

Constituição e Poder: A colisão entre direitos de imprensa e do cidadão



Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a mais ampla liberdade de

imprensa. Um comércio de livre circulação de ideias e de informações é condição imanente à ideia de Democracia. De outro lado, a ausência de informações que abasteçam a crítica e a mais ampla possibilidade de fiscalização por parte dos cidadãos constitui fraude à possibilidade de verdadeiro controle e fiscalização das ações do Estado.

Entretanto, permanece o grave problema de conjugar liberdade de imprensa com o respeito e observação a direitos que a própria Constituição, no artigo 220, parágrafo 1º, entendeu por bem ressaltar. Além disso, a memória de casos flagrantes de violação à imagem, à intimidade e à honra das pessoas, por parte da imprensa, nos dá a certeza de que essa preocupação tem inequívoco interesse prático. Sob a escusa de uma liberdade de imprensa sem contrastes, a sociedade brasileira tem hoje que conviver envergonhada com casos famosos de espetacularização da notícia, de denunciismo irresponsável e de sensacionalismo vazio, a exemplo das denúncias criminosas de abuso sexual na Escola Base, da incriminação dos “assassinos” do Bar Bodega e do sequestro da menina Eloá.

Nada obstante, como todos sabem, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a incompatibilidade da antiga Lei de Imprensa — a Lei 5.250/1967 — com a atual ordem constitucional, optou — ao meu sentir, corretamente — por uma hermenêutica que radicaliza ao máximo a ideia de que o Estado Democrático de Direito só pode sustentar-se na mais ampla liberdade de expressão e na livre circulação de ideias entre os seus cidadãos. Com efeito, a Democracia pressupõe não apenas cidadãos livres, mas, antes e sobretudo, cidadãos bem informados, que possam participar, com responsabilidade, do processo de formação soberana da vontade política do Estado. Contudo, mesmo a Suprema Corte, ao professar a sua fé inabalável na importância da liberdade de expressão, de imprensa, criação e de informação, não deixou de reconhecer que também esses direitos fundamentais, a princípio, incontrastáveis por quaisquer outros interesses, encontravam limites na própria Constituição (extrato da ADPF 130): “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*[\[1\]](#)".

A própria Constituição, como não podia deixar de reconhecer o Supremo, no regime de liberdade de imprensa e de expressão que instaura em nosso país, um dos mais amplos do mundo, ressalva o respeito a outros bens também protegidos constitucionalmente (cito): "(...) 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 CF: 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) [\[2\]](#)".

Isso considerado, na sequência das discussões em que se considerou a antiga Lei de Imprensa totalmente não recepcionada pela nova ordem constitucional, não é segredo que alguns ministros — Gilmar Mendes, Ellen Gracie (aposentada) e Joaquim Barbosa — manifestaram a convicção de que o melhor seria a declaração de parcial procedência do pedido, protegendo o cidadão quanto àqueles direitos que a própria Constituição põe a salvo de eventuais abusos pelo exercício da liberdade de expressão. De fato, a Constituição, como não deixara de reconhecer o Supremo, no artigo 220, parágrafo 1º, ao proteger a liberdade de informação jornalística, ressalvou expressamente que se deve observar o artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

Ocorre que, ao declarar incompatível com a Constituição todo o texto da Lei de Imprensa, como insistiu o ministro Gilmar Mendes, a decisão do Supremo, como efeito colateral e certamente involuntário, acabou por desequilibrar a relação entre a liberdade de imprensa e os direitos dos cidadãos (cito) "(...) agravando a situação do cidadão, desprotegendo-o ainda mais; nós também vamos aumentar a perplexidade dos órgãos de mídia, porque eles terão insegurança também diante das criações que certamente virão por parte de todos os juízes competentes". Retirou-se, pois, do cidadão alguma proteção a eventual abuso contra a sua vida privada, sua imagem e sua honra.

Pior do que isso, ao declarar revogado todo o texto, impôs-se insegurança também aos órgãos da própria imprensa, que estarão à mercê da criatividade e da ação dos juízes chamados a resolver conflitos que envolvam a liberdade de imprensa e os direitos de cidadãos eventualmente atingidos.

Por seu turno, o ministro Joaquim Barbosa manifestava a convicção de que o melhor teria sido declarar apenas a parcial procedência do pedido, ressalvando os artigos 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, pois esses dispositivos, que veiculavam figuras penais (calúnia, injúria e difamação) seriam importante instrumento de proteção ao direito de intimidade e seriam úteis para coibir abusos "não tolerados no sistema jurídico"[\[3\]](#). Na época, o ministro Joaquim Barbosa acentuava o entendimento de que "a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas tenho muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum[\[4\]](#)".

A maior surpresa, no caso, aliás, é a de que, no saudável desejo de eliminar de nossa Democracia um

instrumento reconhecidamente marcado pela origem autoritária de sua concepção, não se atentou sequer para o fato de que, no que dizia respeito aos tipos penais, a Lei de Imprensa dava um tratamento penalmente menos rigoroso do que o Código Penal. Com a revogação da lei, remanesceu a perplexidade quanto à possibilidade de agora aplicar-se a legislação ainda em vigor, o Código Penal, que, entretanto, confere tratamento mais severo às mesmas condutas antes cobertas pela a lei não recepcionada. Obviamente, nada mais contrário à hermenêutica libertária que inspirou o Supremo.

Mas, por tudo o que se disse, não são poucos os que, buscando defender precisamente a liberdade de imprensa, afirmam que o melhor teria sido acompanhar a opinião da minoria formada naquele julgamento para julgar o pedido apenas parcialmente procedente.

Alguns problemas, entretanto, permanecem sem uma adequada solução ao juízo daqueles que se interessam, simultaneamente e sem preconceitos, pela defesa tanto da liberdade de expressão e de imprensa, como pela defesa da intimidade, da honra e da imagem dos cidadãos. Entre eles se destacam as seguintes questões: (1) até que ponto a Democracia deve permitir que a liberdade de imprensa interfira na intimidade, na honra e na imagem da pessoas; e (2) existiria distinção plausível entre os direitos (honra, intimidade e imagem) de agentes públicos e de particulares?

Valho-me mais uma vez do Direito Comparado para tentar uma aproximação razoável do problema.

Em 29 de março de 1960, o *New York Times* havia publicado um anúncio em nome de entidades e ativistas dos direitos humanos (*civil rights*) no estado do Alabama, no qual eram solicitados fundos para atividades de proteção aos direitos humanos nos estados do Sul dos Estados Unidos. O anúncio, tomando toda uma página do jornal, trazia informações e descrições de fatos — algumas das quais falsas — sobre a repressão por parte da força policial da cidade de *Montgomery*, no estado do Alabana. O Comissário L. B. Sullivan, em cujas atribuições incluía-se a supervisão do Departamento de Polícia, sem que seu nome fosse expressamente citado, mas sendo claramente identificado em razão do seu cargo, foi objeto de acerbas críticas e afirmações infundadas^[5]. Com base na legislação do Alabama, Sullivan promoveu ação de reparação de danos contra o *New York Times*, obtendo de um tribunal do Júri uma condenação pecuniária contra o jornal no valor de US\$ 500 mil^[6]. Como a decisão foi mantida pelos demais tribunais ordinários, o jornal, mediante recurso, levou o caso à Suprema Corte americana.

Na Suprema Corte, a decisão foi reformada. E esse tribunal pode fazer isso porque procedeu a uma *definição* dos tipos de manifestações difamatórias que poderiam estar ao abrigo da liberdade de expressão conferida pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Como esclarece Nimmer, a corte empregou a ponderação de bens (o *balancing*) nesse caso, não com o simples propósito de determinar qual dos litigantes mereciam ver seu interesse prevalecer naquele caso concreto, mas com a *finalidade de definir* quais formas de manifestação de opinião deveriam ser consideradas como “expressão” legitimamente inserida no significado da Primeira Emenda^[7]. No caso, estava em questão determinar se mesmo manifestações difamatórias estariam sob a proteção da liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana.

Enfrentando o caso, a Suprema Corte determinou que, no mínimo, as manifestações difamatórias dirigidas a agente público (*public official*) estariam protegidas pela Primeira Emenda, pois, segundo sua interpretação, a norma da Constituição impõe, em benefício da liberdade de expressão, uma regra de

abrangência federal que impede agentes públicos de alcançar indenizações por conta de manifestações em razão de sua *função pública*, a menos que a manifestação fosse produzida maliciosamente com conhecimento de sua falsidade, ou com irresponsável indiferença sobre sua falsidade[8].

Nesse interessante caso, portanto, a Suprema Corte não se limitou a afirmar a existência de um interesse a ser protegido pela Primeira Emenda diante daquelas circunstâncias. Foi realizada uma ponderação em que o tribunal, ao mesmo tempo em que afirmava a possibilidade de que manifestações, mesmo com conteúdo difamatório, estivessem garantidas pela liberdade de manifestação, também deixava claro, entretanto, que tal julgamento não se poderia verificar em qualquer circunstância. Caso a corte aqui se limitasse a questionar e responder se naquelas específicas circunstâncias apresentadas o interesse dos anunciantes e do *New York Times* em publicar sua manifestação preponderava sobre o direito do queixoso à proteção de sua reputação, certamente, estaríamos diante de um *ad hoc balancing*[9]. Mas o tribunal vai além e, como demonstra Melville B. Nimmer, estabelece critérios para aferir quando manifestações difamatórias estariam ao abrigo da liberdade de expressão. Assim, desde que presentes os parâmetros e critérios definidos pelo tribunal, as manifestações difamatórias estariam *por definição* — e por isso que vinculantes para decisões futuras — garantidas pela liberdade de manifestação. Quais critérios ou parâmetros seriam esses? A resposta é facilmente extraída da decisão: (i) que a manifestação se refira a agente público; (ii) que a manifestação tenha se dado em razão de sua função pública e (iii) que o emissor da manifestação não tenha conhecimento que seu conteúdo era falso (difamatório) ou que pelo menos não tenha sido negligente quanto a saber de sua falsidade[10].

Naturalmente, a própria complexidade inerente a uma inabarcável variedade de expressões que podem ser manifestadas sob a garantia da Primeira Emenda torna bastante difícil a tarefa de eleger critérios e parâmetros a partir dos quais se possa *definir* o que está e o que não está sob a garantia da liberdade expressão. Não obstante isso, por diversas vezes, diante das contínuas demandas pela garantia da liberdade de expressão ou de imprensa, a Corte Suprema empenhou-se em fixar as situações em que manifestações controversas estariam sob o pálio da Primeira Emenda e de sua garantia de liberdade de expressão. Nessa tarefa, a Corte, evitando um juízo de *tudo ou nada*, em que poderia escapar do problema simplesmente excluindo ou incluindo em absoluto uma determinada forma de manifestação da garantia da liberdade de expressão, preferiu valer-se inúmeras vezes do instrumento da ponderação como fórmula de julgamento que lhe propiciava decidir a qualidade e situação jurídica da manifestação tomando em consideração o contexto, isto é, as circunstâncias em que ela fora produzida. Só aí, então, é que a Corte chegava à conclusão quanto a estar ou não determinada conduta sob a proteção da Primeira Emenda, às vezes fixando critérios de avaliação que poderiam vincular suas decisões futuras (*definitional balancing*), às vezes limitando sua decisão às estreitas fronteiras do caso concreto (*ad hoc balancing*) [11].

Portanto, das lições impostas por esse caso, em primeiro lugar, temos que consentir com a ideia de que, no Estado de Direito, a liberdade de imprensa tem um maior âmbito de proteção quando se cuida da crítica e das informações referidas a agentes públicos. Em segundo lugar, podemos prever que, na falta de legislação que possa disciplinar a difícil relação entre liberdade informação jornalística os direitos dos cidadãos resguardados no artigo 220, parágrafo 1º, muito provavelmente o Supremo será chamado a atuar, à semelhança da Suprema Corte norte-americana, para mediar e definir, de forma geral, algumas fórmulas definitivas para essa espécie de colisão de direitos fundamentais.

[1] ([ADPF 130](#), Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.)

[2] ([ADPF 130](#), Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.)

[3] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>

[4] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>

[5] O anúncio, apesar de não se referir nominalmente ao Comissário Sullivan, deixava bem claros pelos seus próprios termos que era dele que se tratava. Cfe. 376 U.S. 254, 265 a 292.

[6] 376 U.S. 255, 258.

[7] Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, p. 942.

[8] 376 U.S. 254, 280/81. Veja-se também em Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, p. 943.

[9] Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, p. 943.

[10] 376 U.S. 254, 280. Cfe. Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, p. 943.

[11] Confirmam-se, e.g., *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972). Ver também Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, p. 944/5.

Date Created

19/03/2013