

LABORATÓRIO
DE
JURISPRUDÊNCIA

**Comentário à ADPF n.º 130:
Parâmetros para as decisões após a não recepção da Lei de Imprensa**

Siddharta Legale Ferreira¹.

Eric Baracho Dore Fernandes².

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**

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitor da disciplina Direito Constitucional de 2007 a 2009. Coordenador Geral da Revista de Direito dos Monitores da UFF. E-mail siddhartalegale@yahoo.com.br.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Ex-monitor de direito romano. Coordenador da Seção de Direito Privado da Revista de Direito dos Monitores da UFF. E-mail ericbdfernandes@gmail.com.

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.*

(...)

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”.

(...)

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 após 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.

COMENTÁRIO

1. Aspectos gerais

No primeiro semestre de 2009, o Supremo Tribunal Federal prosseguiu com o julgamento da ADPF contra a Lei de imprensa. Ao final, entendeu que a Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967 não foi recepcionada pela atual constituição federal³. O tema discute um dos mais relevantes da atualidade: o papel da imprensa e da liberdade de expressão no Estado democrático de direito⁴.

Com o fim da ditadura, tal como aconteceu em diversos países no pós-guerra, parte do entulho autoritário normativo continuou existindo. O caso coloca a importante questão de se devemos “jogar fora” toda a lei de imprensa ou se seria possível reciclar algumas partes de modo a torná-la útil ao Estado democrático de direito. Em linhas gerais, apesar dos votos vencidos e fundamentos diferentes, a decisão do STF apostou que o Judiciário à luz do caso concreto poderia oferecer soluções melhores do que as da lei, como expressamente afirmou o Relator Ayres Britto.

Se por um lado, não é possível manter totalmente o entulho autoritário já que a liberdade de imprensa é peça fundamental da democracia, por outro, não é recomendável jogar tudo fora e negar a possibilidade de regulamentação. Houve desperdício em tempos de reciclagem. Não foram mantidos dispositivos que,

³ STF, DJU 05 nov. 2009, ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

⁴ ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights In New Democracies.** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=870444>

considerando uma eventual interpretação conforme a Constituição, poderiam ter sido preservados. Tampouco optou-se por deixar uma abertura para que o legislador adotasse uma nova regulamentação para a Imprensa. Pelo contrário, o relator chegou a afirmar que isso não seria possível por conta da natureza das normas envolvidas, de eficácia plena ou irregulamentáveis, o que pode ser facilmente criticado, como veremos mais adiante. Fez também uma peculiar não recepção ou revogação por arrastamento, entendendo que a interpretação deveria ser necessariamente conglobante ou por “arrastamento teleológico”.

Para tornar a situação ainda mais complexa, a opção do Supremo Tribunal Federal em apostar no Judiciário não foi acompanhada de uma opção clara por parâmetros e diretrizes as quais, no caso concreto, deveriam ser observadas. É verdade que, após algum esforço, encontram-se parâmetros entre um *obiter dictum* e outro das longas e intermináveis páginas dos votos do Relator o Ministro Ayres Britto e também no voto do Ministro Celso de Mello.

Sem dúvida, o STF deu uma mais uma mostra de ativismo judicial e incentivou que as demais instâncias judiciais também adotassem uma postura ativista. Após resumir os principais argumentos e votos na decisão, o presente comentário possuirá um duplo papel: criticar alguns argumentos apresentados e, em seguida, propor parâmetros para colisão entre o bloco da liberdade de expressão e da comunicação em face do bloco de direitos à personalidade, vida privada, honra e imagem.

Espera-se, com isso, tanto realçar alguns argumentos que, embora tenham sido apresentados de forma lateral (*obiter dictum*) pelos Ministros do STF, são importantes, quanto fornecer diretrizes interpretativas que possibilitem a tomada de decisões mais justas, isonômicas e seguras pelos magistrados no caso concreto. Acredita-se que, desprovido de tais parâmetros, o Judiciário pode se tornar uma verdadeira loteria em razão da qual a liberdade de imprensa será exercida de forma libertária e não condizente com uma teoria democrática bem estruturada.

2. Resumo do inteiro teor

A Lei nº 5.250 de 1967 foi alvo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Julgada procedente a ADPF por sete Ministros (Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello),

a Lei de Imprensa foi considerada integralmente revogada, ou não recepcionada pela nova ordem constitucional. Os principais argumentos mobilizados serão listados a seguir, com especial destaque para o voto do Relator, o Ministro Ayres Britto, que fundamentou sua posição nos seguintes argumentos:

1º) *A extração da relação entre os direitos da própria Constituição.* O importante é ponderar os valores constitucionais para preservar as liberdades de expressão e comunicação. Caso haja violação dos direitos a personalidade, a responsabilização civil, a indenização mesmo deve ser extraída de forma proporcional através da relação entre os valores estabelecidos;

2º) *Insuscetibilidade de restrição à liberdade.* Considera que a liberdade de imprensa é insuscetível de sofrer qualquer restrição, com base no art. 220 da Constituição, porque a liberdade deve ser plena. Significa que não é possível constituir embaraços sobre suas dimensões nucleares;

3º) *Vedação de Lei estatutária.* Interdição de produção de uma “Lei de Imprensa”, concebida como orgânica ou estatutária. Impossibilidade do Legislador ou do Executivo dispor sobre o assunto;

4º) *Normas irregulamentáveis.* A natureza das normas de imprensa, eficácia plena ou irregulamentáveis, impediria a regulamentação.

5º) *Finalidades ideológicas.* A lei de imprensa é o fio-condutor de finalidades político-ideológicas, não sendo possível conciliá-la com a Constituição, nem mesmo por meio da interpretação conforme;

6º) *Vedação de crimes diferenciados.* Não tem sentido manter os crimes de calúnia, injúria e difamação porque os jornalistas não se diferenciam das pessoas comuns;

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, votou no mesmo sentido com alguns argumentos semelhantes e outros diferentes. Essencialmente, foram os seguintes: (i)

apesar de entender - em melhor sentido - que não existem direitos absolutos, mas sim que eles colidem, afirmou que existem técnicas interpretativas e soluções da própria constituição para tais colisões; (ii) chama atenção para possibilidade inclusive de serem diretamente invocados os direitos fundamentais nas relações privadas; (iii) especificamente no caso do direito de resposta, não seria necessário, ou até mesmo seria inconveniente a regulamentação. Seria possível operar com parâmetros para a análise do cabimento do direito de resposta, tais como: (a) imediaticidade; (b) mesmo grau de importância da divulgação da resposta ofensa; (c) correlação lógica entre a ofensa e a resposta, não cabendo expressões ofensivas ou injuriosas.

Em sentido contrário, houve quem votasse tanto pela improcedência, quanto pela procedência parcial. Pela total improcedência, votou o Ministro Marco Aurélio, segundo o qual julgar que a lei não teria sido recepcionada significaria derrubá-la “de cambulhada”. No seu entender, uma Lei de Imprensa que, ainda que aprovada durante o regime autoritário, perdurou durante 20 anos da nova Constituição não deveria ser julgada inconstitucional. Sua substituição deveria ficar a cargo do legislador.

Pela procedência parcial, votaram os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie e, de certo modo, também o Ministro Gilmar Mendes. Os dois primeiros entenderam que os artigos 20, 21 e 22 da Lei de imprensa⁵, que abordam figuras penais, relativas à calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social são compatíveis com a Constituição. Vale ressaltar que as penas referentes a tais, quando cometidos na imprensa, seriam levemente maiores o que, hoje faz sentido, porque, como argumentaram os ministros, a maior extensão do dano causado aos bem jurídicos

⁵ **Lei de imprensa:** “**Art . 20.** Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região. § 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa. § 2º Admite-se a prova da verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. § 3º Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos. **Art . 21.** Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região. § 1º A exceção da verdade somente se admite: a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública; b) se o ofendido permite a prova. § 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dêle. **Art . 22.** Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro: Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região. Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena: a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.”

protegidos, quando por meio de meios de comunicação de massa, justificam a dosimetria legal diferenciada.

O Ministro Gilmar Mendes, ora Presidente do STF, mostrou-se preocupado especificamente com o direito de resposta. A não recepção da lei deixaria, segundo o Ministro, um vazio normativo já que, apesar de constitucionalmente previsto, muitas regras específicas sobre o direito de resposta estão previstas nessa lei. Nas palavras do ministro, “o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício”.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, em sentido diverso do relator, não considera o dispositivo da Lei de Imprensa um todo indivisível, tendo votado pela procedência parcial do pedido. O Ministro Joaquim Barbosa entende que a liberdade de imprensa deve sofrer determinadas restrições, tendo em vista que:

(i) o poder político que certos grupos hegemônicos exercem nos meios de comunicação não é positivo na formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos,

(ii) a interferência do Estado na liberdade de comunicação nem sempre é negativa, podendo atuar para proteger a imagem de minorias perseguidas pelos detentores hegemônicos desse monopólio sobre os meios de comunicação; e

(iii) o fato de a liberdade de imprensa precisar ser examinada à luz não apenas dos *emissores* da informação, mas também de seus *destinatários* – o que leva o ministro a salientar a importância de manter a vigência de dispositivos, por exemplo, que proíbam a veiculação de informações que contenham preconceitos de raça ou classe.

Em suma, o Ministro Joaquim Barbosa entende que através da restrição da liberdade de imprensa em certas circunstâncias o Estado pode atuar também como *garantidor* da liberdade, em suas palavras “desobstruindo os canais de comunicação que são vedados àqueles que muito se buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar ou marginalizar”.

É importante notar também que o Ministro Gilmar Mendes, em consonância com o Ministro Joaquim Barbosa, entende que a liberdade de imprensa poderia sim, sofrer restrições para preservar determinados direitos fundamentais, a partir da interpretação do art. 220 da Carta Magna, que ao estabelecer a impossibilidade de lei ordinária constituir empecilho a plena liberdade de imprensa, faz a ressalva de determinados direitos fundamentais (Art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV). Explica, ainda, que foi clara a intenção do constituinte em conceder ao legislador a faculdade de restringir a liberdade de imprensa em face da proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para as exceções expressas redigidas pelo constituinte.

Já o Ministro Marco Aurélio votou vencido pela recepção da Lei de Imprensa. Indagou a quem interessaria o vácuo normativo aos jornais, a jornalistas ou aos cidadãos em geral. Em seguida, afirmou que: “Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica.” Explicou, ainda, que não havia interesse do PDT, do próprio autor da ação em derrubar toda a lei de cambulhada. Enfatizou que a lei já estava em vigor faz quarenta e dois anos, desses vinte anos durante a Constituição de 1988, ressaltando que “Poderíamos dizer que existe hoje, em termos de eficácia, em termos de concretude, uma lei purificada pelo crivo equidistante (...) do próprio Judiciário (...)”.

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie segue a linha dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. A Ministra entende que a liberdade de imprensa não constitui um direito absoluto. Confira-se:

“(...) não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais. (...)”

E ainda:

“(…) a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais foram, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num “*estado de momentânea paralisia*” para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado.”

Essa pré-compreensão será extremamente relevante, porque, não sendo absoluta liberdade de expressão, e inexistindo hierarquia constitucional, torna-se possível ponderar as diversas normas constitucionais em jogo por meio de parâmetros.

3. Críticas e comentários à decisão do STF

Nota-se que o STF adotou uma postura que pode ser considerada demonstração de um ativismo judicial. Serão criticados, preliminarmente, alguns argumentos da decisão em causa e, em seguida, sugeridos parâmetros para evitar que não se frustrem as expectativas de que Judiciário ofereça soluções melhores do que as adotadas pelas normas da Lei de Imprensa.

As críticas compendiadas aqui serão dirigidas principalmente ao voto do relator. Utiliza-se, para tanto, os votos com fundamentações ou em sentido divergente.

1º) É claro que a relação entre os direitos pode ser ponderada a luz do caso concreto a partir das normas constitucionais. Contudo, a segurança jurídica oferecida por uma lei é maior do que uma aposta de que o Judiciário no caso concreto ofereça soluções mais adequadas, principalmente, quando tal aposta é realizada sem propor ou debater explícita e diretamente os parâmetros para lidar com essa colisão de direitos. Essa aposta no judiciário está em descompasso com a tendência internacional, visto que é possível apurar que a maioria dos países membros da ONU possuem leis disciplinando a Imprensa. Decidir pela não recepção e pela impossibilidade de regulamentação significa tornar o Brasil uma peculiaridade no cenário internacional. Há quem diga que sofremos com uma Lei de Imprensa absurda, mas que, ainda assim, a insegurança de não ter regulamentação é pior.

A necessidade de uma lei que regule os direitos relativos à liberdade de expressão e suas restrições possíveis se torna ainda mais óbvia quando analisamos a liberdade de expressão sob a ótica dos Direitos Humanos. Tanto é assim que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional de Direitos Civis

e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de entenderem que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, estabelecem um padrão de três fases para determinar a legitimidade de quaisquer restrições à liberdade de expressão.

O chamado “teste de três fases” compõe-se de (i) qualquer restrição deve ser estabelecida em lei e definida de forma precisa; (ii) qualquer restrição a esse direito precisa ter finalidade legítima, de acordo com o previsto pelas normas internacionais e os objetivos do Estado democrático de direito; e (iii) ser realmente necessária para garantir aquela finalidade.

Ao derrubar a única lei que estabelecia restrições e regulamentações sem estabelecer parâmetros claros em sua substituição, o STF não demonstrou a delimitação precisa exigida pelas normas internacionais dos tratados dos quais o Brasil é parte: a tese que prevaleceu não avaliou com cuidado se as finalidades das restrições eram legítimas, de modo a seguir o teste das três fases.

2º) Apesar do tom peremptório adotado pelo Relator, segundo o qual não caberiam restrições à liberdade de expressão, tal posicionamento está equivocado por três motivos. Como bem afirmou o Ministro Celso de Mello, entre outros ministros, não existem direitos absolutos. Todos os direitos fundamentais são relativos e interdependentes. As colisões que subsistiram devem ser ponderadas de modo a otimizar a eficácia ou efetividade do conjunto de direitos fundamentais e não de forma isolada. Tal ponderação pode ser feita, dentro de certas margens, e considerando capacidades institucionais distintas, tanto pelo legislador, quanto pelo judiciário.

3º) Dizer que não é possível aprovar uma lei sobre a imprensa sobre o argumento de que ela seria “orgânica” ou de que o Legislativo e o Executivo não teriam legitimidade para tal, sem dúvida, é ignorar e desprezar o papel dos demais poderes na interpretação e concretização constitucional. Além do mais, o tom peremptório do constituinte possui uma justificativa histórica que naquele momento possuía um peso maior do que possui no contexto atual: o Brasil acabava de sair de uma ditadura onde houve tortura e a censura às opiniões divergentes. Não resulta, a rigor, de uma pretensão de que a liberdade de expressão seja de fato absoluta frente os demais valores constitucionais ou, até mesmo, a regulamentação razoável de um legislador democraticamente eleito.

É natural que, diante das experiências vividas por nossos pais e avós, haja pré-compreensões negativas e desconfianças em relação ao Executivo e ao Legislador. O contexto mudou. Vivemos num Estado democrático de direito que respeita a separação de poderes e, apesar de todos os problemas, não é possível ignorar o papel dos demais poderes na interpretação e concretização da Constituição de 1988, inclusive no que diz respeito à liberdade de expressão. Diga-se de passagem, não raro é o próprio Legislativo, em conjunto com o Executivo, que libera recursos para efetivar políticas públicas relacionadas à cultura e liberdade de expressão, até mesmo nas manifestações críticas ao governo. Esta é a ironia, bem colocada por Owen M. Fiss, da liberdade de expressão no Estado democrático: o Estado pode ser ora arquiinimigo, ora amigo imprescindível⁶.

Os desafios hoje são diferentes para liberdade de expressão e para imprensa. A título meramente exemplificativo, sabe-se que não é peculiar do contexto brasileiro a necessidade de melhorar a qualidade da grade de programação, tornar a imprensa mais plural, representando interesses de grupos diversos e não raro antagônicos, ao invés de preservar o monopólio da informação em poucos agentes.

Carlos Santiago Nino, renomado constitucionalista argentino, por exemplo, chama atenção para o fato de que nem sempre o mercado da liberdade funciona de forma correta. Frequentemente, existem monopólios e oligopólios e o acesso aos bens da informação é desigual entre os indivíduos e as preferências do mercado de comunicação nem sempre são neutras, já que seus custos são pagos pela publicidade.⁷

4º) Considerar tais aspectos como irregulamentáveis ou de eficácia plena, como fez o relator da ADPF, para daí extrair suas conclusões pautado em classificações problemáticas, anacrônicas e ultrapassadas, pelo menos quando aplicada, como é o caso, aos direitos fundamentais. É tão evidente que não existem normas irregulamentáveis ou inintegráveis no Estado democrático de direito o legislador. Embora certos autores tenham proposto tal nomenclatura, ela dá margens a certos equívocos.

Virgílio Afonso da Silva, em incisiva e pertinente crítica à classificação tradicional das normas constitucionais, explica expressamente que nem mesmo as

⁶ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁷ NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires, 2005, p.264-265. Entre nós, em semelhante sentido, veja-se o excelente texto de Cf. SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e papel promocional do Estado**. In: Livres e iguais: Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.263 e ss.

normas de eficácia plena não dispensam restrições ou regulamentações de seu conteúdo. O constituinte não tem a capacidade de prever todas as situações da vida e nem tudo pode ser deixado a cargo de ponderações judiciais que carecem de parâmetros⁸.

5º) Considerar que a Lei de Imprensa seria o fio-condutor de finalidades político-ideológicas, como afirmou o Ministro Ayres Britto, é desconsiderar que essa lei, votada e aprovada num contexto de ditadura militar, poderia ser interpretada de modo a adquirir, ao menos em parte, um novo fundamento de validade: a Constituição de 1988. Não basta o mero fato de ter sido aprovada nesse contexto para que ela se torne espúria. A decisão, ao derrubar a lei em sua integralidade, pecou em não demonstrar explicitamente os motivos para cada dispositivo da Lei de Imprensa não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988.

6º) O relator afastou inclusive as hipóteses levantadas pelos demais Ministros em manter alguns dispositivos da lei de Imprensa. Primeiramente, recusou a proposta dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie de manter os artigos 20, 21 e 22 da Lei de imprensa, responsáveis por tipificar os crimes de injúria, calúnia e difamação. Apesar do argumento de que o jornalista não se diferencia do homem comum, não foi considerado o fato de que tais crimes, quando praticados na imprensa, ganham repercussões muito maiores. Tampouco foi avaliado se pelo fato das repercussões serem maiores, a dosimetria judicial das penas do Código Penal para tais crimes supririam a lacuna.

É evidente que o crime realizado por meio de imprensa tem repercussão maior, atingindo a reputação da vítima perante um número maior de pessoas. Ora, parece perfeitamente razoável a pena mais grave para o crime executado nessas circunstâncias. Não se trata de uma pena maior devido à qualidade de jornalista do *agente*, e sim em relação ao *meio* utilizado para realizar o crime. Meio esse que causa um dano maior ao bem jurídico protegido pela tutela penal, no caso a honra objetiva da pessoa atingida. O próprio Código Penal nos fornece inúmeros exemplos onde o meio mais danoso justifica a aplicação de uma pena maior. A pena diferenciada da lei de imprensa parece

⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

razoável, mesmo porque a pena máxima cominada aos crimes na lei de imprensa não era absurdamente superior às penas comuns. O crime de calúnia, na Lei de Imprensa, possuía uma pena máxima 1 ano superior a do Código Penal. Já o crime de difamação possuía uma pena de no máximo 8 meses superior a do Código Penal. Finalmente, o crime de injúria possuía uma pena máxima de 6 meses a mais do que o tipo previsto pelo Código Penal.

7º) Não foi acatada a ponderada consideração do Min. Gilmar Mendes em manter a regulamentação do direito de resposta. Sequer foram considerados os artigos para verificar o que poderia ser aproveitado da lei ou o que era, de fato inconstitucional, para dessa forma as normas preservadas pudessem fornecer segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais. Certamente, haverá insegurança jurídica tanto na cominação dos crimes, quanto na concessão ou indeferimento do direito de resposta.

8º) Por fim, o que chama mais atenção, pelo menos, nos longos votos dos Min. Ayres Britto (111 páginas) e Celso de Mello (56 páginas) é que os ministros optaram por explicar o conteúdo das normas constitucionais minuciosamente, ao invés de investir mais tempo nos parâmetros para operacionalizar ou racionalizar as colisões entre a liberdade de expressão e os direitos à personalidade. É verdade que isso foi feito *en passant* pelos ministros, mas o resultado final acabou por ser uma aposta nos demais tribunais sem propor parâmetros e diretrizes claras e evidente na *holding* da decisão. Parâmetros e diretrizes essas que inclusive poderiam ter sido construídos considerando importantes decisões dos demais Tribunais estaduais sobre o tema e não apenas de cortes estrangeiras e de cortes internacionais.

Sem dúvida, a não recepção da Lei de Imprensa é uma mostra de ativismo atabalhoado que não sopesa com cuidado as conseqüências de suas próprias decisões judiciais e, se não bastasse, desdenha o papel do legislador. Foi uma mostra clara de “Supremocracia”, para tomar emprestado a expressão criada por Oscar Vilhena Vieira⁹.

Justamente por essa preocupação, o presente comentário procura realçar os parâmetros que podem ser colhidos no interior da fundamentação dos votos dos

⁹ De forma breve, a expressão designa a tendência o STF em invadir a esfera dos demais Poderes e em se impor as cortes estaduais. Para mais detalhes, Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Revista de direito do Estado* n° 12, 2008, p. 55 e ss.

Ministros Ayres Britto e Celso de Mello. Apresentadas as críticas, é possível expor os parâmetros igualmente densificar tais parâmetros a partir de contribuições jurisprudenciais e doutrinárias, bem como sugerir novos. Tudo com objetivo de estimular que as futuras decisões judiciais sejam mais previsíveis, isonômicas, seguras e justas.

4. Parâmetros para colisão entre o bloco da liberdade de expressão e o da privacidade

Existe uma tensão entre o direito à informação e os direitos da personalidade, como o direito à privacidade (intimidade e vida privada), honra, imagem, de um lado, e, de outro, a liberdade de expressão e comunicação que dificilmente pode ser eliminada *a priori*¹⁰. É claro que são facilmente aceitos alguns limites ou imposições, como é o caso do direito de resposta, do dano moral e material ou, ainda, da vedação da censura prévia. Sejam quais forem os limites e parâmetros, é certo que os meios de comunicação devem procurar respeitar não só os direitos à personalidade, mas também o pluralismo cultural, político e ideológico o que se torna ainda mais importante na sociedade democrática¹¹.

Apesar do tom peremptório que adquiriu a liberdade de expressão e comunicação nos artigos da Constituição de 1988, como se fossem absolutos, há forte tendência na doutrina constitucional contemporânea de que não existem direitos absolutos. Afinal, não é possível efetivar a liberdade, sem ignorar os demais valores e normas constitucionais¹².

De fato, com a procedência da ADPF nº 130, passou a existir um vácuo na regulamentação legislativa sobre a imprensa. No entanto, não foi um mero descaso dos ministros do Supremo que votaram pela não recepção total da lei. Pelo contrário, entendeu-se, como mesmo afirmou o Ministro Ayres Britto, que o Judiciário diante do caso concreto poderia oferecer melhores soluções do que as dispostas nessa lei. Para tanto, é preciso que as decisões sejam racionais e isonômicas, ao invés de casuísticas.

¹⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 137-47.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. AS liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* n° 5, 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br

¹² Art.5º, IV, V, IX, X, XIII, XIV vs art. 220 e §1º e §2º, art. 5, XIII, art.21,XVI, art. 221

Do contrário, a crença depositada no Judiciário não se confirmará. Reduzir a subjetividade e racionalizar as ponderações sobre a colisão dos direitos fundamentais torna-se ainda mais importante. A adoção de parâmetros pode prestar-se tanto para isso, quanto igualmente para que as decisões tomadas sejam justas.¹³⁻¹⁴

Apesar de haver considerações dos Ministros, estas foram laterais e breves sobre os parâmetros. O emprego da técnica merecia um destaque maior, uma vez que poderiam minimizar a insegurança em razão do vácuo legislativo e o subjetivismo dos juízes ao julgar os casos concretos. Com esse intuito, os parâmetros foram agrupados em três eixos temáticos: (i) quanto às partes envolvidas; (ii) quanto ao procedimento; (iii) quanto ao conteúdo da informação veiculada.

(i) Quanto às partes envolvidas, em geral, observa-se se elas são públicas, a princípio, prevalece à liberdade de expressão em detrimento da intimidade e os direitos à personalidade. Fotografar um político ou um artista é diferente de fotografar um indivíduo comum. Pela própria posição que ocupam, por exemplo, os políticos devem estar sujeito ao controle dos cidadãos, especialmente em ambientes democráticos, devendo, por isso, preparar-se para a uma exposição maior. Os artistas, por sua vez, dependem de uma maior exposição para divulgar e realizar seu trabalho ao público. Daí a preferência estabelecida previamente.

Não obstante, tal parâmetro não pode ser tratado de forma absoluta. Veja-se o caso *Von Hannover vs Germany* da Corte Européia de Direitos Humanos no qual se presenciou uma controvérsia entre a princesa Carolina de Mônaco e os tablóides

¹³ Parte dos parâmetros apresentados a seguir podem ser encontrados, sem a mesma organização e com conteúdo ligeiramente diferente, em: BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação interpretação constitucional adequada do Código civil e da Lei de imprensa**. In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 278-80.

¹⁴ Partindo da jurisprudência norte-americana, Edilson Pereira de Faria também compendia alguns parâmetros. Veja-se: “Nesse passo, estabelece os seguintes critérios: (1) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), essencialmente em razão da função social que a liberdade de expressão e informação desempenha na sociedade democrática : a serviço da opinião pública livre e pluralista, do controle do Poder Público, do debate público. Assim não há razão para valoração preferente da liberdade de expressão e informação, quando essa liberdade se restringir ao a o âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos. (2) Examina o referido limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e informação, ou seja, a atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta. Assim, a informação que revela manifesto desprezo pela verdade ou falsidade não tem preferência, uma vez que não cumpre relevante função social confiada à liberdade de expressão e informação.” V. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 141-2.

alemães que publicaram fotos de sua vida pessoal. Os Tribunais alemães entenderam que “figuras públicas” deviam ter seus direitos à vida privada garantidas até mesmo fora de suas residências, mas somente caso estivessem retiradas a algum local isolado onde fosse objetivamente claro que pretendiam estar sozinhas, justifica-se a necessidade de maior respeito à sua privacidade.

A Corte européia, por sua vez, entendeu que haveria uma violação ao art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, que versa sobre a vida privada e familiar. Note-se que, nesse caso, os parâmetros da Corte internacional atuam de forma crítica ao Judiciário nacional por entender as fotografias e comentários voltam-se apenas à curiosidade pública que não justifica a restrição de seu direito, além do fato dela, a rigor, não poder ser considerada pessoa pública por não exercer nenhuma função oficial do estado. A interjfundamentalidade dos direitos no plano interno e internacional torna-se importante para determinar as soluções dos casos concretos¹⁵.

Outro precedente paradigmático da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos acerca da maior tolerância dos políticos em relação a críticas da imprensa é o caso *Lingens vs. Áustria*. Lingens foi multado por publicar em uma revista de Viena certos comentários acerca do comportamento do Chanceler austríaco, como “oportunista”, “imoral”, “indigno”. De acordo com a lei Austríaca, a única defesa possível para Lingens seria provar a veracidade dessas informações, o que não foi possível. O entendimento da Corte Européia, contudo, demonstra a aplicação de parâmetros diferenciados em relação a uma pessoa pública, conforme se depreende do trecho a seguir: “Os limites aceitáveis de crítica são, da mesma forma, maiores em relação a um político do que em relação a um indivíduo privado. Diferente deste último, o primeiro inevitavelmente e sabidamente se abre mais ao escrutínio atento de cada palavra e ato seus (...) e deve, conseqüentemente, mostrar maior grau de tolerância”¹⁶. No entendimento da Corte, uma imprensa livre e crítica é uma das melhores formas para que o público forme uma opinião sobre aqueles que entrem na arena política e detenham poder e influência sobre a sociedade. A Convenção demanda

¹⁵ Existe uma tradução do *summary* disponível no *website* da Corte Européia de Direitos Humanos em: www.echr.coe.int.

¹⁶ Corte Européia de Direitos Humanos. Caso *Lingens vs. Áustria*, § 42. Disponível em www.echr.coe.int. Para um comentário breve, Cf. MARTINS, Paula Lúcia. **Conteúdo e Extensão da Liberdade de Expressão e suas Limitações Legítimas**. In: O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2009, p 229.

que um intenso escrutínio do público do debate político livre que consubstancia o núcleo essencial do conceito de sociedade democrática¹⁷.

No caso *Castels vs. Spain*¹⁸, a Corte Européia entendeu como legítimos dois parâmetros adicionais relacionados à pessoa. O primeiro é de que a crítica a governos merece ainda maior proteção do que a crítica aos políticos. A segunda é de que membros do parlamento têm direito a uma proteção ampliada a sua liberdade de expressão no que diz respeito a assuntos políticos. No caso em questão, um senador espanhol foi processado por um artigo escrito em um jornal, alegando que extremistas de extrema direita foram responsáveis por uma série de assassinatos na região Basca, mas as autoridades não tentaram encontrar os responsáveis. A Corte enfatizou a importância da liberdade de expressão de um representante eleito pelo povo e na defesa de seus interesses, e também de que o governo precisa arcar com um grau maior de tolerância a crítica: “Em um sistema democrático, as ações ou omissões do governo precisam ser submetidas ao escrutínio mais severo não somente das autoridades, mas também da imprensa e da opinião pública”¹⁹.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, casos emblemáticos ilustram o entendimento internacional da necessidade desse tipo de parâmetro. No caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*²⁰, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que também os oficiais públicos e outros que estejam em uma esfera pública do discurso devam tolerar um grau maior de crítica, por terem se submetido a um escrutínio público mais exigente. O caso se tratou de controvérsia gerada acerca de publicações do jornal "*La Nación*", onde artigos do jornalista Maurício Herrera Ulloa, que reproduziram de forma parcial outros artigos da imprensa belga. O conteúdo dos artigos atribuía certos atos ilegais a Félix Przedborski, representante da Costa Rica na Agência Internacional de Energia Atômica, na Áustria. A justiça da Costa Rica considerou o jornalista culpado na esfera criminal, ainda condenando o mesmo a pagar

¹⁷ **The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights.** Disponível em <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/52A83857-00F0-4E6B-81FB-F7F2EAA82354/0/DiscoursHelsinkiCoursuprême05062008.pdf>. Acesso em 20/10/2009

¹⁸ Corte Européia de Direitos Humanos. Caso *Castels vs. Spain*. Disponível em www.echr.coe.int.

¹⁹ **The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights.** Disponível em <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/52A83857-00F0-4E6B-81FB-F7F2EAA82354/0/DiscoursHelsinkiCoursuprême05062008.pdf>. Acesso em 20/10/2009

²⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Inteiro teor disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf. Acesso em 20/10/2009.

indenizações por danos morais na esfera cível. O recurso à Corte Interamericana, contudo, trouxe o seguinte entendimento:

“Não significa, de nenhum modo, que a honra dos funcionários públicos ou das pessoas públicas não deva ser juridicamente protegida, mas que ela deve ser-lo de acordo com os princípios do pluralismo democrático. Aquelas pessoas que influem em questões de interesse público se expuseram voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, conseqüentemente, se vêem expostos a um maior risco de sofrer críticas, já que suas atividades saem do domínio da esfera privada para inserir-se na esfera do debate público”²¹.

Ainda em relação aos parâmetros quanto às *partes* envolvidas, é preciso ter um cuidado redobrado quanto à divulgação de informações a respeito de crianças e adolescentes. Todo menor tem o direito de preservar sua identidade, principalmente no que diz respeito ao nome. Tanto no âmbito internacional (*Convenção sobre os Direitos da Criança*²²), quanto interno (*Estatuto da Criança e do Adolescente*²³), a identidade da criança e do adolescente encontra proteção privilegiada.

Apesar de existirem diversos julgados paradigmáticos no próprio STF acerca da posição privilegiada dos direitos da criança e do adolescente em face do direito a informação da sociedade em geral, a decisão a respeito da lei de imprensa ignorou tal jurisprudência. Vejamos um desses casos. Na decisão denegatória do Mandado de Segurança 26.578²⁴, o STF demonstrou o entendimento de que há um dever do poder público em preservar a identidade das crianças, garantindo a estes o anonimato dos menores envolvidos em processos judiciais, razão pela qual a relatora, Ministra Carmen Lúcia, determinou que os autos fossem reatuados com nova numeração, neles, apenas constandoas iniciais do menor impetrante.

Um caso recente que também ilustra esse parâmetro envolveu a pequena Maísa, conhecida notoriamente como apresentadora de programas televisivos no canal SBT. Em 22 de maio de 2009, por requisição do Ministério Público, a Juíza da Vara da

²¹ Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de Julho de 2004. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em 20 de Outubro de 2009.

²² Art. 8º: 1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas. 2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Incorporado pelo Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>. Acesso em 20 de Outubro de 2009.

²³ No Brasil, Estatuto da Criança e do Adolescente é a Lei nº 8069 de 13 de Julho de 1990.

²⁴ STF, MS. nº 26.578, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJU 08 mai. 2007.

Infância e Juventude de Osasco revogou o alvará que autorizava a menina a aparecer em um dos programas que apresentava²⁵. Isso ocorreu após o Ministério Público concluir que a menina estava sendo submetida a situações vexatórias e exposições inadequadas de sua imagem, após programas onde brincadeiras e comentários do apresentador Sílvio Santos fizeram com que Maísa se assustasse, chorasse e acabasse por se machucar em público, ao bater a cabeça em uma câmera.

Outro caso de conteúdo similar foi a da menina Sasha Meneghel, filha da notória apresentadora Xuxa Meneghel. A 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁶ manteve decisão que proibiu a emissora de televisão “Rede TV” de fazer qualquer referência a menina Sasha Meneghel em qualquer de seus programas de televisão, websites ou quaisquer outros meios. A ação foi ajuizada pela mãe da menor, depois que a mesma se tornou objeto de sátiras e piadas dos humoristas do programa “Pânico na TV”, em 2009, após Sasha ter escrito uma palavra de forma incorreta. As imagens veiculadas pelo programa representavam a menina como portadora de retardo mental, bem como outras informações incompatíveis com a idade e sexo da menor. Para o Relator, Desembargador Gilberto Dutra Moreira, “as imagens chocam o telespectador pelo teor totalmente inadequado da informação, sendo certo que se distanciam da liberdade de expressão”.

Em suma, em relação às partes, é possível operar basicamente com três parâmetros: (a) se as pessoas são públicas, a princípio, prevalece à liberdade de expressão em detrimento da intimidade e os direitos à personalidade; (b) quanto maior o poder de autodeterminação informacional dos indivíduos e instituições, menor pode ser a proteção a liberdade de expressão; (c) as crianças e adolescentes devem ser objeto de uma proteção reforçada do menor, prevalecendo *prima facie* à liberdade de expressão num Estado democrático de direito.

(ii) Quanto aos parâmetros procedimentais para a liberdade de expressão, considera-se o local, a licitude do meio empregado e a gradação da restrição da mesma. Se o local for público, a princípio, prevalece a liberdade de expressão. A proteção da privacidade, intimidade, honra e direitos à personalidade deve ser maior em espaços nos

²⁵ **Justiça Cassa Licença de Trabalho de Maísa na Televisão.** Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/arteeazer,justica-cassa-licenca-de-trabalho-de-maissa-na-televisao,375467,0.htm>.

²⁶ TJRJ, DJ 03 nov. 2009, AI nº 40.396/2009, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira.

quais as pessoas não esperam ser assediadas, como quando as pessoas estão no interior do seu lar.

Um caso concreto que ilustra a privacidade e intimidade do lar como parâmetro foi o caso da atriz Carolina Dieckman, em face da emissora “Rede TV”. Os apresentadores do programa “Pânico na TV” perseguiram Carolina para insistir em sua participação pública em um quadro chamado “sandálias da humildade”, onde ela seria submetida a uma situação que considerava vexatória. Os apresentadores a perseguiram inclusive no ambiente de sua própria casa, filmando o prédio onde ela morava e tentando filmar a atriz dentro de seu próprio apartamento, usando também de megafones e outros recursos para importunar Carolina em sua casa. Tanto a decisão de primeiro grau quanto os eventuais recursos favoreceram Carolina. Nas palavras do Desembargador Nagib Slaibi Filho:

“No caso, prepondera a intimidade da agravada, pois além de ser atriz e possuir vida pública, a sua vida privada e a de sua família, principalmente a de seu filho deve ser preservada, em detrimento da exposição desnecessária, sem intuito de informação, mas em tom humorístico-jocosos”²⁷.

Ainda no que se refere aos parâmetros procedimentais, o meio empregado na obtenção da informação é determinante para o resultado da ponderação. Em termos objetivos, opera-se com este parâmetro: *Se o meio for lícito deve ser dada preferência à liberdade expressão.*

Um exemplo que ilustra a licitude como parâmetro procedimental pode ser colhido do notório “Caso Garotinho²⁸”. Em 2002, questionou-se perante o STF a concessão e manutenção de liminar que proibia de forma antecipada “O Globo” de publicar certos trechos de conversas telefônicas do político Anthony Garotinho que, na época, concorria à Presidência da República. O caso ponderava a privacidade do político em face do direito de informação dos cidadãos em geral. Contudo, independente do conteúdo da informação e do possível interesse público em sua divulgação, a forma com que as gravações foram obtidas foi ilegal. Por esse motivo, o STF entendeu que a liminar deveria ser mantida, pois o parâmetro procedimental relativo a legalidade estaria acima do conflito entre a privacidade do ex-governador e do interesse público na divulgação das informações.

²⁷ TJ-RJ, DJ 05 jan. 2006, Agravo de Instrumento nº 2005.002.19245, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho.

²⁸ STF, DJ 19 set. 2003, Pet. 2702, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Por fim, existe ainda mais um parâmetro procedimental: a restrição à liberdade de expressão deve se dar gradativamente, considerando a relação da sanção ou restrição com os fatos. Recomenda-se, ainda, que se opte por sanções *a posteriori* que não envolvam proibição prévia da divulgação.

(iii) Quanto ao conteúdo da informação veiculada, enumeram-se, por fim, os três parâmetros materiais, quais sejam, a veracidade do fato, o interesse público na informação e vedação do *hate speech*. O primeiro aponta que se o fato for verdadeiro, a princípio, deve ser dada prevalência à liberdade de expressão, o que se justifica porque a mídia tem o dever de respeitar o direito difuso à informação verdadeira da qual são titulares sujeitos indeterminados, conectados por circunstâncias de fato²⁹. Justamente, por isso, é importante que a publicação deixe claro o que é a notícia e o que é apenas uma opinião.

A Corte constitucional norte-americana costuma operar com esse parâmetro. O precedente mais famoso é *New York Times Co. vs. Sullivan* (1964). Nesse caso, pela primeira vez a Suprema Corte ponderou o alcance que deve ser concedido para a garantia constitucional de liberdade de expressão na imprensa em relação à conduta oficial de indivíduos que exerçam funções públicas. Em 29 de Março de 1960, o jornal *New York times* publicou uma propaganda intitulada “escute suas vozes”, que visava arrecadar fundos para a defesa de Martin Luther King. A propaganda descrevia ações realizadas pelas autoridades policiais do Alabama contra aqueles que protestavam em favor dos direitos civis, sendo algumas dessas afirmações imprecisas. Sullivan, comissário responsável por supervisionar o departamento de polícia, mesmo não tendo sido citado explicitamente, considerou que a imprecisão das acusações feitas pelo jornal teriam sido distorcidas e prejudiciais à sua imagem pública. O juiz submeteu o caso ao júri, com a ressalva de que as afirmações eram caluniosas, a falsidade e malícia eram presumidas e de que a indenização poderia ser concedida mesmo sem prova direta de perda pecuniária. Dessa forma, o Júri determinou que cada um dos acusados pagasse indenização a Sullivan.

²⁹ Sobre a veracidade do fato como um direito transindividual e indivisível, Cf. CARVALHO, Luiz Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 114: “É evidente que a exigência da verdade não é matemática. O que se deve buscar é uma informação veraz, que reúna os requisitos para ser crível, que tenha probabilidade objetiva de ter ocorrido. Ou seja, reivindica-se, assim, a diligência do informador em envia todos os esforços para atingir a verdade, de boa-fé, com transparência e obstinação, ainda que não lhe tenha sido possível atingi-la por inteiro.”

A Suprema Corte, contudo, considerou que essa decisão violaria as liberdades da Primeira Emenda, bem como o fato de que qualquer restrição à liberdade de expressão deveria ser cuidadosamente aplicada através de parâmetros. Afirmações meramente imprecisas são inevitáveis em um ambiente de livre debate democrático, razão pela qual os órgãos da imprensa não devem ser processados, sob pena de gerar um efeito desanimador ou silenciador no debate público. Decidiu-se que prevaleceria a liberdade na divulgação da notícia, salvo se for efetivamente comprovada a malícia real ou a má-fé verdadeira (*actual malice*), bem como a falta do dever de diligência em verificar a falsidade da notícia (*reckless disregard of falsity*). A decisão foi importante, ainda, por fixar o sentido liberal de proteção da liberdade de expressão e imprensa, cuja função volta-se ao exercício da cidadania numa sociedade democrática.

Ainda, sobre a veracidade dos fatos, é possível destacar uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão onde são introduzidas novas indagações sobre tal parâmetro: o “Caso Mephisto”³⁰. A controvérsia foi levada ao Tribunal Constitucional Alemão por uma editora que havia tido a publicação de determinada obra proibida, por seu conteúdo. Segundo as instâncias inferiores, houve ofensa à honra pessoal do falecido e de seu filho porque ficava evidente para o leitor que o autor do livro havia se baseado para criar o personagem.

O autor da ação era filho adotivo da personalidade que teria servido de inspiração para a criação do personagem, o ator *Gustav Gründgens*. O personagem principal do romance era reconhecidamente inspirado em *Gründgens*, tendo tido apenas o nome modificado para solucionar esse tipo de controvérsia. O Tribunal Constitucional entendeu que mesmo com a mudança no nome, a “veracidade” nesse caso serviria justamente para macular a imagem de *Gründgens*, de forma que na ponderação do direito à privacidade dele e da liberdade de veiculação desse conteúdo artístico-cultural, ainda que verdadeiro, prevaleceu face à privacidade e o direito à imagem do indivíduo.

A existência de interesse público na divulgação do fato é o segundo parâmetro material. *Se houver interesse público, manifestado pelo valor cultural, científico ou educativo da informação veiculada, sem dúvida, a preferência corre por conta da liberdade de expressão.* Sem dúvida, a proteção reforçada à liberdade de expressão deve

³⁰ Caso “*Mephisto*”, BverfGE 30, 173. Cf. SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 495. Disponível também em <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2241/17.pdf>. Acesso em 20 de Out. de 2009.

ser dada, por exemplo, ao poder de informar denúncias de nepotismo, tráfico de influência e uso indevido de verbas públicas, por exemplo, por um magistrado deve ser mais abrangente do que a mera veiculação de fofocas³¹.

Outro caso que ilustra o interesse público ponderado como parâmetro é o caso Lebach³², também do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Nele, o reclamante teria sido coadjuvante no crime de latrocínio, tendo ampla cobertura da imprensa e televisão. Por ter auxiliado na execução do crime, o reclamante foi condenado a seis anos de reclusão. Em razão do grande interesse público na divulgação do caso, foi produzido documentário que iria ao ar, detalhando não apenas o crime como determinados elementos privados da vida do reclamante, como relações homossexuais entre ele e os outros condenados.

O Tribunal Constitucional proibiu a veiculação da informação, pois não é o mero interesse público que deve dar base à proteção desmedida da liberdade de expressão. A liberdade de radiodifusão colide com o bem jurídico da privacidade do indivíduo, sem se caracterizar por nenhum grau de interesse público que justifique sua divulgação. A prevalência *prima facie* da liberdade de expressão quando houver interesse público deve ser dosada com princípio proporcionalidade e com os demais parâmetros, de forma que outras informações pessoais sobre o criminoso e sua vida privada não devem exceder certos limites, sob pena de inviabilizar por completo sua ressocialização.

Por certo, os parâmetros são importantes e devem ser considerados para modular o ônus argumentativo, mas não devem ser levados ao extremo e de forma absoluta, sob pena de macular demais direitos fundamentais. É possível afastá-los com um incremento do ônus argumentativo. Veja-se o caso da apresentadora Daniela Cicarelli que, filmada numa praia em cenas íntimas com o namorado, ainda assim obteve judicialmente a proibição de que fossem veiculadas suas imagens. Apesar de se tratar de uma pessoa pública num local público, sem dúvida, a veiculação das imagens interfere, restringe excessivamente seu direito à intimidade sem que o princípio contraposto - a liberdade de expressão -, nesse caso, sem possuir um peso no mínimo equivalente.

³¹ Um caso concreto com semelhante teor foi julgado pelo STF. Em sede de recurso extraordinário, teria restado demonstradas as denúncias de mau uso das verbas públicas, de que fora acusado o magistrado José Maria de Mello Porto. Por essa razão, a liberdade de expressão deveria se sobrepor ao direito de intimidade do magistrado. Não havendo qualquer hipótese de “abuso de poder de informar”. Veja-se: STF, DJU 22 ago. 2003, RE 208.685, Rel. Min. Ellen Gracie.

³² Caso “Lebach”, BverfGE 35, 202 (1973). SCHWABE, Jurgen. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 486-494.

Não existe um interesse público relevante, além da mera curiosidade e entretenimento a custa da intimidade alheia, para manter a veiculação. Sendo assim, mesmo de forma contrária aos parâmetros estabelecidos – local público e pessoa pública-, a liberdade de expressão deve ceder aos demais argumentos que sustentam a decisão judicial. Nesse aspecto, essas considerações se aproximam muito ao já apresentado caso *Van Hannover vs. Germany*.

Ainda em relação aos parâmetros materiais, propõe-se a vedação do *hate speech*, pelo menos no Brasil. Certamente, um dos ou o principal caso envolvendo liberdade de expressão a chegar ao STF foi o caso Ellwanger, em 2003³³. O caso referia-se a habeas corpus cujo paciente foi o escritor Siegfried Ellwanger Castan, em ação penal movida contra ele em razão de crime de racismo. O autor havia publicado, através de editora própria, obras que defendiam uma revisão nos acontecimentos históricos da Segunda Guerra Mundial, em especial em relação ao holocausto judeu que, segundo ele, jamais haveria acontecido. Ellwanger foi considerado culpado pela prática de racismo contra o povo judeu, pelo conteúdo de suas obras terem, na visão do STF, reconhecido como anti-semita e racista.

O *habeas corpus* foi indeferido. Contudo, o julgamento foi controverso, tendo o indeferimento prevalecido por 8 votos a 3. Para os que votaram pelo deferimento, a liberdade de expressão merecia proteção. Para os que votaram contra o deferimento do HC, tratava-se de crime de racismo vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O dissenso se instaurou por conta da dúvida sobre as afirmações feitas por Ellwanger configurarem efetivamente discurso do ódio, isto é, se incitavam o leitor ao ódio, discriminação, hostilidade ou violência, apenas o entendimento pela maioria.

Na delimitação entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, prevaleceu a opinião dos ministros que votaram pelo deferimento entenderam, em linhas gerais, ser da própria natureza da liberdade de expressão que uma pessoa possa contrariar opiniões majoritárias, favorecendo o debate amplo e opiniões diversas que são inerentes ao ambiente democrático.

Já os que votaram pelo indeferimento entenderam de forma absoluta a dignidade da pessoa humana acima da liberdade de expressão. O STF decidiu que não procede argumento de que judeu não é raça e que, portanto, Ellwanger não teria cometido o

³³ STF, DJ 19 mar. 2004, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves. Para uma reflexão mais detida sobre o discurso do ódio, Cf. SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. In: Livres e iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207.

crime de racismo: A raça é raça humana e qualquer discriminação contra um grupo étnico, como negros, judeus, índios ou ciganos entra a tutela penal do crime de racismo. A posição majoritária, por isso, foi que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial. Decisão essa que parece acertada, ao menos contexto brasileiro, onde grupos étnicos variados e miscigenados formam seu povo. Maiorias e minorias merecem igual respeito para que uma democracia seja possível.

Um caso que demonstra uma possível censura a conteúdo artístico-cultural de conteúdo racista foi o famoso “caso Tiririca”, onde o músico compôs uma canção denominada “olha os cabelos dela”, de conteúdo, apesar do intuito jocoso do artista, possuem conteúdo notadamente racista. A decisão em face da ação civil pública que se seguiu resultou na proibição da veiculação da obra, bem como condenou a gravadora Sony a pagar a quantia de R\$ 300.000, a título de indenização³⁴.

Perceba-se que, nesse caso, apenas a expressão de uma opinião racista foi o fato gerador de responsabilidade criminal. O direito constitucional norte-americano opera com parâmetros diferentes do brasileiro. A Suprema Corte dos EUA possui diversos casos nos quais se adota o parâmetro do “*clear and present danger*”, segundo o qual o discurso do ódio constitui liberdade de expressão válida. Sua restrição em face de outros bens jurídicos só legítima é considerado criminoso na iminência óbvia de um dano concreto a outro bem jurídico.

No caso *Brandenburg vs. Ohio*³⁵ (1969), por exemplo, Clarence Brandenburg foi acusado de violar diploma legal do estado de Ohio por defender o racismo durante uma transmissão televisa da Ku Klux Klan. Entendeu-se que o governo apenas poderia punir discursos que defendem a prática de atos ilegais quando tal ato é direcionado a incitar ou produzir de forma iminente e inevitável um resultado ilegal. Antes desse entendimento pleno, o parâmetro foi incorporado em decisões como *Whitney vs. Califórnia*³⁶ (1927), *Schenk vs. United States* (1919)³⁷.

5. Apontamentos finais

³⁴ TJ-RJ, J. 10 fev. 2004, Apelação Cível 16893/2000, Rel. Des. Mário Roberto Mannheimer.

³⁵ 395 U.S. 444 (1969).

³⁶ 274 U.S. 357 (1927).

³⁷ 249 U.S. 47 (1919).

Nesse breve comentário à não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição brasileira de 1988, foi possível observar uma demonstração clara do contexto contemporâneo de ativismo judicial, na aposta do Supremo Tribunal Federal de que “o Judiciário pode oferecer soluções melhores que essa lei, no caso concreto”. Contudo, um ativismo marcado por uma pouca clareza dos parâmetros que devem ser adotados pelo Judiciário. Um ativismo que opta por uma teoria libertária à liberdade de expressão, ignorando os desdobramentos recentes de uma leitura democrática da mesma.

É verdade que a referida lei entrou em vigor em uma época de crise das instituições democráticas, o que de fato resulta em incompatibilidade de certos dispositivos de seu texto com a Constituição Federal de 1988. Porém, alguns aspectos da lei derrubada mereciam uma ponderação mais cuidadosa por parte dos Ministros, o que foi realizado por entendimentos que não prevaleceram, oriundo dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

Compreenderam esses Ministros a necessidade de que, em determinadas situações, certas normas possam *restringir* a liberdade de imprensa, se devidamente interpretadas, em favor de outros direitos fundamentais essenciais ao ambiente democrático. Além disso, apesar da preocupação demonstrada pelo Ministro Gilmar, o Direito de Resposta agora se encontra carente de qualquer tipo de regulamentação.

Por essas razões, na forma de sugestões para que o judiciário não frustre as expectativas do STF ao tentar oferecer soluções para questões que envolvam a liberdade de imprensa no caso concreto, esse comentário buscou condensar os principais parâmetros aplicáveis a esse tipo de ponderação, à luz das decisões das cortes nacionais e do direito comparado.

Em relação aos parâmetros quanto às *partes envolvidas*, destacamos que pessoas públicas devem tolerar um maior grau de crítica, em especial os políticos, prevalecendo, a princípio a liberdade de imprensa em detrimento da proteção à privacidade. Ainda em relação às partes envolvidas, podemos destacar a prevalência da privacidade em detrimento da liberdade de expressão quando as informações veiculadas digam respeito a crianças e adolescentes.

Em relação aos *parâmetros procedimentais*, consideramos o local, a licitude das informações e a gradação de restrição da liberdade de expressão. Se o local for público, prevalece a princípio a liberdade de expressão. Se o local for, por exemplo, a residência

familiar de alguém, deve prevalecer a privacidade em detrimento da liberdade de imprensa. Quanto à licitude das informações, destacamos que a princípio, deve prevalecer o direito à privacidade caso as informações tenham sido obtidas de forma ilegal. Por fim, a restrição à liberdade deve se dar de forma gradativa e proporcional, equilibrando as restrições de acordo com os fatos veiculados, optando preferencialmente por sanções posteriores, ao invés da censura prévia das informações.

Em relação aos *parâmetros materiais*, ou seja, relativos ao *conteúdo da informação divulgada*, destacamos a veracidade do fato, o interesse público na informação e a vedação de discursos de ódio. Em relação à veracidade dos fatos, a princípio deve ser dada preferência à liberdade de expressão quando tais fatos forem verdadeiros. Quando a informação for de reconhecido interesse público também deve ser dada preferência à liberdade de imprensa em detrimento da privacidade, diferentemente de quando a informação tiver cunho jocoso ou de fofoca em relação a determinado indivíduo ou grupo. Por fim, a liberdade de expressão deve sofrer restrições quando o conteúdo da informação veiculada for racista ou incitar qualquer tipo de ódio ou preconceito contra qualquer grupo étnico ou social.

Além desse recorte dado aos parâmetros acima através do cuidadoso estudo dos casos apresentados ao longo do texto, os novos desafios que se descortinam para liberdade de expressão no contexto das novas democracias do pós-guerra demandarão reflexões mais aprofundadas sobre a importância para a ponderação de fatores como o grau de pluralismo e opiniões divergentes no interior de cada canal da mídia, do pluralismo externo entre os diversos canais e o poder de autodeterminação informacional dos indivíduos, grupos e minorias.

6. Referências bibliográficas

Referências Doutrinárias

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação interpretação constitucional adequada do Código civil e da Lei de imprensa.** In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE N.º 5*, 2006.

BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira.. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luiz Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Trad. Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HALL, Kermit L. e ELY JR, James W. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions.** 2ª edição. Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 2009.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes (Coordenador). **Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250 de 09.02.1967.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias.** In: **Constituição Federal de 1988 – Dez Anos (1988-1998).** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MARTINS, Paula Lígia. **Conteúdo e Extensão da Liberdade de Expressão e suas Limitações Legítimas.** In: **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2009.

MAZZUOLI, Valério De Oliveira e GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional.** Buenos Aires, 2005, p.264-265.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas.** São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights In New Democracies.** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=870444>

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e papel promocional do Estado**. In: Livres e iguais: Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jurgen. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2241/17.pdf>. Acesso em 20 de Out. de 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. **O Direito Fundamental à Comunicação e o STF**. In: O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2009.

COSTA, Jean-Paul. **The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights**. Disponível em <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/52A83857-00F0-4E6B-81FB-F7F2EAA82354/0/DiscoursHelsinkiCoursuprême05062008.pdf>. Acesso em 20/10/2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Revista de direito do Estado* n° 12, 2008.

Referências Jurisprudenciais

BRASIL, STF, DJU 05 nov. 2009, ADPF n° 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

BRASIL, STF, DJU 27 mai. 2008, ADI n° 861, Rel. Min Ellen Gracie.

BRASIL, STF, DJU 08 mai. 2007, MS. n° 26.578, Rel. Min. Carmen Lúcia.

BRASIL, STF, DJU 19 mar. 2004, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves.

BRASIL, STF, DJU 22 ago. 2003, RE 208.685, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL, STF, DJ 19 set. 2003, Pet. 2702, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

BRASIL, TJRJ, DJ 03 nov. 2009, AI n° 40.396/2009, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira.

BRASIL, TJ-RJ, DJ 05 jan. 2006, Agravo de Instrumento n° 2005.002.19245, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho.

BRASIL, TJ-SP, Agravo n° 472.738-4, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani.

BRASIL, TJ-RJ, J. 10 fev. 2004, Apelação Cível 16893/2000, Rel. Des. Mário Roberto Mannheimer.

Corte Européia de Direitos Humanos

Corte Européia de Direitos Humanos. Caso *Lingens vs. Áustria*. Disponível em www.echr.coe.int.

Corte Européia de Direitos Humanos. Caso *Van Hannover vs. Germany*. Disponível em www.echr.coe.int.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Inteiro teor disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf. Acesso em 20/10/2009.

Suprema Corte dos Estados Unidos

Caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Caso “*New York Times Co. V. Sullivan*”, 376 U.S. 254 (1964).

Caso “*Schenk v. United States*”, 249 U.S. 47 (1919).

Caso “*Whitney v. Callifornia*”, 274 U.S. 357 (1927).

Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Caso “*Mephisto*”, BverfGE 30, 173 (1971).

Caso “*Lebach*”, BverfGE 35, 202 (1973).

Referências Bibliográficas

CONTI, Matilde Carone Slaibi (2004). **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 158.

DONADIO NF, Donadio N.; CELESTINO CO, Aoki T. **Característica da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisa de células-tronco**. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. 27(11): p. 665-71, 2005.

OLIVEIRA, Alcione da Costa de. **Considerações constitucionais sobre a pesquisa e aplicação terapêutica das células-tronco**. *Revista de direito privado n° 30*, 2007, p. 76.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 688-96.

SCHWINDT TT, Barnabó GF; MELLO L.. Proliferar ou diferenciar? Perspectivas de destino das células-tronco. *Jornal Brasileiro de Neurociência*, 16(1), 2005, p. 14.

Starck, Christian (2005). **Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law**, *German Law Review vol. 07 n° 07*, 647-650.

Fonte jurisprudencial

STJ, MS 010589, Relator Min. Francisco Falcão, DJ 17/05/05;

TRF 1, AI 2004.01.00.004219-5/PA, Relator Des. Selene Maria de Almeida, J 11/02/04;

TRF 1, AI 2006.01.00.010944-0/MG, Relator Des. João Batista Moreira, J 24/09/07;

TRF 2, Ag 2005.02.01.013136-4/RJ, Relator Juiz Fed. Conv. Luiz Paulo da Silva Araújo, J 08/11/06;

TRF 4, Ag 2005.04.01.035472-2/SC, Relator Juiz Márcio Antônio Rocha, J 15/02/06;

TJRJ Ap nº 2008.001.10935, Relator Des. Sérgio Jerônimo A. Silveira, J 15/10/2008;

TJRS, AI 70021494463, Relator Des. Artur Arnildo Ludwig, J 10/04/08;

TJSP, AI 404657-5/1-00, Relator Des. Guerrieri Rezende, J 06/06/05;

TJSP, AI 375051-4/8-00, Relator Des. Ênio Zuliani, J 28/07/05;

TJSP, AI 448744-4/7-00, Relator Des. Natan Zelinschi de Arruda, J 28/09/06;

TJSP, Ap 447869-4/0-00, Relator Des. Paulo Eduardo Razuk, J 24/04/07;

TJSP, AI 501549-4/2-00, Relator Des. Luiz Ambra, J 14/07/07;

TJSP, Ap 448439.4/5-00, Relator Des. Donegá Morandini, J 21/08/07;

TJSP, AI 535670-4/8-00, Relator Des. Neves Amorim, J 30/10/07;

TJSP Ap com Revisão 500.456-4/0-00, Relator Des. Elcio Trujillo, J; 23/04/08;

TJSP, Ap 414515-4/5, Relator Des. Ênio Santarelli Zulliani, J 07/08/08;

TJDFT, Ap 20070110382543, Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ 07/08/08;

TJES, Ap 02403018597-9, Relator Des. Rômulo Taddei, DJ 14/02/08;

TJPR, Ap 488989-0, Relator Des. Rafael Augusto Cassetari, J 17/05/07;

TJMG, Ap 1002405799411-3/001(1), Relator Des. Márcia de Paoli Balbino, DJ 27/04/07.