

ADPF N° 130-DF

Som revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

V O T O

**O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Estamos julgando questão da mais alta relevância para a vida brasileira assim liberdade de imprensa e seu modo de exercício, a partir da Constituição Federal.

Pensei em apenas ratificar o voto que proferi quando da medida cautelar. Naquela ocasião, pedi vênia ao Ministro Relator **Carlos Britto** para suspender a totalidade da Lei n. 5.250, de 1967, ficando, então, vencido na companhia dos eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Eros Grau**. A douta maioria acompanhou o Ministro relator que suspendia apenas alguns dispositivos.

Já agora, o eminente Relator, em seu belo voto, evoluiu no sentido de igualmente considerar incompatível com a Constituição Federal a totalidade da chamada Lei de Imprensa, tendo o Ministro **Eros Grau** ratificado seu voto proferido quando do julgamento da medida cautelar.

Quando votei na primeira ocasião destaquei que em sede de exame preliminar não seria pertinente descer a detalhes exagerados sobre o papel da imprensa e da liberdade de manifestação do pensamento com a livre circulação das idéias. Destaquei que nossa realidade

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

constitucional está subordinada ao princípio da reserva qualificada, isto é, a preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política. E, ainda, lembrei Dworkin que mostrou com pertinência que tanto a imprensa quanto o estado sofreram desenvolvimento no seu modo de operação. Escreveu Dworkin que "as duas instituições aumentaram seu poder juntas, numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos autores da Constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrições ao poder: o papel político da imprensa agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas" (O Direito da Liberdade, Martins Fontes, 2006, pág. 300).

Por outro lado, estou convencido como assinali em outra ocasião, que o sistema de garantia dos chamados direitos da personalidade ganhou especial proteção da Constituição de 1988, sejam aqueles relativos à integridade física sejam aqueles relativos à integridade moral, nestes incluídos os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem (cf. Estudos de Direito Público e Privado, RENOVAR, 2006, págs. 259 e segs.). Veja-se que o artigo 5º, incisos V e X, expressamente, mostra essa preocupação do constituinte dos oitenta. No inciso V está

assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de garantir a indenização por dano material, moral ou à imagem; no inciso X está garantida a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, previsto o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O próprio Pacto Internacional de São José da Costa Rica no artigo 19 estabelece que o exercício da liberdade nele previsto "implicará deveres e responsabilidades especiais" podendo "estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei" e que sejam necessárias para "assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas" e, também "proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas".

Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade da comunicação e o respeito aos direitos da personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que nosso Presidente, Ministro **Gilmar Mendes**, examinando decisões da Corte Constitucional alemã, particularmente quando do julgamento do chamado "Caso Lebach", chamou de processo da ponderação. De fato, disse o Ministro **Gilmar** que "no processo de **ponderação** desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação de das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade" (Revista de Informação Legislativa nº 122/297).

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

É que não se pode deixar de considerar quando se faz um balanço dos direitos que estão enlaçados pela própria Constituição Federal que cada qual, o direito à liberdade de expressão no seu maior alcance e os direitos da personalidade, tem uma característica científica que precisa ser determinada como pressuposto do equilíbrio a ser mantido na interpretação constitucional. Veja-se, por exemplo, como está na monumental lição de Johannes Messner em sua obra sobre o direito natural que o ser humano tem uma esfera de valores próprios, postos em sua conduta não apenas em relação ao estado, mas, também, na convivência com seus semelhantes. Daí que como já escrevi antes devem ser respeitados não somente aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, de pronto aferível, mas aqueles relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos, revelados diante dos outros homens. São direitos que se encontram reservados ao seu íntimo, que a ninguém é dado invadir, porque integram a privacidade do seu existir, da sua consciência (cf. Estudos de Direito Público e Privado, cit., págs. 298/299).

O Instituto Internacional de Direitos do Homem publicou um conjunto de estudos sobre a proteção desses direitos nas suas relações entre pessoas privadas, um deles de Andreas Khol advertindo ser necessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa (cfr. René Cassin, II, págs. 210/211).

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

No caso brasileiro, pode-se dizer que ao intérprete da Constituição necessariamente cabe realizar essa tarefa magna de desafiar a chamada colisão de direitos fundamentais (Grundrechtskollision).

Se os direitos da personalidade põem à disposição do intérprete grande quantidade de estudos científicos, quero crer que deve ser enfrentada a questão da liberdade de expressão também a partir de uma melhor apuração de sua base conceitual no plano da ciência do direito constitucional. Não se trata, portanto, de firmá-la no plano romântico dos ideais de liberdade e democracia política, mas, de defini-la concretamente para que se possa sedimentá-la como entranha da própria base conceitual da sociedade democrática.

Quando encaminhei meu raciocínio para concluir pela suspensão integral da lei tinha na minha consciência essa perspectiva, qual seja afastar a lei vigente porque incompatível com o sistema constitucional de 1988, sem perder de vista a necessidade de valorizar a defesa dos direitos da personalidade. É que a própria Constituição Federal criou essa ampla liberdade de informação e de proteção dos direitos da personalidade. E a Suprema Corte, com sua heróica tradição de guardião das liberdades públicas e da intransigente defesa da cidadania, assim deve continuar a proceder.

Por que considerar a Lei de Imprensa inteiramente incompatível com a Constituição Federal?

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

Recolho o fundamento de Auguste Comte, nos seus "Écrits de Jeunesse", tratando nos idos de 1918 da liberdade de imprensa. Disse Comte que embora muito se tenha escrito sobre a liberdade de imprensa ainda faltava esclarecer alguns aspectos fundamentais para considerá-la no seu verdadeiro papel e no seu ângulo mais importante. Com isso, disse ele que a liberdade de imprensa poderia ser considerada sob a perspectiva política de duas maneiras diferentes, ou pelo menos distintas: como um direito ou como uma instituição política. E é sob esse segundo modo de ver a liberdade de imprensa que Comte identifica-a como base do sistema representativo. E avança para afirmar o que me parece plenamente adequado ao exame que estamos fazendo agora, ou seja, que a liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldade ao exercício dessa instituição política. Mais afirmativamente, qualquer lei que se destine a regular esse exercício da liberdade de imprensa como instituição a disciplinar, tendo por objetivo dar a cada cidadão esclarecido voz na formação da lei, não pode revestir-se de caráter repressivo, que o desnature por completo (cfr. *Écrits de Jeunesse (1816-1828)*, Mouton - La Haye, Paris, 1970, págs. 147 a 159).

Nesse contexto, vale ter em conta o estudo de Owen Fiss sobre o papel do estado no campo da liberdade de expressão. Isso permite acentuar os cuidados necessários para evitar que a intervenção estatal não descambe para a censura e controle dos meios de comunicação de massa como mostraram Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto no prefácio que escreveram. O Professor de Yale desafiando a Primeira Emenda procura mostrar a controvérsia em

torno de uma leitura absolutista, isto é, nenhuma lei a significar nenhuma lei, mas "como Alexander Meiklejohn enfatiza, o que a Primeira Emenda proíbe são leis limitando a 'liberdade de expressão', não uma liberdade de falar. A frase 'a liberdade de expressão' implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído. Essa é a teoria segundo a qual a regulação do discurso voltada à proteção da segurança nacional ou da ordem pública é às vezes permitida; ela poderia estar igualmente disponível quando o Estado estiver tentando preservar a completude do debate. Com efeito – diz Owen – a Primeira Emenda deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca promover os valores democráticos subjacentes à própria Primeira Emenda" (A Ironia da Liberdade de Expressão – estado, regulação e Diversidade na Esfera Pública, RENOVAR, 2005, PÁG.51).

É nesse contexto que Owen Fiss destaca a missão democrática da imprensa mostrando que os cidadãos "dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas do governo", e prossegue afirmando que na "sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo grau de autonomia em relação ao Estado" (cit., pág. 99).

Na perspectiva da jurisprudência americana Owen destaca a existência de orientação que "estabelece limites sobre a capacidade do

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

Estado de silenciar seus críticos, em particular a imprensa, por meio de procedimentos civis e políticos". Nessa linha, por exemplo, a limitação imposta pela Corte "do poder de oficiais públicos de receber indenizações em ações de difamação, decidindo que oficiais públicos não podem ser indenizados por afirmações falsas sobre o desempenho de suas atividades, a menos que eles provem que aquelas afirmações foram publicadas ou transmitidas com conhecimento ou grave negligência (reckless disregard) sobre sua falsidade" (cit., pág. 100).

Ao votar na medida cautelar lembrei que na construção da democracia americana, a afirmação da competência da Corte Suprema, no legado da guerra civil, mostrou a evolução do pensamento do grande Juiz que foi Oliver Wendell Holmes, Jr, primeiro suportando a idéia estreita da liberdade de expressar o pensamento e do protesto político. Isso está presente no caso *Patterson v. Colorado*, de 1907, quando ficou explicitada a possibilidade de condenação de um editor que publicou charges ridicularizando os Juizes. Mas a plenitude foi alcançada pelo grande Juiz ao dissentir em processo envolvendo a perseguição de pessoas contrária à guerra, no caso *Abrams v. United States*, de 1919, fundamentando seu voto na inexistência de ligação imediata entre a distribuição de panfletos e a identificação de atividade ilegal, ocasião em que acrescentou a célebre afirmação sobre a importância da livre circulação das idéias. Essa orientação foi a que prevaleceu no caso *Whitney v. Califórnia*, de 1927, com a condução do Juiz Louis Brandeis, acompanhado também por Holmes (cf. Feffrey Rozen, *The Supreme Court, The Personalities and Rivalries That Define America*, Holt Paperback, 2007, págs. 120/121). E ainda hoje a Suprema Corte está voltada para estabelecer julgamentos

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.



que digam diretamente com a interpretação da Primeira Emenda como bem se pode avaliar do recente julgamento do caso *United States v. Williams*, de maio de 2008, alcançando a pornografia infantil, cabendo ao Juiz Scalia redigir a decisão da Corte, permanecendo vencidos os Juízes Souter e Ginsburg (cfr. *The Washington Post - Supreme Court Year Review – Major Cases and Decisions of 2008*, Kaplan Publishing, New York, 2009, págs. 95 a 108).

Bernard Stirn menciona decisões do Conselho Constitucional francês que sinalizam a importância institucional da liberdade de imprensa e sobre o audiovisual. Nas decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e de 27 de julho de 2000, o Conselho Constitucional afirma que a liberdade de imprensa é condição de outras liberdades e estabelece o princípio segundo o qual, intervindo em matéria de direitos fundamentais, o legislador não pode piorar o regime existente, ou seja, não pode atingir as garantias precedentes. Ele faz do pluralismo que decorre da expressão sócio-cultural um objetivo de valor constitucional, que se impõe no campo do setor privado e no campo do setor público. Mostra ainda que uma garantia suplementar se extrai do artigo 10 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, segundo o qual toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, direito que compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar as informações ou idéias. Essa orientação é aplicada estritamente pela Corte Européia, que, por exemplo, tem julgado que o delito de ofensa pela imprensa a um Chefe de Estado estrangeiro constitui um atentado injustificado à liberdade de expressão (25 de junho de 2002, *Colombani*) (cfr. *Les Libertés en Questions*, Montchrestien, 6<sup>o</sup> Ed., págs. 112/113).

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

Vê-se, portanto, que do ponto de vista científico a liberdade de expressão integra necessariamente o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das idéias. Mas, essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. Mas, essa precedência não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas.

O que se tem concretamente é uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão, em que se encontra situada a liberdade de imprensa. É claro, e afirmei isso ao votar na medida cautelar, que quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das idéias. A democracia para subsistir depende de informação e não apenas do voto; este muitas vezes pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão.

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige para sua sobrevivência institucional proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana.

Não é uma questão nova. David Hume no seu conhecido ensaio Da Liberdade de Imprensa, no século XVII, afirma sem meias palavras que "Nada surpreende mais um estrangeiro que a extrema liberdade, de que desfrutamos nesse país, de comunicar o que quisermos ao público e de criticar abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros" (Ensaio Morais, Políticos e Literários, Liberty Classics e Topbooks, 2004, pág. 101). E identifica essa liberdade à "nossa forma mista de governo, que não é nem inteiramente monárquico, nem inteiramente republicano" (pág. 102). E conclui: "Freqüentemente, o entusiasmo do povo precisa ser instigado, para que sejam refreadas as ambições da Corte; e o medo de que esse entusiasmo seja instigado precisa ser usado para prevenir essas ambições. Nada contribui mais para esse fim como a liberdade de imprensa, graças à qual é possível usar todo saber, inteligência e gênio da nação em benefício da liberdade, e animar todos a defende-la. Portanto, enquanto a parte republicana de nosso governo puder conservar sua predominância sobre a monárquica, ela terá naturalmente o cuidado de manter a imprensa livre, pois esta é importante para sua própria preservação" (pág. 105). Todavia, põe uma advertência final: "Deve-se, contudo admitir, embora seja difícil, talvez impossível, propor um remédio adequado para a liberdade de imprensa

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

ilimitada, pois é este um dos males a que estão sujeitas aquelas formas mistas de governo" (id.).

Assim, o que se destaca como suporte de nossa análise nesta questão é exatamente a reafirmação do trato dado à liberdade de imprensa como instituição enlaçada no próprio conceito de democracia política e a reafirmação de que não é possível desconhecer a disciplina da reserva qualificada que põe relevo na proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

O que Hume já antevia difícil naqueles tempos, na verdade, é agora ainda mais difícil considerando que o discurso político pela prevalência ilimitada da liberdade de imprensa ganha altitude pela natureza do seu papel na segurança que se espera de viver democraticamente.

Tendo a ver de outro ângulo essa dificuldade. É que estou convencido cada dia com maior intensidade de que quanto mais forte se põe a instituição mais frágil se torna. Por quê? Porque estimula a arrogância e enaltece o arbítrio e a sensação de permanente acerto. Isso me leva à compreensão de que só existe garantia de preservação institucional quando um sistema de pesos e contrapesos é posto num mesmo patamar de proteção de tal modo que sejamos capazes de identificar limites. Limites são sempre esteio da convivência social, como apanágio mesmo da tolerância e da capacidade humana de superar o absoluto que não é compatível com a natureza mesma das sociedades democráticas. Nenhuma instituição pode arrogar-se em deter o absoluto,

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

a vedação inconseqüente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de agir das outras instituições.

Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem.

Mas, esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, §§ 1º e 2º. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além a indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o

exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda clareza que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana. Isso quer dizer objetivamente que esta Suprema Corte como guardiã da Constituição será chamada a intervir nas situações em que esse conflito estiver presente, na melhor tradição das Cortes Constitucionais.

Isso quer dizer, concretamente, e esse é o sinal que procurei estabelecer quando votei na medida cautelar e que agora confirmo, que nenhuma lei estará livre do conflito com a Constituição Federal se nascer a partir da vontade punitiva do legislador de modo a impedir o pleno exercício da liberdade de imprensa e da atividade jornalística em geral. Daí que se há de fazer valer o comando constitucional afirmando expressamente que a "manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (art. 220, **caput**).

Na verdade, com isso sinalizo que não é possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa, isto é, que criem condições de intimidação. Com isso, veda-se qualquer tipo

de censura à veiculação de notícias ou coerção à liberdade de informação jornalística. Por outro lado, a preservação da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade de imprensa.

O regime constitucional nascido com a Constituição de 1988 não se compadece com outra forma de mediação do Estado. Veja-se ainda uma vez a lição extraída por Dworkin no caso *New York Times v. Sullivan* em torno da Primeira Emenda no sentido de que o voto do Juiz Brennan "dá a moderna fundamentação do direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos" (cit., pág. 312). É que naquela decisão criou-se limitação quanto à prova para que os agentes públicos pudessem receber indenização, cabendo-lhes provar a existência de "malícia efetiva", isto é, a prova de que os "jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa ou com 'temerária desconsideração' (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade das informações ali contidas" (cit., pág. 311). *É claro que muitas vezes há a veiculação do mal, mas, isso não se deve à liberdade de imprensa e sim à qualidade do profissional pois é uma atividade humana.*

Há que fazer da mediação do estado um instrumento de garantia da liberdade de imprensa como instituição enlaçada com a democracia e não meio de restringir o papel institucional da imprensa.

Considerando que a atual Lei de Imprensa nasceu com inspiração incompatível com o princípio constitucional da liberdade de imprensa, nos termos das razões que acima deduzi, reitero o voto que proferi quando do julgamento da medida cautelar, considerando a Lei n.

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.

5.205, de 1967, incompatível com a disciplina da Constituição Federal de 1988.

BSB, 25/4/2009

Sem revisão.  
Vedada a divulgação ou reprodução.