: embasada na localização os partidos políticos no seio das Constituições, essa corrente de origem alemã defende serem os partidos verdadeiras entidades quase estatais (MORLOK, 2000, p. 45, apud SANTANO, p. 27).

Representante da doutrina que se impõe como majoritária, tanto no Brasil como no mundo, Canotilho entende que os partidos políticos são associações privadas que exercem funções públicas, forte no princípio fundamental do direito de associação, jungido à ideia de que as suas funções primordiais estão designadas na Constituição, intimamente relacionadas à manutenção da feição democrática do regime de governo (CANOTILHO, 1999, p. 307.)

Essa é a posição majoritária também na Espanha, conforme García-Pelayo, Fernandez-Miranda Campoamor e Blanco-Valdés, citados na obra de Ana Claudia Santano (SANTANO (2014, p. 28-29).

No Brasil, onde a terceira corrente também se sobressaiu, Caio Mário da Silva Velloso e Wálber de Moura Agra são expoentes dessa doutrina, que valoriza a função institucional dos partidos. Todavia, lembram que nem sempre foi assim, pois a ideia dos partidos foi muito criticada, por

uma nefanda função de dividir a sociedade, gerando antagonismos e animosidades e servindo como um corpo intermediário entre o cidadão e o governo. Segundo os autores, Rousseau e Hobbes compartilhavam dessa opinião (AGRA e VELLOSO, 2009, p. 80).

Eneida Desiree Salgado observa que, conforme o desenho constitucional, os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado que desempenham importantes funções públicas na democracia, possuindo o monopólio para a apresentação de candidatos a cargos eletivos a partir de uma seleção em seus próprios quadros, e são destinatários de garantias e vedações fixadas constitucionalmente (SALGADO, p. 86).

Claro que os partidos tem seus chefes, seus próceres, seus caciques, como são comumente chamados no Brasil os comandantes da sigla partidária, nem sempre em busca dos maiores ideais democráticos.

Orides Mezzaroba ressalta mais a função dos partidos que sua natureza jurídica, afirmando têm eles a função de aglutinar os interesses dos indivíduos e transportá-los para os espaços públicos, e mormente, afinal, para as estruturas do Estado (MEZZAROBA, 2008, p. 45-60).

Os partidos políticos estão eivados dos mesmos defeitos que seus componentes, que as sociedades onde nascem e se desenvolvem. Independentemente da natureza jurídica que se pretenda a eles atribuir, estão eles no âmago da democracia. Numa sociedade democrática sem partidos seria mais evidente ainda a atuação dos chefes políticos. Os partidos configuram uma igualdade jurídica, nem sempre existente no plano da realidade política, entre os seus componentes, garantindo-se assim que possa haver a necessária alternância de poder interna e externa.

Defende-se neste trabalho que a importância dos partidos políticos provém não da sua natureza jurídica, mas de sua função e imprescindibilidade para a formulação dos interesses políticos e sociais, difusos, coletivos e individuais, de uma

coletividade, na realização dos direitos políticos e concretização da democracia na sua mais completa definição.

4 Os direitos políticos

Os direitos políticos, a par de também constituírem direitos fundamentais, são instrumentos concretos de realização da democracia. O exercício da democracia, em sua inteireza, passa por uma boa administração desses direitos através do sistema de sua prescrição, organização e fruição, sob pena de, ante o manto de uma democracia, sub existir uma ditadura disfarçada.

Desta forma, inegável existir uma reciprocidade entre o exercício dos direitos políticos e a concretização dos valores democráticos estatuidos na Constituição da República – o regime democrático, enfim.

Com relação às especificidades desses direitos, sua natureza e dimensão, bem como de sua relação e reciprocidade com o regime democrático, e ainda com outros direitos fundamentais, observa Néviton Guedes que não se pode falar em democracia, ou sociedade livre, onde não se garantam e sejam respeitados os direitos fundamentais (relação de implicação) Da mesma forma, também não se pode negar que os direitos fundamentais representam sempre, onde de fato são garantidos, um conjunto de limites e restrições à vontade e à margem de decisão tanto do legislador como das maiorias eleitorais (relação de tensão), res-salta (GUEDES, 2014).

Assim, aponta Guedes, pode-se dizer com mais razão que é no âmbito dos direitos políticos que, obviamente, essa relação de reciprocidade e interdependência, entre direitos fundamentais e democracia tão bem apontada por Ingo Wolfgang Sarlet se revelará tanto mais intensa quanto mais profunda. (...) Concordando com a advertência de Dworkin – a maioria não pode viajar tão rápido ou tão longe quanto gostaria se tem que reconhecer os direitos de os indivíduos fazerem o que, aos olhos da maioria, é algo errado de se fazer –, afirma uma recíproca

dependência conceitual e jurídica entre direitos políticos e a ideia de democracia, concretamente conformada na Constituição (GUEDES, 2014).

Com efeito, se o Direito Constitucional consiste no catálogo dos direitos fundamentais, na organização do Estado e nos objetivos e valores básicos da comunidade nacional, é no Direito Eleitoral, de outra parte, que se regulam questões fundamentais quanto à escolha, composição e formação dos órgãos soberanos que dirigem e conformam o Estado. Assim, o Direito Eleitoral compõe-se de estruturas jurídicas genuinamente constitucionais, atuando decisivamente na conformação do sistema político do país e, é claro, mantendo também uma relação recíproca de influência com o sistema partidário (Conforme acentua Neviton Guedes, grande parte do direito eleitoral é de natureza fundamental).⁴

Na sequência do seu texto, que não vou transcrever aqui em sua inteireza, o constitucionalista traça a formação do nosso sistema partidário e político na Constituição e traduz como a Carta conforma legitimidade inclusive às autoridades não eleitas através daquelas que se submetem ao voto, como, por exemplo, a disposição da Constituição segundo a qual o Senado aprovará ou não, a indicação de magistrados da Corte Constitucional e do STJ, por outro poder eleito, o Executivo.

Analisando a natureza fundamental do exercício dos direitos políticos ativos e da liberdade de expressão, observase que há necessidade de inserir juridicamente as manifestações do pensamento no âmbito da propaganda e da campanha eleitorais, como legítimas formas de exercício da liberdade de pensamento e de expressão e do exercício dos direitos políticos, dentre os direitos fundamentais.

Os partidos políticos são canais de propagação dessas manifestações, através do processo eleitoral e das demais funções dos partidos políticos na sociedade. Como não poderia deixar de ser, cada vez mais os partidos políticos, seus filiados,

4 Neviton Guedes participa com muitos trechos do compêndio *Comentários à Constituição do Brasil*, robusta obra coletiva, cuja coordenação científica ficou a cargo de J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva, 2013 (3ª tiragem, 2014).

candidatos e simpatizantes utilizam as redes sociais, bem como outros canais da internet, como sites e e-mail como instrumentos de divulgação da propaganda e das suas ideias e concepções políticas e eleitorais. Na última campanha eleitoral, isso se intensificou e a Justiça Eleitoral teve que se debruçar sobre a questão por todo o denominado período eleitoral.

O que se observou foi que a Justiça Eleitoral, em muitos casos, promoveu inúmeras decisões cerceando a liberdade de manifestação e expressão do pensamento no campo da campanha e da propaganda eleitorais, não raro com base em resoluções da Justiça Eleitoral, nem sempre submetendo-as à ponderação com os princípios constitucionais que norteiam o exercício da liberdade de informação e de expressão do pensamento, enquanto valores, crenças e concepções políticas, sociais e/ou religiosas.

Não há direito absoluto. Todavia, todo e qualquer direito fundamental só pode sofrer restrição considerando-se a sua própria natureza fundamental, isto é, no contexto constitucional em que se insere, e em se tratando da liberdade de expressão, conforme defende Carlos Neves Jr., além de garantia constitucional, consagra-se ainda como garantia infraconstitucional (NEVES, 2012, p. 25). Ora, se o exercício dos direitos políticos assume uma noção tão importante no veio do exercício pleno e concreto da democracia, não pode a Justiça Eleitoral restringir o exercício desses direitos sem considerar a natureza fundamental dos mesmos.

5 A liberdade de expressão na propaganda eleitoral e a Justiça Eleitoral

Como afirmado, o direito à liberdade de expressão, ainda que de elevada importância no contexto dos direitos fundamentais, não é absoluto, o que não quer dizer que deve suportar restrição sem considerar essa natureza constitucional.

Assim, Justiça Eleitoral não deve se pretender uma amazona, paladina moralizadora do processo eleitoral, subtraindo da vontade da lei a efetividade quanto aos parâmetros

de propaganda eleitoral, sob o risco de subtrair ao próprio eleitor – pelo engessamento de meios e modos de os candidatos publicizarem suas campanhas –, que faça ele mesmo, conhecendo os candidatos e suas plataformas, o julgamento cabível alusivo à escolha do seu representante.

Ruy Samuel Espíndola, discutindo a excessiva interferência dos tribunais no processo eleitoral, defende que, sendo a democracia um regime em que *o poder emana do povo e em seu nome é exercido*, diretamente ou por seus representantes eleitos, **qualquer intervenção da sociedade civil ou do Estado no processo eleitoral deve se dar com extrema prudência e muita reserva**, de forma que os agentes externos do processo (magistrados, promotores, etc.), apenas interfiram **na relação direta** que deve existir entre o eleitor e o candidato quando isso se fizer realmente necessário. No entender do citado pesquisador, a consolidação do **processo de formação de vontade livre do povo, na democracia**, não se pode comprometer essa mesma liberdade do eleitor... (ESPÍNDOLA, 2014).

Comungando do mesmo entendimento, ressalta Néviton Guedes que, por trás de uma retórica de sacralização do eleitor, o que se vem verificando desde sempre é uma enorme desconfiança com a sua capacidade de proceder à melhor escolha do seu gestor. Essa desconfiança, por óbvio, não se pode manifestar abertamente por autoridades públicas, porquanto absolutamente contrária aos desígnios da nossa democrática Constituição de 1988. Todavia, nos escaninhos do poder e fora dos acontecimentos oficiais, fala-se abertamente que uma intervenção judicial nas eleições é benéfica para o Brasil, pois o eleitor não sabe votar.(GUEDES, 2012).

É consequência desse entendimento de que o eleitor não sabe votar a conclusão de que é preciso protegê-lo também da propaganda eleitoral. Questionando a pretensão de tutelar a vontade do eleitor, afirma Guedes:

Outras formas de poder (teocracia, monarquia, aristocracia, ditadura) prometem exercer o domínio através de indivíduos

especialmente qualificados (santos, homens ungidos por Deus, guerreiros, sábios e outros indivíduos com qualidades da mesma extraordinária estatura). A democracia não. Ela se contenta e promete exercer o poder através do "ordinary man", ou seja, seu funcionamento baseia-se na intelectualidade e na moral do homem comum, ou no dizer, de Ulrich Preux, a democracia, diversamente dos demais sistemas de domínio, sustenta humildemente o seu funcionamento na mediocridade do ser humano (Durchschnittlichkeit der menschen).

A democracia, ao contrário, pressupõe a humildade de confiar poder, como já se disse, à Sua Excelência, ao eleitor, ou seja, ao cidadão comum. Nela, certamente, todos também têm a expectativa de que, ao final, o poder seja entregue aos melhores capacitados na sociedade, mas isso não é o fundamental para que a escolha seja considerada funcional no regime democrático. O que importa é que, disputando-se as eleições com máximo de igualdade e liberdade, os cidadãos, os homens comuns, em sua maioria, tenham a palavra final. Aqueles que buscam e esperam, com a institucionalização de filtros e controles cada vez mais sofisticados, a segurança de que a democracia ou qualquer outro regime possa oferecer a certeza dos melhores, desconhecem a natureza das instituições humanas.

*Nenhuma instituição humana pode pretender a perfeição do governo das coisas e dos homens. Ninguém o conseguiu: nem o partido único do regime burocrático - socialista, nem o Reich dos mil anos de Hitler, nem o rei filósofo de Platão. Suspeito que o Poder Judiciário, no Brasil, também não o conseguirá. Aliás, onde essa ideia de perfeição e pureza nos negócios humanos foi levada muito a sério desaguou-se em ditaduras e totalitarismo. Na sua esplêndida obra, *A sociedade aberta e seus inimigos*, a tônica de Karl Popper é a de demonstrar que todo aquele que, cuidando de organizar o poder, anuncia a perfeição na terra dos homens acaba entregando autocracia ou totalitarismo de algum gênero" (GUEDES, 2012).*

Dentro da livre manifestação de pensamento e informação está a opinião favorável ou contrária que todos têm direito de expor sobre os mais diversos assuntos, incluindo a divulgação de fatos, ainda que com caráter negativo, ocorridos com políticos, sendo salutar o exercício desse direito em um regime democrático como o em que se vive, principalmente quando esse direito é exercido pela própria imprensa, ou pelo próprio eleitor/cidadão não candidato.

Verifica-se, em certas matérias, a divulgação de fatos ocorridos com candidatos, comentários de jornalistas de forma

crítica, e ainda que contundentes, mas dentro do limite do seu direito de se manifestar livremente, funcionando como verdadeira chamada à reflexão do eleitor sobre a escolha de candidatos a cargos eletivos e qual o futuro político que se deseja para a coletividade, a região ou a nação, sem que, com isso, se pratique ofensa à honra do candidato.

No âmbito do embate político, as críticas, mesmo as mais contundentes e muitas vezes até ácidas, ainda assim são permitidas, desde que não violem as leis, principalmente quando disserem respeito a acontecimentos que envolvam pessoas públicas, como o são os candidatos a cargos eletivos.

Essas críticas fazem parte do embate político, desde que não ultrapassem o limite da razoabilidade e nem descambem para a ofensa pessoal ou para o campo da calúnia, injúria, difamação ou afirmações inverídicas. Como os políticos são pessoas que exerçam atividades públicas, estão mais sujeitos à críticas, e, em consequência, a julgamento por parte da população, que é a titular do poder a ser exercido pelos dirigentes e parlamentares na democracia representativa.

José Jairo Gomes, em sua obra *Direito Eleitoral*, ao tratar, com profundidade, da questão da ofensa à honra pessoal em matéria eleitoral, explica que a concessão de direito de resposta pressupõe sempre uma ofensa, ainda que indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica. Ensina que, nos três primeiros casos ataca-se a honra pessoal. Recorrendo a Karpstein e Knoerr, defende ser evidente que a crítica dirigida à administração governamental e à autuação de candidato como homem público não somente é legal, como é salutar para a vida democrática; o que não se deve é confundi-la com ofensas à honra pessoal de candidatos, caracterizando injúria, difamação ou calúnia (GOMES, 442).

Conforme o Direito Penal, calúnia consiste na falsa imputação, a alguém, de fato definido como crime. Quanto à difamação, atribui-se fato ofensivo à reputação, independentemente de ser falso ou verdadeiro. Na injúria, por sua vez, não se imputa fato a outrem, havendo apenas ofensa à dignidade ou ao decoro. Quanto ao último pressuposto, exige-se que a afirmação feita seja sabidamente inverídica.

Por outro lado – conclui José Jairo Gomes – esses conceitos assim extraídos do Código Penal não têm aplicação rígida na esfera eleitoral, em que, dada a natureza das atividades administrativas da vida pública, o código moral seguido pelo agente político certamente não se identifica com o da pessoa comum em sua faina diuturna, de forma que, para o político, os direitos à privacidade, ao segredo e à intimidade sofrem acentuada redução em sua tela protetiva.

Afirmações e apreciações desairosas, que, na vida privada, poderiam ofender a honra objetiva e subjetiva de pessoas, chegando até mesmo a caracterizar crime, perdem esse matiz quando empregadas no debate político-eleitoral. Assim, não são de estranhar assertivas apimentadas, críticas contundentes, denúncias constrangedoras, cobranças e questionamentos agudos. Tudo isso insere-se na dialética democrática (GOMES, p. 442).

Outro tipo de propaganda eleitoral ou manifestação de campanha eleitoral que não raro se pretende cercear através de ação no Judiciário eleitoral é aquela se constitui em crítica por meios publicitários que supostamente pretende criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais – verdadeira tutela do cidadão eleitor, como se fosse absoluta ou relativamente incapaz. A previsão de tal controle, instituído em outro momento absolutamente diverso da democracia ora vivida no Brasil, há que ser adotado *cum grano salis*.

Com o retorno e a manutenção da estabilidade advinda da redemocratização constitucional do país, a partir de 1988, o eleitor brasileiro já não é mais o mesmo ingênuo e desacostumado a votar e fazer suas próprias escolhas, inclusive da propaganda eleitoral que lhe convence.

Há que se conceder à “Sua Excelência, o Eleitor”, o reconhecimento de sua capacidade de avaliar tais críticas.

Neste sentido, reconheceu o Tribunal Superior Eleitoral, no precedente em que se pretendia retirar do ar a produção de uma candidata a presidente da República, cuja matéria condenava a suposta pretensão de sua opositora de conceder autonomia ao Banco Central. No filme, uma família tinha uma mesa farta (representando o governo que pretendia a reeleição) em que os alimentos iam pouco a pouco desaparecendo, na suposta gestão da sua opositora em que o Banco Central do Brasil passava a ter autonomia, supostamente aumentando o poderio dos bancos na economia.

Eis o precedente que trata, também, de direito de resposta em se tratando de suposto fato sabidamente inverídico ou ofensa de caráter pessoal a candidato:

ELEIÇÕES 2014. ELEIÇÃO PRESIDENCIAL. PROPAGANDA ELEITORAL. DIREITO DE RESPOSTA. INSERÇÃO. FATO SABIDAMENTE INVERÍDICO.

ART. 58 DA LEI Nº 9.504/97. EMPREGO DE MEIOS PUBLICITÁRIOS DESTINADOS A CRIAR, ARTIFICIALMENTE, OPINIÃO NA PÚBLICA, ESTADOS MENTAIS, EMOCIONAIS OU PASSIONAIS. ART. 242 DO CÓDIGO ELEITORAL. IMPROCEDÊNCIA. CRÍTICA POLÍTICA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

I - O fato sabidamente inverídico, a que se refere o art. 58 da Lei nº 9.504/97, para fins de concessão de direito de resposta, é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a “olhos desarmados”. Além disso, deve denotar ofensa de caráter pessoal a candidato, partido ou coligação. Precedentes.

II - A parte final do caput do (vetusto) art. 242 do Código Eleitoral, no sentido de que não se deva empregar, na propaganda eleitoral, “meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”, não pode embaraçar a crítica de natureza política - ainda que forte e ácida -, ínsita e necessária ao debate eleitoral e substrato do processo democrático representativo. Precedente específico: Rj nº 587/DF, Rel. Min. Gerardo Grossi, Publ. Sessão de 21.10.2002.

III - Em prol da liberdade de expressão, afasta-se a concessão de direito de resposta e indefere-se pedido de suspensão definitiva de inserção na qual se disse, com apoio de imagens eloquentes (enfocando tristeza por escassez de comida), que a plataforma política da representada, sobre a autonomia do Banco Central, representaria entregar aos banqueiros vultoso poder de decisão sobre a vida do eleitor e de sua família.

IV - Improcedência dos pedidos.

Ementa: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a representação, nos termos do voto do Relator. Vencido o Ministro Gilmar Mendes. Votaram com o Relator os Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Henrique Neves da Silva e Dias Toffoli (Presidente). Acórdão publicado em sessão. (Representação 120.133-TSE. Relator: TARCISIO VIEI-RA DE CARVALHO NETO, PSESS - Publicado em Sessão do dia 23/09/2014).

6 Considerações finais

A liberdade de expressão é absolutamente fundamental para que um regime se autodenomine democrático. Sem garantia de liberdade de expressão, não há se falar em democracia, que se constitui, na lapidar definição do saudoso Prof. Aderson Andrade de Menezes, no ambiente em que um governo de feição constitucional garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através do domínio da maioria em favor do bem público, sob a fiscalização e crítica da minoria atuante.

A manutenção da liberdade e da igualdade, núcleos de um regime democrático, pressupõe a efetiva continuidade da existência da liberdade de expressão como instrumento de garantia do trânsito livre de ideias, haja vista a multiplicidade de valores, crenças e concepções existentes nas sociedades.

Enquanto o Direito Constitucional abrange o conjunto dos direitos fundamentais, das normas sobre a organização do Estado e dos objetivos e valores básicos da nação, o Direito

Eleitoral regula as questões sobre o modo de escolha e composição dos órgãos diretivos do Estado, a concluir que ele cuida, também, de matéria de natureza constitucional, atuando decisivamente na conformação do sistema político do país e mantendo uma relação recíproca de influência com o sistema partidário.

Aos partidos políticos são atribuídas as difíceis funções de aglutinar os interesses individuais e coletivos e transportá-los para os espaços públicos e daí, para as estruturas do Estado, motivo pelo qual sua importância não advém da sua natureza jurídica, mas de sua função e imprescindibilidade para mais ampla realização dos direitos políticos e concretização da democracia na sua mais completa definição.

A propaganda eleitoral, nas suas diversas vertentes, é um instrumento necessário ao esclarecimento do eleitor para que o mesmo atinja a maturidade política, com a capacidade de análise críticas frente ao processo político. A corrupção nas mais diversas de suas formas gera no eleitor um desinteresse em relação à propaganda eleitoral, fundamental, na verdade, para o conhecimento e posterior cobrança pelo eleitor, das propostas dos candidatos, assim para o conhecimento do passado e das falhas pessoais do futuro dirigente ou representante político, cuja correção o cidadão poderá exigir.

Os conceitos de crime contra a honra extraídos do Código Penal não têm aplicação rígida na esfera eleitoral, em que o código moral seguido pelo agente político certamente não se identifica com o da pessoa comum em sua, de forma que, para o político, os direitos à privacidade, a proteção ao segredo e à intimidade sofrem acentuada redução.

Da mesma forma, a crítica de natureza política, indispensável ao debate eleitoral, é substrato necessário ao processo democrático representativo instituído no Brasil, de forma que a pretensão de controle pela Justiça Eleitoral com base na vetusta disposição do art. 242 do Código Eleitoral, no sentido de que não se deva empregar, na propaganda eleitoral, meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião

pública, estados mentais, emocionais ou passionais não condiz com o regime democrático reinstituído no Brasil com a Constituição democrática de 1988.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura e VELLOSO, Caio Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997.

CAMPOS, Mariana de Almeida. *A concepção cartesiana da liberdade nos princípios da filosofia*. Artigo. Rede mundial de computadores. Acessível em: <http://www.fflch.usp.br/df/espinosanos/ARTIGOS/numero%2023/marianadealmeida.pdf>. Acesso em 09/11/2014, às 11:11.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013 (3ª tiragem, 2014).

_____, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DESCARTES, René. *Princípios da Filosofia*. Tradução coordenada por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Justiça Eleitoral Contramajoritária e Direitos Políticos Fundamentais de Voto e de Candidatura*. In *Direito Eleitoral – Debates Ibero-americanos*. Ana Cláudia Santano e Eneida Desiree Salgado (Comp). Curitiba: Íthala, 2014.

FONSECA, Flávio Netto. *Penso, logo existo*. Artigo. Rede mundial de computadores, disponível em http://www.philosophy.pro.br/penso_existo.htm. Acesso em 12.11.2014, às 17h55m.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *As eleições municipais e o processo de democracia*. Revista Consultor Jurídico, 17 de setembro de 2012 - Coluna Constituição e Poder. Rede mundial de computadores, acessível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-17/constituicao-poder-eleicoes-municipais-processo-democracia>. Acesso em 12.11.2014, às 17h57m.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil (obra coletiva)*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). São Paulo: Saraiva, 2013 (3ª tiragem, 2014).

KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo Garcia Maynez. Imprenta. México: Imprenta Universitária, 1949.

MENEZES, Aderson Andrade de. *Democracia*. In Circulus – Revista da Justiça Federal do Amazonas, vol. 2, n. 4. Manaus: Editora da Universidade do Amazonas – EDUA, 2004.

MEZZARROBA, Orides. *O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande (coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____ e SANTANO, Ana Cláudia. Curitiba: *Direito Eleitoral – Debates Ibero-americanos*. Curitiba: Íthala, 2014

SANTANO, Ana Cláudia. *O financiamento da política. Teoria geral e experiências no direito comparado* Curitiba: Íthala, 2014.

Cassius Clei Farias de Aguiar

Advogado, Pós-graduando em Especialista Direito Tributário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Sócio Benemérito da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), Recebeu a distinção, pelo trabalho desenvolvido como Advogado, a Medalha do Mérito Acadêmico, outorgada pela Escola da Magistratura do Amazonas (ESMAM). E, Também, integra a Associação Brasileira dos Escritores e Poeta Pan-Amazônicos (ABEPPA).

APLICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA HONRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS CASOS EM QUE SÃO COMETIDOS VIA IMPrensa APÓS A NÃO RECEPÇÃO DA LEI 5.250/67

RESUMO

O presente trabalho aborda a aplicação dos crimes contra honra após a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, tendo assim a sua retirada do ordenamento jurídico nacional por absoluta incompatibilidade com o texto vigente da Constituição da República. Tem como objetivo geral identificar a aplicação no âmbito jurídico atual dos crimes contra honra nos casos em que

são cometidos via imprensa. Os objetivos específicos são: (1) observar a aplicabilidade dos crimes contra honra após a revogação da lei de imprensa, uma vez que foi considerada inconstitucional; (2) verificar a aplicação da lei no âmbito jurídico e sua consequência após a não recepção da Lei de Imprensa, por ter sido considerada inconstitucional, como também, averiguar o direito à liberdade de informação após inconstitucionalidade da lei de imprensa. Diante dos respectivos objetivos o estudo é significativo em razão de promover a suma importância quanto aos julgados no âmbito jurídico atual dos crimes contra honra praticados via imprensa. Quanto à forma de abordagem é qualitativa e os objetivos metodológicos são exploratórios e descritivos.

Palavras Chaves: Crimes Contra Honra. Liberdade de Informação. Declaração de inconstitucionalidade. Lei de Imprensa.

1. INTRODUÇÃO

A imprensa brasileira iniciou no século XIX com a chegada da família real no Brasil, a Corte Portuguesa, entre outros benefícios, deixou essa herança de grande importância à sociedade brasileira. Na Europa a imprensa se fazia presente desde o século XVI. No entanto, a imprensa no Brasil iniciou oficialmente no Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1808, com a criação da Imprensa Régia, atualmente chamada de Imprensa Nacional.

Apesar das dificuldades e limitações, com a promulgação da Constituição da República de 1988 e o nascimento do Estado Democrático de Direito, firmou-se a liberdade de informação jornalística como direito fundamental. Contudo, além deste foram incluídos outros direitos fundamentais de mesma hierarquia, como a personalidade do indivíduo, a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada.

Diante da contextualização acima citada, após a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, pelo STF e

resultando assim a sua retirada do ordenamento jurídico nacional por absoluta incompatibilidade com o texto vigente da Constituição da República cabe questionar como os crimes contra honra continuam sendo aplicados nos casos em que são cometidos via imprensa? Para iniciar a resolução da questão posta em vigência compreende-se que a natureza do problema detenha-se na esfera teórica por apresentar diferentes contextos e em razão de realizar a descrição do objeto.

A motivação para realização do estudo decorre de julgados pelos tribunais acerca de como hoje são julgados os crimes contra honra cometidos contra a imprensa após a não recepção da lei de imprensa, na qual foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, ou seja, será aqui analisado se o resultado desse julgamento é mais vantajoso ou mais prejudicial para imprensa. A relevância para sociedade e para os profissionais da imprensa é que temos como mencionar qual a finalidade de sua aplicação.

Entende-se que o objetivo busca detalhar a dúvida do pesquisador por meio de um estudo investigativo, o qual foi desenvolvido por meio de informações prévias; e também identificar a aplicação no âmbito jurídico atual dos crimes contra honra nos casos em que são cometidos via imprensa.

Quanto aos objetivos específicos destacaremos a observação da aplicabilidade do dispositivo dos crimes contra honra após não ter sido recepcionada pela lei de imprensa, uma vez que foi considerada inconstitucional, somando-se a isso a verificação de sua consequência quanto aos parâmetros jurídicos; e após seguiremos com a averiguação do direito à liberdade de informação após inconstitucionalidade da lei de imprensa.

2. CONSIDERAÇÕES DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Os quadros abaixo mostram a distinção entre a Lei de Imprensa, atualmente não recepcionada, e o dispositivo do Código Penal nos crimes contra honra e a sua respectiva penalidade na abrangência do crime contra a Lei de imprensa.

E, que também é a assegurada pela Constituição Federal de 1988, conforme disposto no artigo 5º, inciso X, nos termos que segue:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Observar-se abaixo os dispositivos da Lei de Imprensa

LEI N 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967 - REGULA A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO²			
Dispositivo			
Caluniar, art. 20.	Difamar, art. 21.	Injuriar, art. 22.	Aumento de Pena, art. 23
Pena			
Detenção, de seis meses a três anos multa de um a vinte salários-mínimos da região.	Detenção, de três a dezoito meses, e multa de dois a dez salários mínimos da região.	Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.	As penas, aumentam um terço cominadas dos arts. 20 a 22, quando cometido autoridade do Executivo, Judiciário, Legislativo, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos, contra funcionário público e contra órgão ou autoridade, em razão de suas funções

Quadro 1 - Lei n 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

2 BRASIL. Lei n 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 mar. 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 27 de outubro de 2014.

O Supremo Tribunal Federal (STF) revogou, no dia 30 de abril de 2009, por sete votos contra quatro, a Lei de Imprensa, atendendo a uma ação protocolada pelo PDT, uma vez que violava diversos preceitos estabelecidos pela Constituição de 1988, inclusive tipificando as condutas “incompatíveis com os tempos democráticos”, como injúria, calúnia ou difamação praticada contra órgão e servidores públicos, havendo aumento de pena nos termos do artigo 23, da Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que rege a Lei de Imprensa.

Por outro lado segue abaixo, também, os dispositivos do Código Penal

DECRETO-LEI NO 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL⁵			
Dispositivo			
Caluniar, art. 138.	Difamar, art. 139.	Injuriar, art. 140.	Aumento de Pena, art. 141, inciso de I e II.
Pena			
Detenção, de seis meses a dois anos, e multa.	Detenção, de três meses a um ano, e multa.	Detenção, de um a seis meses, ou multa.	As penas, aumentam um terço cominadas dos arts. 138 a 140, quando cometido contra Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro, contra funcionário público e, em razão de suas funções.

Quadro 2 - Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal

Para Liszt (2003), descreve que a honra é o interesse que o indivíduo tem de ser considerado de acordo com suas condutas, de modo que tal interesse é negativamente regulado pela ordem

3 BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, De 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 27 de outubro de 2014.

jurídica na qual proíbe-se todo o tratamento que expresse desconsideração com a dignidade da pessoa humana. Assim como a dignidade da pessoa humana, a honra é um valor pessoal que corresponde à posição que o ser humano ocupa entre os seus iguais e, além, como escreve.

Ainda, Liszt (2003, p. 80), observa que honra e dignidade não têm o mesmo significado, de modo que podemos afirmar, com fundada certeza, que a dignidade é um princípio que permeia o conceito de honra. Desta feita, fazendo está divisão da honra nos âmbitos social, econômico e individual.

Segundo Greco (2014, p. 386, 396 e 401), os Crimes Contra Honra, estão previstos no capítulo V, do Código Penal, nos artigos 138, 139 e 140, respectivamente Calúnia, Difamação e Injúria, in verbis:

“A honra, é objetiva, pois, é composta por vários atributos morais, físicos e intelectuais que uma pessoa goza perante a sociedade, entre os crimes dessa espécie é considerado como o mais grave.

A Calúnia é imputação falsa a alguém de fato narrado como crime, previsto conde penal, e ainda, a imputação de conduta prevista nas contravenções penais, não pode ser considerado como Calúnia, por exemplo, a embriaguez, art. 66, da Decreto-Lei 3.688/1941, pois, o fato tem que ser crime, previsto no Decreto-Lei 2.848/1940, no artigo 138.

A Difamação é imputação de fatos determinados a alguém, sendo eles falsos ou verdadeiro, ferindo assim, a honra objetiva, e consuma-se pelo conhecimento de terceiros.

A Honra subjetiva, o crime de injúria, atinge o sentimento à cerca dos próprios atributos, como: moral, ou à honra-decoro, a auto estima, ou seja, juízo de valor pessoal do ofendido, atributos físicos e intelectuais, consumir-se com o conhecimento do ofendido, este crime é considerado como o menos grave.

Outrossim, esta espécie de crime pode sofrer transformação em a mais grave dos crimes contra honra quando fere elementos referente à raça, cor, etnia, religião ou condições de pessoas idosas e portadores de deficiência⁴, denominando assim injúria preconceituosa, sendo até comparado a sua pena mais severa que crime de homicídio culposo”.

4 No século XXI, os movimentos mundiais passaram a chamar de pessoas com deficiência, em que esse termo conta no texto da Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com deficiência.

E, ainda na análise de Rogério Greco, a calúnia é imputação falsa a alguém de fato narrado como crime, previsto Código Penal, e ainda, a imputação de conduta prevista nas contravenções pe-nais, não pode ser considerado como calúnia, por exemplo, a embriaguez, art. 66, da Decreto-Lei 3.688/1941, pois, o fato tem que ser crime, previsto no Decreto-Lei 2.848/1940, no artigo 138.

Também, para este doutrinador, a difamação é imputação de fatos determinados a alguém, sendo eles falsos ou verdadeiros, ferindo assim, a honra objetiva, e consuma-se pelo conhecimento de terceiros. A honra subjetiva, o crime de injúria, atinge o sentimento à cerca dos próprios atributos, como: moral, ou à honra-decoro, a auto estima, ou seja, juízo de valor pessoal do ofendido, atributos físicos e intelectuais, consumir-se com o conhecimento do ofendido, este crime é considerado como o menos grave.

Outrossim, esta espécie de crime pode sofrer transformação em a mais grave dos crimes contra honra quando ferem elementos referente à raça, cor, etnia, religião ou condições de pessoas idosas e portadores de deficiência⁵, denominando assim injúria preconceituosa, sendo até comparado a sua pena mais severa que crime de homicídio culposo.

Consiste a calúnia em atribuir falsamente a alguém a responsabilidade pela prática de algum fato tipificado como crime, por exemplo, beltrano constrangeu, mediante a grave ameaça e violência, tal conduta está prevista no artigo 155, caput, Código Penal. Já a difamação, podemos citar exemplo, ciclano vai embriagado trabalhar, veja, que a conduta de embriaguez, imputado pelo agente, prevista art. 66, da Lei de Contravenções Penais requer tipicidade para ser atribuída a ela caráter de crime. E para o crime injúria a imputação de uma qualidade negativa ao indivíduo como ladrão, atinge o sentimento

⁵ No século XXI, os movimentos mundiais passaram a chamar de pessoas com deficiência, em que esse termo conta no texto da Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com deficiência.

sentimento moral, ou seja, juízo de valor pessoal do ofendido, acerca dos próprios atributos.

2.1 Direitos da Personalidade

Segundo Moraes (2008, p. 53), a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, é uma condição intrínseca à natureza do ser humano, sendo um valor anterior aos demais direitos.

Para Nery Júnior (2009, p.152), descreve que a dignidade é um:

“princípio central do sistema jurídico, sendo significativo valor fonte que conforme e inspira todo o ordenamento constitucional em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito Constitucional Positivo”.

Portanto, é de fundamental importância para a formação de uma vida digna, visto que protege os valores e bens essenciais para que cada indivíduo tenha a oportunidade de desenvolver suas atividades, dessa forma é, portanto, o princípio base dos direitos da personalidade, sendo esse o motivo pelo qual encontra-se inserido no art. 5º da Carta Magna, os direitos da personalidade, blindado como “direitos fundamentais”.

3. INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA E A HONRA E A IMAGEM

Podemos observar que a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, é a assegurada pela Constituição Federal de 1988, conforme disposto no artigo 5º,

inciso X da Constituição Federal, nos termos que segue:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

3.1.1 Intimidade e Vida Privada

Na concepção de Costa Júnior (1995, p.63):

“A liberdade de manifestação do pensamento, através da palavra, de escritos ou de qualquer meio de difusão, constitui preceito constitucional. Resta saber se tal liberdade será indeterminada ou se, ao contrário, haverá de sofrer limitações de ordem formal ou substancial; e até que ponto a liberdade de manifestação do pensamento poderá conflitar com o direito à intimidade, negando-lhe inclusive a existência”

A restrição da intimidade tutelada pela Constituição Federal de 1988, nos atos processuais, para defesa da intimidade e o interesse social, sofre limitações quanto à ordem pública, havendo conflito entre a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à intimidade, sendo esta mais restrita, é igual para todas as pessoas.

Para Silva (2008, p. 206), a intimidade é quase sempre considerada como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*rightofprivacy*), para designar aquele, mais empregado no direito do povo latino.

E, ainda no entendimento do professor Silva (2008, p.208), é inviolável a vida privada, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra

a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo.

Existe diferença entre a intimidade e a vida privada. A primeira é mais restrita na relação da pessoa com ela mesma, com o seu próprio ser, com a sua consciência. E a segunda tem sua abrangência mais ampla, existindo uma sua variação quanto ao caráter público ou não. Consideremos a convivência de pessoas públicas, por exemplo, que ocupam um espaço um pouco menor, pois elas próprias optaram em se expor.

Esse direito, encontra-se disposto em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, nos termos que seguem: O novo Código Civil de 2002, determina a proteção da vida privada no seu artigo 21, que descreve: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Podemos encontrar na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no que dispõe o artigo 12:

“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 pessoa tem direito à proteção da lei”.

Na Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem, tutelando o Direito ao respeito pela vida privada e familiar⁶, previsto no artigo 8º., item 1, in verbis: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

E, também, é previsto no Pacto Internacional da ONU sobre Direitos Cívicos e Políticos, promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, no que descreve o artigo art. 17, item 1: “Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias

⁶ Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948

ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

E, por fim, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, disposto no artigo no artigo 11, nos itens de 1 a 3:

- “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade;*
- 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação;*
- 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”*

Portanto, a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, está relacionada aos pensamentos, desejo como uma fonte de satisfação e às convicções. E quanto à vida privada, a pessoa é para se relacionar com quem bem entender diretamente no estilo próprio de vida do indivíduo no modo de ser e viver a própria vida.

3.1.2 Honra e a Imagem

Assim como a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem são consideradas direitos fundamentais que limitam a liberdade de informação dos atos judiciais.

O direito de defesa à violação contra a imagem é garantida na Constituição Federal de 1988 no que dispõe o artigo 5º, inciso V, que descreve: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

No artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, está previsto o direito de resposta para o indivíduo que se sentir ofendido no uso de sua imagem em apresentar a sua versão sobre os fatos, uma vez, contrariada a realidade dos fatos

ocorridos pelo mesmo veículo, quando originar ofensa, acusação ou vítima de erro nos meios de comunicação de massa.

No mesmo dispositivo Constitucional no artigo 5º, inciso XXVIII, alínea “a”, dispõe que são assegurados nos termos da lei “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas”.

E, ainda a imagem, segundo o professor José Afonso da Silva, consiste na proteção do aspecto físico, como é perceptível visivelmente. E, também, adverte Cupis, que acrescenta “Essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico – que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo – satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade de eminentemente moral”.

Outrossim, afirma Gomes (2009, que a imagem é o cartão de visitas nas relações humanas, na qual identifica a individualização no universos das pessoas que vivem na sociedade. O direito à imagem abrange os direitos da personalidade, em virtude da captação e da difusão da imagem no âmbito coletivo da sociedade, dessa forma agregando valores econômico.

Sendo assim, a imagem é a própria individualização figurada no aspecto físico, transferindo ao indivíduo meios de defesa e composição contra referência ou divulgações não autorizadas, de forma injusta ou que contrarie aos fatos distorcidos à realidade.

Para Silva (2008, p. 209, no mesmo dispositivo que trata a violação da intimidade e a vida privada, uma vez analisada no item anterior, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que também, declara inviolável a honra e a imagem das pessoas, este direito tem a finalidade de preservação da honra e da imagem, como do nome, não descaracteriza propriamente um direito à privacidade e muito menos à intimidade. Podemos mesmo dizer que sequer integra o conceito de vida privada. O doutrinador, ainda conceitua os dispositivos da honra, como

sendo “um conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”.

Segundo Mirabete (2007, p.127), a honra como o conjunto de atributos morais, intelectuais e físicos referentes a uma pessoa, ou ainda, como o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria.

Sendo assim, para conceituarmos honra, um dos atributos a ser observado é que esse preceito irá depender da pessoa, da cultura, da idade e outros requisitos, ou seja, é um valor da própria pessoa, não podendo utilizar um conceito unitário.

Há uma distinção entre a honra subjetiva e da honra objetiva. A primeira se traduz no apreço próprio, na estima a si mesmo, no auto respeito, o juízo que cada um faz de si, ou seja, a valorização que a pessoa tem de si mesma. E a segunda é a consideração que possui o sujeito no meio social ao qual pertence, o juízo que fazem dele na comunidade.

4. A NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA

Foi na sessão de 30 de abril de 2009, que ocorreu a análise da Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF⁷ n.º 130, que foi retomada com o voto do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, na qual houve o julgamento do processo, ajuizado pelo Partido Democrático Trabalhista contra a norma, que teve início no último dia 1º, quando o relator, ministro Carlos Ayres Britto, votou pela procedência integral da ação.

Portanto, a Lei no 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, foi revogada em 30 abril de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal. Os dispositivos desta lei não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, devida a sua concepção ter sido durante a ditadura militar,

7 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: ministro Carlos Ayres Britto, 30 de abril de 2009. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal Federal, Brasília - DF. 2009.

que dominou o país de 1964 a 1984.

A partir de então, surgiram muitos questionamentos, pois, os dispositivos da Lei de Imprensa caracterizado como Código Penal regulam os crimes contra a honra, praticados por meio da imprensa. A partir da não recepção da Lei de Imprensa, os jornalistas que venham a violar a honra alheia estão sujeito ao Código de Penal.

4.1 Liberdade de expressão a Honra

A honra e a liberdade de expressão e a honra, prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos IX e X, dispõem as garantias para instituir um Estado Democrático ao indivíduo com a sua participação seja de forma ativa, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Na concepção de Bobbio (2004) em uma de suas obras, especificamente “A Era dos Direitos”, relata que os direitos hoje reconhecidos por tratados internacionais e pelas constituições nacionais são frutos de intensa luta histórica. Direitos considerados bastante normais, hoje em dia, só foram conquistados depois de guerras e revoluções. Nas tribos primitivas, ao contrário da visão idealizada, não havia liberdade alguma para o ser humano.

Atualmente, além da Constituição e das leis infraconstitucionais, o Brasil tem compromisso e deveres de cumprir os pactos e convenções assumidos, visto no capítulo anterior, citamos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional da ONU sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

No entanto, o direito à liberdade de expressão previsto na constituição não é absoluto, pois, possui limitações por outros direitos, limitações feita pelo princípio da proporcionalidade, em que na maioria das vezes são tratados na jurisprudência e pela doutrina. E, por outro lado, a colisão em que envolve direitos fundamentais pode ser resolvida pela própria Constituição ou por meio da legislação infraconstitucional.

Outrossim, no caso vertente, o conflito que existe na Lei de Imprensa, após a não recepção desta, resolvida pelo Código Penal. Portanto, a lógica é que a liberdade de expressão deve redimensionada sempre que existir risco concreto aos bens jurídicos, como vida, liberdade e propriedade.

E, por fim, podemos observar a problemática compatibilização entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão garantidos pela própria Carta Magna ao definir os limites de ambos, sendo assegurados os direitos da Lei de Imprensa e da honra. Ambos são assegurados de modo a preservar a integridade do cidadão em seu campo de atuação ou em seus atributos de fazer com que a lei esteja sempre a serviço do aproveitamento da justiça.

4.2 Ação penal nos crimes contra a Honra e Liberdade de Expressão

A ação penal prevista na Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a Lei de Imprensa, no artigo 40, incisos I e II, dispõem que ação inicia pelo Ministério Público (1)

mediante a requisição, ou mediante representação do ofendido; (2) pelo ofendido mediante à queixa ou de quem tenha qualidade para representá-lo; (3) e quando se tratar de crime contra a memória de alguém ou contra pessoa que tenha falecido antes da queixa, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, este último no caso em que não fosse apresentado denúncia dentro de 10 dias, o ofendido poderá apresentar queixas. E, ainda, neste último, sob pena de nulidade, obrigatória a intervenção do Ministério Público, em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, ainda que privados.

A ação penal, prevista Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, art. 145, dispõem que ação somente se procede mediante queixa, como regra, a exceção quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Admite, também, a transação penal, nas infrações de menor potencial ofensivo. Inicialmente destacamos que com o advento da Lei nº 9.099/95 e a posterior alteração do art. 61 pela Lei nº 11.313/06, in verbis:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

E, ainda, prevê a composição dos danos, nas infrações de menor potencial ofensivo, conforme dispositivo da Lei nº 9.099/95, no art. 72, que dispõe:

“Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”

E, por fim, comporta *Sursis processual* ou Suspensão condicional do processo previsto, conforme dispositivo da Lei nº 9.099/95, no art. 89, no seguinte termos:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.”

Nos casos da ação penal de iniciativa pública, caso não sejam oferecidos dispositivos, apresentam os artigos 61, 72 e 89 da Lei nº 9.099/95, respectivamente, transação penal, composição dos danos e Suspensão condicional do processo, são causas de nulidade processual nos termos do artigo 564, inciso III, alínea ‘d’, do Código de Processo Penal, que dispõem:

*“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;”*

Assim, são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Com isso, podemos observar que após a não recepionalidade da Lei de Imprensa, por sua vez totalmente divergente com atual Constituição Federal de 1988, esvaziando qualquer possibilidade contrária em que a lei de imprensa seja vantajosa. Pois, Código Penal, possibilita aos cidadãos maiores garantias e segurança jurídica possíveis.

Quanto ao direito de resposta previsto na antiga Lei, durante o julgamento defendeu o Ministro Gilmar Mendes que a Lei de imprensa prevê o direito de resposta e que assim seja mantido. Porém, foi voto vencido, pois, a observação feita pelo Ministro no sentido de que “a revogação dessa parte da lei

deixará um vácuo até que o Congresso Nacional formule uma nova norma sobre o tema". Ainda, nas palavras do Ministro, descreve que:

"Não se pode permitir abusos irreversíveis, como o ocorrido no caso da Escola Base, em 1994, em São Paulo. Na ocasião, veículos de comunicação noticiaram que os donos da escola teriam abusado sexualmente de crianças. No entanto, o inquérito policial acabou arquivado por não haver indício de que a denúncia tivesse fundamento" [ABREU, Diego. Supremo revoga a Lei de Imprensa. Disponível aqui (10 jul. 2010)]. Disse ainda: "É um caso trágico, que envergonha a todos. Não se pode permitir esse tipo de abuso. Que reparação patrimonial é possível em um caso desse? Falar que a intervenção do legislador aqui é indevida parece absurda. A desigualdade entre a mídia e o indivíduo é patente. Uma desigualdade de arma".

Mas, salientou o Ministro Ricardo Lewandowski, que a Constituição Federal, no seu artigo 5º, assegura o direito de resposta, in verbis: "o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Assim, não há dúvida de que o jornalista que violar o dispositivo dos crimes contra a honra, pela imprensa escrita, falada, televisiva ou pelos portais da internet, incorrerá em figura típica prevista em nosso Código Penal, cuja vigência, em nenhum momento, foi afastada.

Para Nogueira⁸, haverá um prazo mais longo, o prazo no Código Penal em regra é de 6 (seis) meses para o exercício do direito de queixa ou de representação, nos termos do art. 38 do CPP. E, na antiga Lei de Imprensa, suspensa pelo STF, o prazo era metade do tempo, ou seja, 3 (três) meses.

⁸ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. A lei de imprensa e o STF: abriu-se um buraco negro em nosso ordenamento jurídico? São Paulo: Boletim do IBCCRIM, mai. 2008

5. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito demanda que as restrições aos direitos fundamentais somente serão aquelas permitidas pela Constituição e pelos Tratados de Direitos Humanos, que têm força constitucional. Nesse Estado, cujo centro é o ser humano e seus direitos, não há espaço para os crimes contra a honra.

No entanto, como visto anteriormente o direito à liberdade de expressão previsto na constituição não é absoluto, pois, há limitações a outros direitos, amparado pelo princípio da proporcionalidade, em que na maioria dos julgados pela nossa Suprema Corte as decisões das jurisprudência são baseadas por meio da doutrina aplicada em lei. E, por outro lado, quando há conflitos que envolvem direitos fundamentais pode ser resolvida pela própria Constituição ou por meio da legislação infraconstitucional. Temos que ressaltar que a liberdade de expressão é o norte para aprimorar a nossa democracia. No entanto, não permite tal procedimento e também, não deveria causar prejuízo no âmbito de liberdade alheia.

Atualmente no Brasil, a Lei de Imprensa, após declarada inconstitucional, uma vez que totalmente contrária com atual Constituição Federal de 1988, utiliza o Código Penal Brasileiro como mecanismo capaz de conter esse uso abusivo para que o mesmo não implique em ameaça a essa liberdade, mas como uma simples forma de garantir que ela possa ser plenamente exercida por todos os grupos sociais e por cada indivíduo.

Os crimes contra a honra tutelados pela Lei de Imprensa versus os tutelados pelo Código Penal são previstos em suas respectivas aplicabilidades de pena, sendo que o primeiro é mais prejudicial ao Estado Democrático de Direito, que sua vez contraria os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Já, o segundo, possibilita aos cidadãos maiores garantias e segurança jurídica possíveis.

Portanto, uma dessas garantias é exatamente a liberdade de expressão, que foi se firmando paulatinamente no decorrer dos últimos séculos por meio da história e das lutas na conquista da garantia desses direitos. Devendo, assim, ser constante, pois a ameaça a eles também é constante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 05 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 27 de outubro de 2014.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 27 de outubro de 2014

BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1995. Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13out. 1941, retificado em 24 out 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 27 de outubro de 2014

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27set. 1995. Disponível em: Acesso em 27 de outubro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 27 de outubro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, volume 2.

CERVO, Amado L; BERVIAN, Pedro A; SILVA, Roberto Da. *Metodologia Científica*. 6.ed. São Paulo: Pearson Hall, 2007.

COSTA JUNIOR., Paulo José da. ***O direito de estar só: tutela penal da intimidade***. São Paulo: RT, 1995.p.63].

COLZANI, Valdir Francisco. ***Guia para Redação do Trabalho Científico***. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CUPIS, Adriano de, ***“Riservatezza e Segretto (Direito a)”***, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1969.

FERRAREZI JUNIOR, Celso. ***Guia do Trabalho Científico: do projeto a redação final***. São Paulo: Contexto, 2013.

GIL, Antônio Carlos. ***Como elaborar projetos de pesquisa***. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Marcus Alan de Melo. ***O negro pobre, o repórter e a mídia***. São Paulo: Boletim do IBCCRIM, jul. 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. ***Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio***. 20.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, volume 2.

LISZT, Franz Von. ***Tratado de Direito Penal Alemão***. 1.ed. Campinas: Editora Russell, 2003, tomo II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. ***Manual de direito penal: parte especial – arts. 121 a 234 do CP***. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998, volume 2.

MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 23.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. ***Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional***. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NETTO, Alvim Antônio de Oliveira. ***Metodologia da Pesquisa científica***. 2. Ed. Florianópolis: Visual Books, 2006.

SILVA, Daniel Nascimento. ***Manual de Redação para Trabalhos Acadêmicos***. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***, 32^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp.206-208.

Luziane de Figueiredo Simão Leal

Jornalista e Advogada do Grupo Rede Amazônica de Rádio e Televisão, afiliada da Rede Globo na Região Norte do país. Assessora Técnica da Casa Civil da Prefeitura Municipal de Manaus. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino de Bauru - ITE e pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - Ciesa. Debatedora convidada da Escola da Magistratura do Estado do Amazonas em jornadas jurídicas. Leciona Direito Constitucional e Eleitoral na Especialização de Direito Público da Escola Superior Batista do Amazonas e Ética e Legislação para o curso de Comunicação Social na Faculdade Martha Falcão/Devry.
luzianefigueiredo@yahoo.com.br, maio/2015.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

Introdução

Nos últimos anos, com a explosão quase que diária de escândalos de corrupção, nós, brasileiros, passamos a assistir pelos meios de comunicação e, sobretudo pela *Internet*, a uma enxurrada de manifestações de toda ordem. Opiniões que vão desde o pedido de *impeachment* da presidente da República ao retorno do regime ditatorial.

O que muitos desconsideram ou desconhecem, todavia, é que essa liberdade de expressar, atualmente assegurada a todos, só é plena graças à evolução dos direitos fundamentais. Conquistar esse status, de poder expressar livremente o que se pensa sem censura, não foi nada fácil. Muitos, acusados de subversão, pagaram com a própria vida em vários períodos da história. No

o Brasil, período em que a censura imperou não está tão distante: foi de 1964 a 1985, a época da ditadura.

Com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser princípio do estado democrático de direito. Os direitos individuais e coletivos foram restaurados, e a liberdade de expressão, de forma livre e plena, assegurada. Todas as formas de censura e de embaraço à informação jornalística foram proibidas.

Manifestar o pensamento é livre, vedado o anonimato. Observe-se que o legislador concedeu a liberdade que a sociedade clamava ao mesmo tempo em que previu a responsabilização por dano moral, material e à imagem, àqueles que violassem os chamados direitos da personalidade. Ou seja, no regime democrático, as liberdades estão asseguradas, desde que observados todos os demais direitos fundamentais, afinal, nenhum deles é absoluto.

A Internet trouxe ao mundo moderno infinitas possibilidades de comunicação e, também, de interação real, o que nenhum outro veículo de comunicação havia conseguido com tanta universalidade e rapidez. Por meio de qualquer aparelho eletrônico, milhares de pessoas no mundo passaram a se comunicar, a dizer o que pensam, a criticar o governo, os amigos, o restaurante que atende mal seus clientes. É um canal de comunicação utilizado para tudo: para enaltecer, para enfraquecer e para escancarar as virtudes e fraquezas do ser humano.

Temos caminhado cada vez mais na direção da superficialidade, saindo do “miolo” para a “casca”. Agora a ocupação principal de muita gente é a de exibir uma imagem encantadora de si mesma, sendo que a veracidade daquilo que se exhibe interessa cada vez menos. O importante é provocar suspiros de admiração nos interlocutores cada vez mais distantes e menos relevantes. (GIKOVATE, 2015).

Com tanta liberdade e interatividade tecnológicas, não raros são os casos em que muitos indivíduos desejam ver apagados dos

registros eletrônicos situações constrangedoras. Encontra-se, aí, uma colisão de direitos. E qual deles prevalece? O direito à informação, que alberga o interesse público; ou o direito à privacidade, que ampara os direitos da personalidade? Nesta análise, busca-se respostas para tais questionamentos com o estudo de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

I. Pós-Modernidade e Direitos da Personalidade

O primeiro desafio que se afigura importante para análise é o de encontrar a definição para a chamada era pós-moderna. Para Bobbio (2004, p. 209) vivemos uma era caracterizada pelo progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica.

Por sua vez, Bauman (2001, p. 35) diz que pós-modernidade é uma “expressão controvertida”, utilizada para se referir ao atual contexto histórico, marcado pelas mudanças no comportamento, nos valores e no modo de vida da sociedade. Um período marcado pelas incertezas e riscos inerentes ao desenvolvimento em que predominam o capitalismo e o consumo.

A constatação de Costa Coelho (2010, p. 328) reflete bem o estágio atual das relações humanas nessa era chamada de pós-moderna. Segundo o autor, a contradição é o traço mais marcante da modernidade, uma vez que jamais, em tempo algum, houve tanto acesso aos processos científicos, de informações e tecnológicos e, ao mesmo tempo, tamanha decadência da civilização.

Observa-se, então, que ao mesmo tempo em que a sociedade ganhou processos informáticos, interatividade e liberdade de expressão, ela também precisa saber lidar com as questões que passaram a surgir com o advento de toda essa modernidade. Uma dessas questões é justamente o resguardo dos direitos da personalidade.

Assegurados pela Constituição², a intimidade, a imagem e a honra das pessoas ganharam novos contornos com o advento da *Internet*, e, sobretudo, com a inclusão maciça dessas às redes sociais.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes ao ser humano, protegidos pela constituição e também pelo Código Civil Brasileiro. O capítulo II deste último, trata especificamente dos direitos da personalidade, denominando-os como inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Schreiber (2013) esclarece que os direitos da personalidade não podem ser alienados nem transmitidos a outrem, ainda que em virtude da morte de seu titular. São direitos exclusivos, nascem e morrem com aquela pessoa, “não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança” (p. 24). Quanto à irrenunciabilidade, O autor explica que ninguém pode abrir mão de sua privacidade, da sua imagem ou de qualquer outro atributo essencial.

Nota-se, porém, que o mesmo art. 11 do Código Civil³ prevê que os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária. Ou seja, o seu titular não pode limitá-los. Schreiber (2013) explica que o legislador não pretendeu prejudicar a pessoa, mas protegê-la dos efeitos da sua própria vontade em relação a direitos essenciais. Segundo o autor é compreensível o receio do legislador, considerando que, “deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar seus direitos mais essenciais, ‘concordando’, por força da necessidade, com situações intoleráveis” (p. 26).

O autor menciona, por exemplo, a existência de venda de órgãos humanos de forma clandestina no Brasil e no mundo, apesar de ser uma prática proibida. “Para atender às suas

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

3 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

necessidades e de suas famílias, o ser humano é capaz de sacrifícios extremos” (Op.cit.: p. 26).

A vedação à limitação voluntária, prevista no dispositivo infraconstitucional, lançaria na ilegalidade o ato de expor nas redes sociais informações pessoais, fotografias, vídeos e todo o tipo de manifestação que levasse ao conhecimento público informações privadas, de contexto íntimo, particular. Contudo, observa-se que em determinadas situações, a exposição da intimidade, feita pelo seu titular, contribui para a sua dignidade humana. Por isso, Schreiber entende que a limitação não deve ser reprimida pela ordem jurídica, uma vez que a vontade individual busca alcançar a dignidade humana.

Nesse rumo, porém, há de se analisar até que ponto as informações expostas nas redes sociais, de forma voluntária pelo seu titular, podem ser utilizadas indiscriminadamente. E nesse contexto, não são raros os casos em que uma fotografia, postada na página do indivíduo nas redes sociais, acaba por ser divulgada pelos meios de comunicação impressos e eletrônicos (de TV e *Internet*) com a legenda de arquivo pessoal.

Schreiber acredita que o legislador deveria ter especificado os parâmetros que deveriam guiar o controle de legitimidade da limitação voluntária, esclarecendo o (i) alcance; (ii) a duração, (iii) a intensidade e (iv) a finalidade da auto limitação.

Com a revolução que a *Internet* trouxe para a comunicação e para a interatividade entre as pessoas, essas especificações propostas pelo autor seriam fundamentais para nortear o relacionamento informático dos indivíduos. Afinal, seria importante que cada assinante do facebook, por exemplo, antes de postar uma fotografia analisasse o alcance de que a rede social dispõe, por quanto tempo aquela fotografia permanecerá na rede, a intensidade de avaliações e de sentimentos bons e ruins que a imagem ocasionará em seus amigos e inimigos virtuais e principalmente com que finalidade a postagem está sendo feita. Ao final dessa análise, certamente o titular do direito de imagem, teria mais consciência da necessidade de postar ou não a fotografia e das consequências de tal decisão.

Observa-se, no entanto, que inexistente essa preocupação tanto por parte do titular do direito, quanto por aqueles que se utilizam das informações, fotografias e imagens postadas na *Internet*. Porém, em que pese a ausência de regulamentação das especificidades de utilização dos dados que contém direitos da personalidade, há que se enfatizar que a Constituição de 1988 assegura como inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e prevê, inclusive, direito a indenização pelos eventuais danos decorrentes da violação desses direitos (art. 5º, inc. X).

II. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Dignidade Humana x Direito ao Esquecimento

Ao mesmo tempo em que a Constituição de 88 consagra a dignidade da pessoa humana, como fundamento do estado democrático de direito, e assegura ser inviolável a intimidade, a imagem e a honra das pessoas, o texto constitucional também garante a manifestação do pensamento sem restrição sob qualquer forma, processo ou veículo⁴.

Nota-se aí que o constituinte colocou no mesmo status a liberdade de expressão, o direito a informação e a dignidade da pessoa humana com os seus corolários dos direitos da personalidade.

Nesse rumo, é que o denominado direito ao esquecimento entra na pauta do Supremo Tribunal Federal. No Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248, o plenário virtual da corte reconheceu a repercussão geral⁵ da matéria. Segundo o

4 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
5 **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

ministro Dias Toffoli, relator do caso, a definição pelo STF das questões postas no processo repercutirá em toda a sociedade, sendo, portanto, de inegável relevância jurídica e social.

Entendo que as matérias abordadas no recurso, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional. De um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. (STF, 2014).

O direito ao esquecimento consolidou-se na Alemanha, em 1983, quando o Tribunal Constitucional Alemão julgou o que ficou denominado de caso *Lebach*. *Lebach* é uma comunidade localizada a oeste da República Federal da Alemanha. Em 1969, dois homens (auxiliados por um terceiro) tentaram roubar artefatos bélicos de um armazém e assassinaram quatro soldados, deixando um quinto seriamente ferido. Em 1970, os dois principais latrocidias foram condenados a prisão perpétua e o terceiro (que auxiliou) foi condenado a seis anos de reclusão.

O caso ficou conhecido e a imprensa alemã fez uma ampla cobertura que despertou o interesse público. Após cumprir a prisão de seis anos de reclusão, o terceiro condenado descobriu que uma emissora de televisão⁶ estava elaborando um documentário sobre a vida dele e dos demais condenados, contando os detalhes do crime e mencionando a soltura do apenado.

A intenção da emissora era veicular o material, instantes antes da libertação do terceiro envolvido. O documentário mostrava, no início, imagens e nomes dos criminosos e depois fazia uso de simulações com atores que encenavam os fatos ocorridos.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

6 ZDF – *Zweites Deutsches Fernsehen*.

Diante da iminente veiculação do material, o condenado recorreu ao judiciário e teve seu pedido de liminar negado nas instâncias iniciais, mas ajuizou uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Alemão, que a julgou procedente fundamentando-a na dignidade e no livre desenvolvimento da personalidade. Os ministros entenderam ainda que a exibição do documentário representaria danos ao seu processo de ressocialização. O TCA entendeu que uma intervenção na liberdade da emissora de televisão estava respaldada pela Constituição Alemã.

François OST (2005) é um dos primeiros filósofos e juristas a escrever sobre o assunto. Para o autor, independente de se tratar de uma personagem pública ou não, “temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído” (p. 160).

A doutrina brasileira ainda não discorre amplamente acerca do tema. Todavia, foi editado o enunciado 531, na sexta VI Jornada de Direito Civil do CJP/STJ, com o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Mendes e Coelho (2007) lecionam pela admissibilidade no ordenamento do direito ao esquecimento. Segundo os autores, se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar.

Dois casos são considerados emblemáticos, no Brasil, quando o assunto é o direito ao esquecimento, especialmente por terem sido objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): a) o da Chacina da Candelária e b) o de Aída Curi, ambos noticiados pela Rede Globo.

a) Chacina da Candelária

A denominada Chacina da Candelária refere-se ao assassinato de dois adultos sem-teto e seis menores mortos nas imediações da igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, em julho de 1993.

Levado a júri popular, um dos acusados foi absolvido por unanimidade pelo Conselho de Sentença. Em 2009, dezesseis anos após a chacina, a Rede Globo de Televisão produziu e veiculou um documentário no programa denominado “Linha Direta Justiça”, no qual retratou o episódio. O acusado inocentado foi convidado a falar sobre o assunto, mas recusou-se e ajuizou ação no Poder Judiciário, na qual pleiteou indenização por danos morais, alegando que, em virtude da repercussão do programa, teria sido severamente prejudicado em sua carreira profissional, tendo, inclusive, que fugir para outra cidade com sua família em razão do risco de morte que teria passado a sofrer.

A ação intentada pelo acusado foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau, mas chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Recurso Especial interposto pela Rede Globo. O Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que, mesmo se tratando de um caso verídico e, que, no documentário, foi esclarecido que o acusado havia sido inocentado, o nome e a imagem do envolvido deveriam ter sido preservados, o que a um só tempo conservaria a honra do acusado e a liberdade de informar da emissora. Nesse contexto, o ministro decidiu pela proteção da personalidade do acusado. A Quarta Turma do STJ, por unanimidade, acompanhou o voto do relator.

b) Caso Aída Cury

No caso conhecido como Aída Cury, situação semelhante obteve desfecho diferente sob a ótica do mesmo Superior Tribunal de Justiça. Aída Cury tinha dezoito anos de idade quando, em 1958, foi molestada sexualmente, torturada, morta e jogada do alto de um edifício na Avenida Atlântica, no Rio de Janeiro.

A Rede Globo, décadas depois, em 2004, produziu um documentário no qual reproduzia os acontecimentos do assassinato. Os familiares da vítima discordaram da veiculação do material e ajuizaram ação requerendo reparação por danos morais, materiais e à imagem, alegando que o programa trouxe um sofrimento já superado pela família e que a emissora

produziu o documentário com intuito de obter lucro, apenas.

O pedido também foi rejeitado nas duas primeiras instâncias e no STJ⁷, sob o julgamento do mesmo ministro Luis Felipe Salomão, que julgou o caso da Chacina da Candelária e deu uma interpretação diferente. O ministro entendeu que o documentário, exibido cinquenta anos após o crime, não creditava nenhum abalo moral aos parentes da vítima, descabendo a condenação por dano moral ou qualquer outro tipo de indenização. O relator acrescentou ainda que a imagem da falecida não havia sido utilizada de forma degradante ou desrespeitosa, muito menos com intuito de lucro. O voto foi acompanhado por maioria dos integrantes da Quarta Turma, que negou seguimento ao recurso.

Os irmãos da vítima recorreram e, por meio de Recurso Extraordinário, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, pela primeira vez, deve analisar a aplicação do Direito ao Esquecimento na esfera civil⁸. No REA (Recurso Extraordinário em Agravo), os irmãos da vítima alegam que o tempo já havia se encarregado de tirar o tema da imprensa, mas voltou à tona com o programa, que explorou o nome e a imagem da vítima e de alguns de seus familiares. Acusam ainda a Rede Globo de ter utilizado as informações sem pudor ou ética e, sobretudo, sem autorização da família. Por isto, requerem que a emissora seja desautorizada a utilizar a imagem, o nome e a história da vítima, e seja condenada ao pagamento de dano moral.

Em sua defesa, a emissora sustenta que o programa era um documentário com abordagem histórica de fatos de domínio público, no qual se utilizou grande parte de imagens de arquivo e material jornalístico da época, cujo teor já houvera sido intensamente divulgado pela imprensa.

7 A íntegra do voto proferido pelo relator se encontra disponível em: [<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>]. Acesso em: 15-05-2015.

8 Conforme informações do site do STF, o caso ainda será apreciado pela corte. Até a data em que esta pesquisa fora realizada em 16-05-2015, o plenário da corte não apreciou a matéria. Informações disponíveis no endereço:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>. Acesso em 01-05-2015.

Em outras oportunidades, o STF já foi interpelado a analisar casos semelhantes, contudo, por questões processuais, o direito ao esquecimento nunca fora objeto de julgamento. O caso da apresentadora Xuxa Meneghel é um desses. Atriz, no início de carreira, Xuxa teria feito fotografias para uma revista masculina e atuado em um filme sensual. A carreira, como se sabe, tomou rumo diverso e a atriz tornou-se a “rainha dos baixinhos”, mas aquela fase da vida trouxe grandes tormentos ao trabalho da então apresentadora de programas infantis.

Foi então que a apresentadora decidiu ajuizar uma ação contra a Google Brasil *Internet* Ltda requerendo, em antecipação de tutela, que a empresa não mais apresentasse qualquer resultado para uma ‘pesquisa Google’ quando utilizada a expressão ‘Xuxa pedófila’ ou, ainda, qualquer outra que associasse seu nome, escrito parcial ou integralmente, e independentemente da grafia, se correta ou equivocada (por exemplo, tanto para Xuxa Meneghel quanto para Xuxa Meneguel), a uma prática criminosa qualquer, sob pena de pagamento de multa.

Em primeira instância, a liminar foi concedida, mas por meio de recurso a Google conseguiu reformá-la no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mantendo a proibição de apresentação nas buscas apenas de duas fotografias em que a apresentadora aparecia seminua.

O acórdão foi cassado pelo Superior Tribunal de Justiça por descumprimento ao princípio da reserva de plenário. O fato é que, insatisfeita, a apresentadora ajuizou uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao art. 97 da Constituição da República. Contudo, o Supremo Tribunal Federal⁹ entendeu que estavam ausentes os pressupostos que poderiam legitimar o ajuizamento da reclamação. No julgamento da RCL, o ministro Celso de Mello analisou como uma espécie de atalho processual inadmissível, manejado pelos defensores, com o intuito de submeter o litígio ao exame de mérito da corte.

9 Inteiro teor do acórdão AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 15.561 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/.../verProcessoPeca.asp?id... Acesso em 10-05-2015.

Com efeito, a reclamação – constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, “I”, da Carta Política (RTJ 134/1033) – não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual, consoante adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“(...) - O remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes. (...)”

(Rcl 6.534-AgR/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Grifos do original.

Em razão disto, a Reclamação não teve seguimento e os autos foram arquivados, conforme decisão publicada em 24 de setembro de 2014.

O caso envolvendo a modelo Daniela Cicarelli e seu então namorado Tato Malzoni também é um dos que envolvem os direitos à privacidade e à informação que chegaram aos tribunais. A modelo e o namorado decidiram trocar carícias em uma praia da Espanha. O momento íntimo foi filmado e postado no canal de vídeos *youtube* administrado pela empresa Google. Em segundos, o vídeo circulou o mundo inteiro.

O casal ajuizou Ação Inibitória¹⁰ com o requerimento de que os réus cessassem imediatamente a exibição do vídeo e das fotos extraídas dele. A antecipação de tutela fora indeferida pelo juízo de primeiro grau, mas por meio de agravo de instrumento foi concedida e confirmada pelo Tribunal. Mas foi descumprida pela Google, o que fez com que um dos autores, pedisse a instalação de filtros que impedissem o acesso ao vídeo. A sentença do agravo determinou a instalação e já orientou que, na impossibilidade de cumprimento, o site todo

¹⁰ Processo nº 583.00.2006.204563-4, 23ª Vara Cível Central de São Paulo, Juiz GUSTAVO SANTINI TEODORO, 18/06/2007.

não deveria ter seu acesso bloqueado. Para o magistrado, os autores conheciam os recursos tecnológicos e deveriam saber que suas imagens poderiam ser captadas por qualquer um e colocadas na *Internet*. “Deixaram que sua intimidade fosse observada em local público, razão pela qual não podem argumentar com violação da privacidade, honra ou imagem para cominar polpudas multas justamente aos co-réus”.

III. INTERNET e Novos Conceitos de os Privacidade

A *Internet* trouxe uma série de transformações para a sociedade, a começar pelos costumes, pela ressignificação de espaços, pela reanálise da privacidade. Rothenburg (2008) ressalva uma diferença fundamental entre os meios de comunicação tradicionais e a *Internet*. Segundo o autor, a forma de divulgação por meio da *Internet* é muito mais agressiva, afinal uma nota nos meios de comunicação é muito mais tolerável do que uma fotografia, cenas filmadas e divulgadas para o mundo todo via *Internet*.

Nesse mesmo contexto, Schreiber (2013) recorda que, ao contrário dos jornais e revistas de outrora, “cuja edição antigas se perdiam no tempo”, a *Internet* arquiva dados e informações na rede indefinidamente. “Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito” (p. 170).

A *Internet* apresenta características inexistentes ou que funcionavam de forma precária nos demais veículos de comunicação. A interatividade é a principal delas, afinal, por meio da *Internet*, o indivíduo pode expor sua opinião e conhecer a do outro de forma interativa e online, isto é, em tempo real. Com a *Internet*, oportunizou-se emitir e receber mensagens, consolidando, de forma democrática, os direitos à livre expressão do pensamento e à liberdade de expressão plena, asseguradas pela Constituição da República de 1988.

No entender de Silva (2007, o intenso desenvolvimento da complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. Para o autor, o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada.

A título de análise dessa “revolução”, é importante esclarecer que, em pouco mais de vinte anos, a *Internet*, instalada no Brasil em 1994, via Embratel, por acesso a linha telefônica, se popularizou de tal forma que a última pesquisa¹¹ sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no país revela que 43% dos domicílios estavam conectados à *Internet* à época, o que equivale a uma estimativa de 27,2 milhões de residências. A pesquisa revela ainda que 30,6 milhões de domicílios brasileiros possuem computador, o que equivale a 49% do total. Ressalte-se que, em 2008, esse percentual era de apenas 25%, o que significa um crescimento de 24 pontos percentuais nos últimos cinco anos.

Os números revelam também que o país caminha a passos largos para a universalização do acesso à *Internet*. Além dos computadores de mesa e portáteis como os *tablets*, os celulares também estão entre os aparelhos que têm contribuído para a permanente conectividade, a era da “sociedade em rede móvel”, para usar a expressão de Castells (1999). Ainda de acordo com a pesquisa do Comitê Gestor da *Internet*, 31% dos brasileiros são usuários de *Internet* pelo telefone celular, ou seja, 52,5 milhões de pessoas. São cerca de 18,6 milhões de indivíduos a mais do que o verificado no ano anterior.

O facebook possui mais de um bilhão de assinantes em todo mundo, conforme dados publicados em 2014, pela CEPAL – Comissão Econômica para América Latina e Caribe, uma das cinco comissões da ONU – Organização das Nações Unidas. O

11 Realizada pelo Comitê Gestor da Internet, em 2013, em todo o país, a pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Brasil foi divulgada em 2014. Cf. TIC Domicílios e Empresas 2013 Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Brasil, 2014, 662 páginas.

Brasil é o segundo maior país em número de assinantes, perdendo apenas para os Estados Unidos. Mais de 30% da população brasileira têm uma conta no *facebook*.

Os números são relevantes e apontam a grandiosidade do tema. Nessa era, chamada de pós-moderna, na qual as informações circulam o mundo de forma instantânea, com as contribuições individuais da vida e da intimidade de seus próprios titulares, a auto limitação voluntária parece-nos uma alternativa prudente a ser analisada por cada indivíduo.

Por outro lado, observa-se que o judiciário ainda tem um longo caminho a ser trilhado até encontrar a proporcionalidade entre a proteção dos direitos da personalidade sem abrir mão do direito à informação, conquistado com muito sacrifício pelos brasileiros, se considerarmos o período ditatorial no qual a censura imperou.

Considerações à Guisa de Conclusão

A possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento ao ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal é um sintoma importante na avaliação da importância do uso da *Internet* no Brasil e no mundo. Em épocas pretéritas, quando havia uma informação considerada “bombástica” num jornal ou revista impressos, a prática era simples: adquirir todos os volumes e com isso tentava-se evitar que a informação fosse disseminada. Com a venda esgotada nas bancas, para ter acesso ao conteúdo, o indivíduo teria que ir ao jornal ou revista, comprar uma cópia, teria de aguardar para que esta fosse providenciada etc.. Nas emissoras de TV, era ainda mais complicado. Se a pessoa perdesse o horário em que a notícia foi veiculada, teria de solicitar a aquisição da reportagem para a emissora, e nem todas eram arquivadas.

Nos tempos atuais, as edições dos jornais e revistas estão na *Internet*, alguns conteúdos apenas para assinantes, mas estão disponíveis com muito mais facilidade. Os telejornais são veiculados nas emissoras de TV e postados, quase que on-line

na web. Ou seja, acessar conteúdos divulgados à sociedade ficou bem mais acessível. A informação ganhou uma grande aliada que é a *Internet* e todas as suas ferramentas. As redes sociais tornaram essa massificação ainda mais “temperada” uma vez que, ao publicar determinado conteúdo, o assinante o posta com informações e opiniões muitas vezes bem críticas, em alguns casos até criminosas.

A liberdade de expressão nunca galgou patamares tão bem sedimentados quanto nos dias de hoje. Se recordamos os horrores da censura em que artistas, jornalistas, intelectuais e estudantes foram severamente castigados por discordar da política de governo, a vitória dessa liberdade torna-se ainda mais festejada.

Contudo, num país em que a colonização foi feita por um imperador, no qual a Constituição mais importante tem menos de trinta anos, o resultado não poderia ser outro senão o de uma sociedade jovem, em crescimento intelectual e de relacionamento, sobretudo. Logo, muitas das questões postas a apreciação da Justiça advêm do comportamento imaturo dos que utilizam a *Internet* como se este novo meio de comunicação carecesse de lei e de limites a serem obedecidos. O que não é verdade.

A Constituição assegura a liberdade de expressão, de comunicação e de informação jornalística. E isto não se pode esquecer jamais. No entanto, a mesma carta, chamada de cidadã, também tem como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Ou seja, os conflitos entre direitos individuais e interesse público estarão sempre na pauta dos tribunais. Fundamental é observar que nenhum direito é absoluto e, que, dependendo de cada caso, um deles terá de ser preferido a fim de se manter os princípios da república com liberdade e responsabilidade.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Alexandre F. (Coordenador) TIC Domícilios e Empresas. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no

Brasil [livro eletrônico]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRITO, Auriney, LONGHI, João Victor Razatti. Propaganda Eleitoral na Internet. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Intrenet: contribuição ao direito digital – marco civil da Internet – lei nº 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASTELLS, M. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999

CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. Organização das Nações Unidas. Pactos para a Igualdade: rumo a um futuro sustentável. Santiago, abril de 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O Direito de Estar Só. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DANTAS E CARVALHO. Direito ao esquecimento: delineamentos a partir de um estudo comparativo de leading cases das jurisprudências Alemã e Brasileira, p. 336-359. Direitos fundamentais e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Ednilson Donisete Machado, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. – Florianópolis : FUNJAB, 2013.

GIKOVATE, Flávio. Ser, Ter, Parecer e Aparecer. Disponível em: <http://flaviogikovate.com.br/ser-ter-parecer-aparecer/> acesso em 10-05-2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

OST, François. O Tempo do Direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Tempero da Proporcionalidade no Caldo dos Direitos Fundamentais. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (coords.). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf> >. Acesso em: 15 mai. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro teor do acórdão AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 15.561 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/.../verProcessoPeca.asp?id...>. Acesso em: 10 mai. 2015.

Tonny André de Souza Silva
Advogado

FAKE NEWS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO MUNDO JURIDICO PENAL, ELEITORAL E CÍVEL

RESUMO

O presente artigo trata do Fake News (notícias falsas) e seus desdobramentos no mundo jurídico Penal, Eleitoral e Cível, sua aplicação política e efeitos.

ABSTRACT

This article deals with the Fake News and its consequences in the criminal, electoral and civil legal world, its political application and effects.

1. ORIGEM

A origem do Fake News, ainda é um mistério, alguns sites especializados relatam acontecimentos de notícias falsas desde o século VIII, quando haviam boatos de que Constantino havia transferido a sua autoridade sobre Roma e a parte Oeste do Império Romano ao Papa, e a partir daí muitas outras histórias ocorreram.

Fato, é que o Fake News, adquiriu uma nova roupagem, que pode gerar muitas influências negativas no mundo atual, manobrando sempre informações afim de beneficiar ou desacreditar determinados grupos de pessoas, com o objetivo fito de mudar a história de uma nação, ou até mesmo de pessoas menos influentes, atingindo diretamente direitos individuais, o que viola diversos preceitos jurídicos e a ordem social.

2. APLICAÇÃO POLÍTICA

A grande repercussão política a que se tem conhecimento na atualidade, não pode deixar de ser mencionada, caso Donald Trump, onde muitos acreditavam que hilário e conflituoso empresário, transporia o seu mundo limitado porém de grande luxo, e passaria a ser presidente de uma potência mundial.

Da noite para o dia, o mundo acordou perplexo com a notícia de que Donald Trump seria o novo presidente dos Estados Unidos. O caso ainda está sob investigação do FBI, porém, todos acreditam ser obra influenciada pela Rússia, que até os dias atuais, não assumiu a autoria.

A Macedônia entrou no mapa do Fake News, quando um grupo de jovens resolveu espalhar determinados fatos inverídicos, dentre os quais citamos: “Hillary Clinton possui envolvimento com tráfico infantil” e que o “Papa apoiava Donald Trump”, o grupo intitulado “Velas Boys”, foi objeto de matéria veiculada pela Globo News¹, onde relata também um outro lado das Fake News, que tem um fundo financeiro envolvido.

Os jovens da Macedônia, criaram um site em meio a um cenário de desemprego altíssimo, cada acesso ao site lhe rendiam mais publicidade e com isso mais dinheiro.

O que se questiona é, será que isso foi uma visão única daqueles jovens que desesperados por pagarem suas contas e ante ao desemprego desenfreado em seu país, viram no Fake News uma oportunidade para ganhar dinheiro?

¹<http://g1.globo.com/globo-news/globo-news-documentario/videos/v/globonews-documentario-fake-news-baseado-em-fatos-reais-fala-das-noticias-falsas/6186649/>

A resposta nos parece ser negativa, basta olhar para os tabloides ingleses, onde os mesmos já espalham notícias falsas por décadas, tudo com o fito de gerar lucro, milhões de revistas e jornais são vendidos com base em notícias fabricadas e em diversos casos, inicia-se uma batalha judicial que no geral, culmina com indenizações bem significantes, que será tratado mais a frente.

Sobre a influência política, é notório que tais publicações têm grande influência, principalmente quando se está em época de campanha eleitoral, os americanos sofreram isso na pele, com diversas notícias falsas direcionadas a Hillary Clinton, sobre vazamento de e-mails confidenciais, possível parceria com a Rússia e diversas outras notícias falsas espalhadas pontualmente a fim de deteriorar a imagem da candidata frente ao eleitorado americano, e a história mostrou que o ataque massivo de tais notícias, funcionaram mais e com maior intensidade que muitos ataques hackers que vioalaram e-mails e banco de dados de empresas mundialmente reconhecidas como a Sony, Yahoo etc..

Engana-se aquele que pensa que o povo não pode ser influenciado desta maneira, pode e a todo momento é, direta ou indiretamente influenciado com notícias falsas e isto, muda o destino de um candidato e de um País, e pode facilmente desencadear diversas violações e crimes nos quais serão tratados no tópico apropriado.

3. O COMBATE DO FAKE NEWS PELO CONGRESSO E JUSTIÇA BRASILEIRA

O novo presidente do TSE, LUIZ FUX, assume com a intenção de combater de forma rigorosa o Fake News nas campanhas eleitorais do país, o caso já vem sendo discutido nos bastidores do TSE e do próprio Supremo Tribunal Federal, posto que em determinados casos, será o finalista nas decisões judiciais e certamente terá que se manifestar em muitos processos que baterão em sua porta.

O caso é que qualquer site, candidato, partido político ou até mesmo cidadãos podem veicular notícias falsas, de olho nisso,

até o facebook², já implementa a política de banir Fake News das páginas por meio do uso de inteligência artificial e conscientização dos usuários, porém, sabemos que o caso é bem mais complexo.

O congresso Brasileiro aprovou em 2017 o Marco Civil da Internet, que prevê punição para quem divulgar notícias falsas, porém o Brasil ainda não tem tecnologia nem recursos para investir, afim de fazer valer a Lei. O caso só será de fato “punido” se houver denúncia, ou se ganhar notoriedade pública, em ambos os casos, a depender da prova gerada e do alcance da Fake News, é que se pode extrair uma “punição” ao infrator, de fato é um caso que merece atenção, pois como dito na introdução deste artigo, a Fake News, atinge a todos de forma indiscriminada.

O TSE, dispõe de um conselho consultivo, direcionado exclusivamente ao combate das Fake News, é muito por conta do temor de influências negativas nas eleições Brasileiras é que as campanhas pagas seguem proibidas, segundo o Ministro Tarcísio Vieira do TSE³, só é permitido se vier classificado como propaganda e não induza o eleitor a erro. Ora, qual propaganda política que vemos nos dias atuais, não induzem o eleitor a erro? Até mesmo os debates políticos em cadeia Nacional, como o caso da Ex-Presidente Dilma e o então candidato Aécio Neves, foi uma sucessão de indução a erro e acusações diversas, onde não se visava propostas de melhorias para o país, mais sim, atingir pessoalmente um a outro na luta pelo poder, e no meio disto tudo, uma legislação fraca e um povo desorientado, pois não sabia em qual proposta votar e sim, em qual candidato que falava menos mentira, Fake News?

4. DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL

O Código Penal Brasileiro não tipifica o Fake News de maneira clara, na realidade de maneira nenhuma, ou seja,

2 <https://oglobo.globo.com/brasil/facebook-investe-em-conscientizacao-de-usuarios-para-combater-fake-news-22258760>

3 <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/21/fake-news-sao-desafio-para-justica-eleitoral-e-imprensa-avaliam-debatedores>

aquele que pratica tal conduta, será julgado de maneira e crimes diferentes, citamos os crimes de Calúnia⁴, Injúria⁵ e Difamação⁶.

Como se pode ver, todos estes crimes tipificados são de menor potencial ofensivo, tratados como crimes contra honra, fazem parte dos procedimentos especiais do livro II título II do Código Penal Brasileiro, e são julgados no JECRIM-Juizado Especial Criminal, o procedimento se dá mediante queixa, por tanto, aos estudantes de direito, já se percebe que a ação é privada, porém, como toda regra, existe uma exceção e vamos a ela.

A exceção é para o crime de injúria preconceituosa(raça, cor, etnia etc.) , que difere da injúria do caput do art. 140, pois acrescentar-se ai, o § 3º, o que retira a competência do JECRIM, por tanto do art. 60 e 61 da lei 9099/95, ou seja, do procedimento sumaríssimo, e passa a ser julgado pelo juiz singular conforme determina o art. 519 e seguintes do Código de Processo Penal, e antes era um procedido mediante queixa, ou seja, ação privada, mas com a pressão popular, o legislador mudou o entendimento e agora se procede mediante ação pública condicionada a representação.

Buscando resolver a lacuna deixada pelo Código Penal Brasileiro, que diga-se de passagem, necessita muito ser reformado e editado afim de acompanhar as mudanças sociais, para que seja mais efetivo o provimento e aplicação da norma aos novísimos casos criminais, em que constantemente vem evoluindo se diversificando e submetendo a sociedade a crimes de diversas naturezas e sem a devida tipificação penal, o Congresso Brasileiro, tenta dar mais um passo rumo a tipificação dessa conduta, ou seja, da disseminação de notícias falsas- FAKE NEWS.

4 Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

5 Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

6 Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Projeto de Lei 6.812/20177, de autoria do deputado federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), pretende instituir como crime a ação de quem “divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica.

Na mesma esteira, o senador Ciro Nogueira (PP-PI), criou o Projeto de Lei 473/2017, que visa alterar o Código Penal, e inserir nova tipificação de divulgação falsa, consistente em “divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público.

Apesar de os dois projetos serem bastante semelhantes, apenas deveria a nosso ver, sem tipificada conforme cada grau e intensidade do dolo, bem como se poderia adotar nessa medida, procedimentos diferenciados, afim de equiparar de forma equivocada eventos dolosos e danosos de diferentes naturezas e intensidades, apesar de se tratar de uma mesma tipificação, como é o caso citado na Macedônia, criação de sites de Fake News para fins de lucro, podemos citar aqui casos graves, que interferem nas eleições, que podem ter uma pena maior, por se tratar de um ato atentatório não só a nação, mas também a dignidade da justiça, em fim, a matéria precisa de fato ser amplamente discutida.

5. DA RESPONSABILIDADE ELEITORAL

O Código Eleitoral Brasileiro, se inicia em seu art. 2º da Lei 4737/65, com uma frase altamente imponente e que manda uma mensagem clara e séria ao leitor, segue o trecho:

Art. 2º Todo poder emana do povo e será exercido em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais, ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas.

7 <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opiniao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>

E aí vem aquela perguntinha, será?

Notadamente que o poder do voto é individual e realmente emana do povo, porém em muitos casos e estamos falando aqui, sim, dos Estados unidos, onde tem uma população tida como “esclarecida” podem sofrer influências e aí paramos para analisar o nosso artigo 2º e confrontamos com seguinte pergunta, o poder emana do povo ou das notícias falsas?

A preocupação do TSE na pessoa do Min. Luiz Fux em combater as Fake News, já mostram o caminho do debate, é claro que o poder vai emanar em muitos casos de notícias falsas, elas vão influenciar sim as eleições em muitos países e não só aqui no Brasil.

Outro fator que se poderia questionar, é a falta de conteúdo da população Brasileira, dizer que somos aculturados, ou ignorantes e alheio a política interna e externa, é uma afronta a essência da população Brasileira, que além de criativa é de fato um povo único e inteligente em diversos sentidos e referência mundial em vários temas, e como estamos falando de eleições neste tópico, mencionamos que somos pioneiro no uso e implantação do voto eletrônico, coisa que em países altamente tecnológicos, ainda se vê o voto em papel.

Apesar de todo o esforço de nossos políticos em esconder as “trambicagens e roubalheiras” , vemos as instituições sérias como a Justiça, o Ministério Público e a Policial Federal atuarem como nunca, desvendando esses mistérios da corrupção e punindo os corruptos e corruptores, saindo deste parêntese, voltamos ao Fake News, posto que no nosso Código Eleitoral, não encontramos também a tipificação desta conduta, porém, localizamos um fio da meada, para se começar a caçada, vejamos:

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido, não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa.

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção até seis meses, ou pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Ou seja, com exceção do art. 323 do Código Eleitoral, os demais já estão previstos no Código Penal, o artigo 323 do Código Eleitoral, inicia uma tipificação que certamente terá ou sofrerá adequação para estabelecer uma conexão aos projetos de lei que estão sendo discutidos para aprimorar a tipificação correta do Fake News, porém, não se engane o criador e

compartilhador de notícias falsas, a punição, certamente virá, ainda que com tipificação diferenciada, posto que o ato em sí, configura crimes e gera o dever de indenizar, portanto, a punição se identificada, será certamente aplicada.

6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, para o caso de Fake News, como dito, apesar de não tipificada de forma expressa, vem também na esfera cível como dano moral, ou seja, o código civil em seu artigo 927, estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desta forma, qualquer tipo de dano causado a imagem ou a honra, virá uma punição certa e a tempo, que pode gerar, como vimos, responsabilização criminal, eleitoral e cível dependendo de como e quem os pratica.

Infelizmente o marco civil da internet lei 12.965/14, ainda é muito omissa na tipificação dessa conduta e na aplicação de alguma pena em concreto, se trata de uma legislação especial que deveria sim, regular e direcionar as decisões judiciais para crimes cometidos na internet, se alinhando ou preenchendo a lacuna deixada pelo nosso Código Penal, porém não foi dessa vez, esperamos que haja uma alteração em breve, afinal, crimes na internet em alguns casos se consegue punir, em outros a produção de prova é quase impossível.

7. RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL

Não poderíamos deixar de mencionar, a regra máxima contida em nossa Constituição, sendo este o principal garantidor e

gerador de todas as outras leis infraconsticionais, a Constituição Brasileira, estabelece como garantia e direito, em seu art. 5º, X que todos somos iguais, e qualquer violação a imagem e honra, será passível de penalidade, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Assim, o Código Civil se alinha ao preceitos constitucionais, a carta magna dá o norte e o nosso direito material (Código Civil aplica a penalidade para esses casos, desta forma, a noticia espalhada falsamente, encontrará barreiras e penalidades que certamente fará com o que o infrator seja penalizado.

A Constituição aqui nesse caso, ampara o direito individual e difuso ao mesmo tempo, visando a real proteção do cidadão a sua honra, a sua imagem a sua vida social. Atualmente, muitos são os processos judiciais que envolvem danos morais dessa natureza, com ataques a honra e a imagem de cidadãos comuns, xingamentos e ameaças na rede, para qualquer pessoa ver e comentar em cima.

Quem se sentir prejudicado, poderá levar ao conhecimento da justiça qualquer ato desta natureza e de naturezas mais graves, como o caso da injuria qualificada, que certamente encontrará a resposta para o seu direito violado.

REFERENCIAS

Constituição Federal - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Código Penal – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm

Código Eleitoral – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm

Código Civil- http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm

Marco Civil da internet- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

Links apoio:

<http://g1.globo.com/globo-news/globo-news-documentario/videos/v/globonews-documentario-fake-news-baseado-em-fatos-reais-fala-das-noticias-falsas/6186649/>

<https://oglobo.globo.com/brasil/facebook-investe-em-conscientizacao-de-usuarios-para-combater-fake-news-22258760>

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/21/fake-news-sao-desafio-para-justica-eleitoral-e-imprensa-avaliam-debatedores>

<https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opinioao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>

Marco Aurélio de Lima Choy

Advogado; Presidente da OAB/AM (2016-2018); Professor da UEA; Procurador do Município de Manaus; Mestre em Direito Público pela UFSC; Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR.

O USO DAS REDES SOCIAIS NO CONTEXTO DA PROPAGANDA ELEITORAL: LIBERDADE DE EXPRESSÃO X CONTROLE JURISDICIONAL.

As redes sociais vêm se notabilizando como espaço para divulgação de ideias e, de sobremaneira, para divulgação de candidaturas, no contexto da propaganda eleitoral, seja ela positiva ou negativa em favor de candidatos, partidos políticos e ideologias.

As sucessivas “mini” reformas eleitorais, objetivavam, em sua maioria a redução de custos de campanha, o que contribuiu, de sobre maneira, para a potencialização do uso da internet, em razão do baixo custo da referida forma de propaganda.

Verifica-se, também, a potencialização do uso das redes sociais em razão da própria capilaridade da internet, que possui um alcance expressivo, despertando, em razão da experiência nos pleitos, a atenção da Justiça Eleitoral para o

maior controle, identificação dos responsáveis, e aplicação de limites, tanto legislativos, quanto por intermédio das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

Inegavelmente, vive-se, atualmente, o fenômeno da chamada jurisdicionalização da política, onde se verifica um protagonismo da Justiça Eleitoral, no interesse de garantir a liberdade do voto, controlando desde a propaganda eleitoral, chegando a, inclusive, invalidar o resultado de eleições, no reconhecimento de condutas abusivas, como captação ilícita de sufrágio, caixa dois, abuso de poder econômico, político e dos meios de comunicação.

No contexto do empoderamento da Justiça Eleitoral, verifica-se alguns dilemas operacionais na atividade de controle das redes sociais, no contexto das candidaturas. Num primeiro momento, verifica-se a dificuldade de identificação dos eventuais autores das condutas requisito fundamental para o ajuizamento das Representações.

Verifica-se ainda o debate quanto a celeridade da resposta às Representações por parte da Justiça Eleitoral, bem como, de comunicação aos administradores da rede social respectiva, no interesse de sustar as publicações, considerando que o tempo de exposição entre um provimento jurisdicional e o efetivo cumprimento da medida judicial pode gerar prejuízos incomensuráveis ao candidato atingido.

Da mesma forma, uma questão importante a ser discutida no contexto de uma eventual representação por propaganda eleitoral, que pode ser negativa ou positiva em favor de uma candidatura e/ou grupo político diz respeito ao tema do conhecimento prévio do candidato beneficiário. Como demonstrar que a propaganda de um simpatizante de uma candidatura guarda responsabilidade com o candidato Representado?

Quais os limites da liberdade de expressão do eleitor em favor do apoio a uma determinada candidatura? Até que ponto o candidato apoiado pode ser prejudicado por tal conduta?

A questão passa, portanto, pelo controle da Justiça Eleitoral, com todas as dificuldades operacionais que as novas tecnologias

apresentam, entre elas a dinamicidade da internet e das redes sociais, para proporcionar a resposta imediata para que o direito de expressão do eleitor, do candidato não atrapalhem a liberdade de escolha, princípio da democracia.

DA PROIBIÇÃO DA PROPAGANDA PAGA NA INTERNET

Mesmo no contexto da liberdade de expressão, mas no objetivo de proporcionar igualdade de condições no pleito, há um histórico legislativo de proibir a propaganda eleitoral paga na internet, por parte do candidato, ou de pessoas que o conhecimento prévio se presuma.

Observando as restrições que os primeiros indícios de internet no processo de propaganda eleitoral, verifica-se que havia a possibilidade, exclusiva, de sítio eletrônico, próprio do candidato, com finalidade unicamente eleitoral, com a extensão “.can”.

Em um segundo momento, permitiu-se o uso da internet de forma livre, bem como, das redes sociais, da mesma forma não paga, de forma alguma.

No momento atual, como atualização legislativa para o pleito de 2018, a mini reforma de 2017, persistiu com a proibição da propaganda paga, mas permitiu a figura do patrocínio da publicação, em rede social, conforme o texto da Lei n°. 9504/97, alterada pela Lei n°. 13488/2017.

“Art. 26. (...)

(...)

XV - custos com a criação e inclusão de sítios na internet e com o impulsionamento de conteúdos contratados diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no País;

§ 1º (...)

§ 2º Para os fins desta Lei, inclui-se entre as formas de impulsionamento de conteúdo a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na internet.

Assim, como marco para a eleição de 2018, o impulsionamento nas redes sociais dos candidatos será gasto lícito, conduta até então, proibida nos pleitos anteriores, como se vê no seguinte precedente, inclusive, do E. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Amazonas.

TRE-AM - RECURSO ELEITORAL RE 060037976 MANAUS AM (TRE-AM)

Data de publicação: 11/09/2017

Ementa: REPRESENTAÇÃO. IMPULSIONAMENTO PAGO DE MATÉRIA COM CUNHO ELEITORAL. REDE SOCIAL FACEBOOK. VEDAÇÃO LEGAL. USO DE HASHTAGS SEMELHANTES ÀS DE CAMPANHA. CONHECIMENTO DO BENEFICIÁRIO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1- A postagem de mensagem em período eleitoral com pedido expresso de votos, ainda que advinda de agente público, caracteriza propaganda eleitoral, sujeitando-se às limitações previstas na legislação, especialmente quanto à vedação ao impulsionamento pago. 2- O uso de hashtags semelhantes às da campanha eleitoral permite rápida localização e acompanhamento pelo beneficiário, o que caracteriza seu prévio conhecimento, sujeitando-o à aplicação da multa prevista no § 2º, do artigo 23, da Res. TSE nº 23.457/2015. 3- O alcance da postagem devidamente comprovado nos autos é causa suficiente para majorar a multa pela utilização do impulsionamento pago de postagem em rede social. 4- Recurso conhecido e desprovido.

Encontrado em: ACORDAM os membros do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, por unanimidade, pelo conhecimento.../9/2017 RECURSO ELEITORAL RE 060037976 MANAUS AM (TRE-AM) BARTOLOMEU FERREIRA DE AZEVEDO JÚNIOR.

A grande questão que versa sobre o controle de quem, efetivamente, manifesta sua opinião com viés eleitoral e a possível responsabilidade do candidato beneficiário, tal questão é discutida por intermédio do instituto do conhecimento prévio.

A QUESTÃO DO CONHECIMENTO PRÉVIO DO CANDIDATO

Na dinâmica da manifestação no âmbito das redes sociais, com a finalidade eleitoral, exige-se uma análise quanto ao conhecimento prévio do candidato do conteúdo da propaganda positiva, e de sua autoria quanto a eventual propaganda negativa de outrem.

O conhecimento prévio como elemento importante para caracterização do ilícito eleitoral, posto que a manifestação na rede social pode se dar por intermédio de eleitor/simpatizante da candidatura, sem possibilidade, muitas vezes, a possibilidade de controle do próprio candidato, como se depreende dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

“Eleições 2012. Prefeito. Propaganda antecipada. Prévio conhecimento. Caracterização. [...] 1. O beneficiário da propaganda antecipada pode ser por ela responsabilizado desde que provado o prévio conhecimento. 2. Na espécie, a Corte de origem, tendo por base as provas coligidas e as circunstâncias inerentes ao caso concreto, assentou que o candidato possuía ciência prévia da propaganda antecipada. A modificação dessa premissa envolveria reexame de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via do recurso especial. [...]”

(Ac. de 20.3.2014 no AgR-AI nº 47935, rel. Min. Luciana Lóssio.)

“[...]. Propaganda eleitoral irregular. [...] 1. Pode ser condenado, consoante o parágrafo único do artigo 40-B da Lei 9.504/97, por propaganda irregular o beneficiário, se constatado o prévio conhecimento pelas circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. 2. O conhecimento da alegação da parte no sentido de afastar a irregularidade da propaganda eleitoral, consistente em placas justapostas acima do limite legal, ou de ausência de caracterização do prévio conhecimento conduz ao reexame de provas. [...]”

(Ac. de 29.10.2013 no AgR-AI nº 6251, rel. Min. Laurita Vaz.)

O doutrinador e advogado eleitoralista Adriano Soares da Costa (2008, p. 453), comentando a aplicação da multa prevista no art. 43 da Lei n. 9.504/1997, endossa que a responsabilidade pelo pagamento da multa seria de quem realizou a despesa com a publicação irregular:

Para sua aplicação, deverá se seguir o rito do art. 96 da Lei, com o devido processo legal, sendo responsabilizados individualmente os responsáveis pelos veículos de divulgação, e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados. Dizendo de outra maneira: a responsabilidade aqui é independente e cumulativa, alcançando o empresário que admitiu a veiculação, em seu órgão, da propaganda ilegal, bem como o partido, candidato ou coligação que pagou a despesa. Vale dizer, ou o candidato ou partido, e não os dois conjuntamente. Quem fez o gasto é que deve responder [grifei].

Dessa forma, o candidato não pode ser punido pela ação de eleitor/apoiador, sem que seja comprovado o seu conhecimento prévio do conteúdo. Independente de multa e responsabilização ao candidato, o particular pode ser compelido a retirar o conteúdo de sua manifestação entendido como propaganda eleitoral irregular.

Por certo que é lícito ao cidadão/eleitor manifestar-se nas redes sociais, de sobremaneira, em forma de apoio ao seu candidato, como legítima manifestação do seu direito de expressão.

A discussão quanto a exigência de conhecimento prévio diz respeito, tão somente, a eventual propaganda ilícita, especialmente, nas propagandas negativas.

PROPAGANDA ELEITORAL: DIREITO DE CRÍTICA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONTEÚDO ILÍCITO ENSEJADOR DE DIREITO DE RESPOSTA

A grande questão do conteúdo da propaganda eleitoral diz respeito ao estabelecimento de limites entre o que seria o exercício do direito de crítica (seja do candidato, seja do cidadão

eleitor pelo uso de suas redes sociais, por exemplo) e o que seria conteúdo ilícito, merecedor de reprimenda da Justiça Eleitoral.

Quanto ao direito de resposta, Rui Stoco e Leandro Stoco (2006, p. 106) informa ser “uma garantia ao desagravo, assim que determinada pessoa seja ofendida por outrem e tutela, em última análise, os chamados direitos da personalidade do indivíduo”.

Registre-se que o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal, estabelece a garantia da liberdade de imprensa e de expressão, neste ponto pode-se experimentar aparente conflito de direitos fundamentais.

Os tipos previstos na legislação eleitoral se mostram muito abertos, colaborando para o estabelecimento de dúvidas entre o que seria direito de expressão, direito de crítica política, do que seria conteúdo ensejador de direito de resposta.

O direito de resposta teve sua previsão, inicial, no Código Eleitoral – art. 243, § 3º – “a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couberem, os arts. 90 e 96 da Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962.

A Lei Geral das Eleições tem na previsão do art. 58 o seguinte conteúdo:

Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

A grande questão diz respeito a falta de especificidade do conteúdo dos mencionados artigos: o que seria afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica?

A questão deve ser solucionada no caso a caso, sob o balizamento da jurisprudência da Justiça Eleitoral, considerando que se trata de uma justiça especializada cujas decisões são pautadas nos seus precedentes.

Observando-se, por exemplo o conteúdo do Código Eleitoral que tenta trazer conceitos normativos, para facilitar o exercício do direito de resposta:

Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime;

Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação;

Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Os mencionados tipos eleitorais lembram os conceitos estabelecidos pelo Código Penal. Entretanto, verificam-se críticas ao tratamento recebido entre o cidadão comum, sujeito ao Código Penal e ao político, sujeito a críticas decorrentes da atividade pública que exerce.

Nesse sentido, Rui Stoco e Leandro Stoco (2006, p. 111) infere:

Por oportuno, vale registrar quanto à calúnia, difamação e injúria a desnecessidade que essas figuras sejam caracterizadas como crime para ensejar o direito de resposta, conforme já pacificado por nossas cortes especializadas. Aliás, o homem público está sujeito a ver colocadas sob lente de aumento suas características e imperfeições, e com esse ônus deve se conformar.

Na verdade, a maior dificuldade encontrada pelo aplicador do Direito Eleitoral é definir o limite da crítica política.

Olivar Coneglian (2004, p. 219), por sua vez, assevera:

Não constitui ofensa a simples crítica eleitoral, a crítica a programa de partido, à realização de ato, à atitude administrativa do ofendido.

[...] O homem público, principalmente o que está no exercício do poder de administração, ou aquele que se submete ao crivo de uma eleição, fica sujeito a críticas mais acerbas e mais generalizadas. Muitas vezes, essa crítica é injusta, mas não chega a caracterizar injúria ou difamação.

Além dos termos igualmente previstos no Código Penal, e que devem ser visitados de forma restritiva, considerando tratar-se de agente político, suscetíveis de crítica política, verifica-se a presente tanto no Código Eleitoral, quanto na Lei Geral das Eleições um tipo igualmente aberto, no caso a expressão “sabidamente inverídica”.

No mesmo sentido de que a expressão “sabidamente inverídica” não pode receber o mesmo tratamento entre um político e um cidadão comum, Rui Stoco e Leandro O. Stoco assinalam:

A afirmação que de plano e icto oculi se apresenta como inverídica certamente causará menor impacto no equilíbrio do pleito eleitoral, pois o homem mediano ou aquele mais instruído não será atingido pela sua falsidade intrínseca, ao contrário daquela que vem camuflada em fatos verdadeiros ou em colocações que exigem conhecimentos técnicos, que a estes pode alcançar. (2006, p. 112.)

Entende-se que o detentor do mandato eletivo assim como detém o direito de mostrar suas realizações, igualmente, é bastante suscetível às críticas políticas, devendo tal sujeição ser avaliada com um balizamento mínimo como, por exemplo, a imposição de limites a tal exercício, em contraponto com a dignidade da pessoa humana e a própria liberdade de expressão.

REFERÊNCIA

COSTA. Adriano Soares da. Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 453.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Eleições: Comentários à Lei 9.504/97. 2. ed. São Paulo: Dialética Editora, 2004.

SILVA, Henrique Neves da. A Lei das Eleições – Interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Brasília: Jurídica, 2002.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. Legislação Eleitoral Interpretada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Apêndice

*Leia o acórdão que derrubou a
Lei de Imprensa*

Lei morta

7 novembro 2009

O acórdão do julgamento que derrubou a Lei de Imprensa, em abril deste ano, foi publicado nesta sexta-feira (6/11), no *Diário de Justiça*. No julgamento da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental (ADPF 130), a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

No acórdão, os ministros destacam que é preciso assegurar primeiramente a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação para, somente depois, cobrar do ofensor eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, “ainda que também densificadores da personalidade humana”.

A corte registra também que, em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, ‘subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos’. Ou seja, para os ministros a crítica jornalística sobre esses agentes não é suscetível de censura, mas não está livre de reparação por danos morais.

Ainda no acórdão, os ministros destacam os efeitos jurídicos da decisão e reforçam que o direito de resposta, para replicar ou de retificar matéria publicada por parte daquele que se vê ofendido, está previsto na Constituição.

Leia abaixo a íntegra do acórdão ADPF 130 — LEI DE IMPRENSA FOI REVOGADA PELO STF DIA 30 DE ABRIL DE 2009

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o senhor ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigo 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 30.04.2009.

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS

AO CAPÍTULO PROLONGADOR.
PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL
ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O
BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À
LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À
IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.
PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO.
INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE
DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO
DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL,
CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS
CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE
IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE
PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO
INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS
PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA
IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE
IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS
MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO
DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE
IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE
INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E
IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA
NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E
COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS.
PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR
ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO
FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE
DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS
PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E
REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO
RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA
ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA
DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA.
ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual
subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é
via adequada à impugnação de norma pré-constitucional.
Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por
decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABRANGER OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mas encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL.

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que

os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobre-direitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado

o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos

seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inftetem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a

monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode

dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao exercício profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”.

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa

Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de “plena” (§ 1 do art. 220).

10- NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação

hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.