

**VOTO CONCORRENTE DO JUIZ RODRIGO MUDROVITSCH
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO MOYA CHACÓN E OUTRO V. COSTA RICA
SENTENÇA DE 23 DE MAIO DE 2022
(EXCEÇÕES PRELIMINARIES, MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS)**

I. Do caso em julgamento

1. O presente caso diz respeito à responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica pelos processos judiciais dirigidos contra os jornalistas Ronald Moya Chacón e Freddy Parrales Chaves em razão de publicação de artigo no jornal La Nación em 17 de dezembro de 2005, por meio do qual denunciavam supostas irregularidades no controle do tráfego de bebidas alcóolicas para o território costarriquenho.

2. Os jornalistas foram processados civil e criminalmente, juntamente com o então Ministro de Segurança Pública, R.R.M., através de queixa apresentada por um dos indivíduos nominalmente citados na referida matéria, J.C.T.R. As pretensões do autor da queixa eram (i) enquadrar os peticionários nos tipos penais de injúria, previsto no art. 145 do Código Penal, e difamação, previsto no art. 146 do Código Penal, combinados com o art. 7º da Lei de Imprensa; e (ii) obter indenização pecuniária cível dos jornalistas e do Ministro, ao argumento de que deveriam ter verificado com maior diligência a informação divulgada. Tanto em primeiro grau de jurisdição como em grau recursal, todos foram absolvidos das imputações penais e condenados civilmente a indenizar o pretense ofendido¹.

3. Na sentença do presente caso, esta Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Corte") destacou sua preocupação com a existência de normas penais dirigidas exclusivamente ao exercício da atividade jornalística, como a referida Lei da Imprensa. Destacou, ainda, duas características específicas do artigo 7º do diploma legal que "merecem atenção especial por seus efeitos danosos ao exercício da liberdade de expressão" (§84): o agravamento das penas dos crimes contra a honra quando praticados por jornalistas por meio de veículos de mídia e o estabelecimento de uma responsabilidade criminal objetiva para os editores, diretores e proprietários do meio de comunicação em que foi publicada uma expressão atentatória contra a honra.

4. Entendo imperioso debruçar-me sobre os aspectos incidentais em que foi referida a questão da tutela penal, apesar do juízo absolutório que minorou, sensivelmente, as consequências do processo penal instaurado. Afinal, conforme apontado pela Corte, a vigência deste tipo de legislação pode, sob certas circunstâncias – especialmente se não houver cuidados especiais quanto à exigência de materialidade certa para a instauração do processo – gerar um efeito amedrontador sobre a sociedade (§84). Esse chamado *chilling effect* gera preocupações sobre a garantia do livre exercício do direito à liberdade de expressão, de caráter instrumental para a formação de um livre mercado de ideias em qualquer democracia, pois é preciso não só respeitar as opiniões e versões alternativas da história e dos fatos sociais complexos em uma sociedade plural, mas criar um autêntico espaço institucional de conforto para o seu exercício, livre de pressões e de retaliações orquestradas pelo exercício do monopólio da força pelo Estado-Nação.

5. À luz dos princípios da fragmentariedade e da mínima intervenção penal, entendo ser necessário explicitar a absoluta excepcionalidade do uso de medidas penais, para que não se incorra em excessos na limitação da liberdade de expressão, em atenção aos parâmetros de idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade, conforme fixado

¹ A sentença condenatória foi prolatada em 10 de janeiro de 2007 pelo Tribunal de Juicio de Segundo Circuito de San José, Goicochea, e mantida em segundo grau de jurisdição pela Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia em 20 de dezembro de 2007.

nos parágrafos 70 e 71 da sentença prolatada no presente caso. Nesse particular, reputo relevante destacar que isso não implica dizer que bens jurídicos como a honra restariam sem qualquer proteção jurídica. Tampouco se pode extrair de tal ilação que jornalistas gozariam de uma proteção ilimitada, conforme pontuado no parágrafo 67 da referida sentença, dada a necessidade de harmonização concreta em situações de colisão entre direitos humanos e valores coletivos superlativos. É dizer apenas que a salvaguarda da honra e eventuais limitações à liberdade de expressão, em situações a envolver a divulgação de informações de interesse público, deve priorizar outras esferas que não a penal.

6. Portanto, neste voto concorrente, tecerei considerações em forma de *obiter dicta* acerca do uso de medidas penais para limitar o direito à liberdade de expressão. Debruçar-me-ei em especial sobre a confrontação de aspectos materiais do art. 7º da Lei de Imprensa – de vigência disputada no âmbito da jurisdição doméstica da Costa Rica – com a Convenção e com a jurisprudência desta Corte.

7. Primeiramente, apresentarei minhas considerações gerais acerca da existência e uso de medidas penais para restringir a liberdade de expressão e pensamento em ordenamentos jurídicos nacionais. Na sequência, adentrarei nos dois aspectos especialmente problemáticos do artigo 7º da Lei de Imprensa já destacados na sentença, quais sejam, a existência de modalidade agravada do tipo penal de injúria e a possibilidade de imposição de responsabilidade objetiva.

II. Da previsão e da aplicação de medidas de natureza penal como instrumentos de restrição do direito à liberdade de expressão

8. A interação entre o direito penal e o direito à liberdade de expressão é um tema recorrente na agenda do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“Sistema Interamericano”).

9. A Corte teve a sua primeira oportunidade de abordar aspectos do direito à liberdade de expressão em sua Opinião Consultiva n. 05 (1985), que versou sobre a convencionalidade do registro profissional obrigatório de jornalistas na Costa Rica. Ao discutir o conteúdo do artigo 13 da Convenção, a Corte destacou importantes precedentes que viriam a ser pormenorizados acerca das dimensões individual e coletiva do direito à liberdade de expressão e da importância dos requisitos de legalidade, legitimidade dos fins e necessidade da sua restrição. Na temática específica da consulta, a Corte também expressou que a possibilidade de responsabilização individual pela difusão de informações e ideias por pessoas não registradas, inclusive no âmbito penal, era uma restrição à liberdade de expressão que atrai preocupações sobre a sua compatibilidade com a Convenção. Nesse sentido, embora de forma embrionária, a Opinião Consultiva constituiu importante passo no sentido de instituir algumas das primeiras ressalvas ao emprego expansivo do direito penal no campo da comunicação pública.

10. Não obstante o caráter paradigmático da OC n. 5, foi no exercício de sua função contenciosa que esta Corte encontrou, de fato, campo fértil para avançar na construção jurisprudencial sobre a interpretação adequada do âmbito de proteção da liberdade de imprensa, em especial, e das liberdades discursivas, em geral, a fim de delimitar a técnica de restrição a tais direitos de feição comunicativa pelos Estados-Membros.

11. Após tecer valorosas considerações sobre o direito à liberdade de expressão nos seus primeiros casos contenciosos compreendendo o artigo 13 da Convenção – notadamente, em *Olmedo Bustos (“La Última Tentación de Cristo”) vs. Chile (2001)* e *Ivcher Bronstein vs. Peru (2001)* –, a Corte pôde adentrar o debate sobre a incidência do direito penal sobre condutas protegidas, *a priori*, pelo direito à liberdade de expressão em *Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)*. Na oportunidade, a Corte avaliou, *inter alia*, alegada violação ao direito à liberdade de expressão por meio da sanção penal imposta a jornalista que havia

reproduzido, em diversos artigos, informações relacionadas a supostos atos ilegais atribuídos a um agente diplomático e previamente publicados na imprensa da Bélgica.

12. Nessa ocasião, a Corte entendeu que a exigência de comprovação de informações veiculadas pela imprensa estrangeira consubstanciou uma limitação excessiva à liberdade de expressão, tendo por consequência um efeito dissuasivo, amedrontador e inibidor sobre todos que exercem a profissão de jornalismo. Nessa esteira de raciocínio, tal exigência estaria na contramão da facilitação do debate público sobre temas de interesse da sociedade.² Ademais, a Corte reforçou o entendimento - já assentado em *Ivcher Bronstein vs. Peru*³ - de que figuras públicas estão expostas a um escrutínio público mais exigente sobre suas condutas, o que não significa que a honra dos funcionários e pessoas públicas não deveria ser, de outro modo, protegida. Apenas se assentou que as medidas devem ser conformes aos princípios estruturantes do pluralismo democrático, cujo conteúdo exige a permeabilidade do Estado e seus agentes a críticas formuladas pela cidadania e a *accountability* no exercício de funções públicas.

13. O Juiz García Ramirez, realizou, em seu voto concorrente, uma profícua reflexão sobre a via penal como suposto meio para sancionar condutas no exercício de atividade jornalística. O então presidente da Corte destacou que, antes de discutir a melhor forma de tipificar penalmente excessos do exercício da liberdade de expressão, cumpre decidir se é necessário e conveniente recorrer a uma resposta penal e não a medidas de natureza civil ou de outra ordem. Segundo as premissas então lançadas, seria importante adotar, como diretriz interpretativa preferencial, a abordagem minimalista do direito penal, que deve ser utilizado apenas nos casos em que soluções menos gravosas estão fora de questão ou são evidentemente inadequadas.⁴

14. No mesmo ano, a Corte foi instada a avaliar a condenação penal de candidato a Presidente da República por declarações sobre outro candidato no curso do processo eleitoral em *Ricardo Canese vs. Paraguai (2004)*.⁵ Ao analisar a legitimidade da restrição à luz das exigências do requisito da necessidade (ou exigibilidade) em uma sociedade democrática - notadamente, que a compressão do direito seja proporcional ao interesse a que serve e interfira, na menor medida possível, com o direito afetado, a Corte se valeu do entendimento de que "o Direito Penal é o meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades a respeito de uma conduta ilícita"⁶, para concluir que o Estado agiu de forma incompatível com a Convenção. Cumpre destacar que a Corte identificou que a submissão ao processo penal em si (e não apenas a condenação do peticionário) era um meio indireto de restrição à liberdade de expressão.⁷

15. Em 2008, a Corte pôde reiterar e aprofundar seu entendimento sobre o emprego de medidas penais face à liberdade de expressão no caso *Kimel vs. Argentina (2008)*. Em seu reconhecimento de responsabilidade, o Estado confessou que os tipos eram imprecisos e, portanto, incompatíveis com a Convenção, a exigir legalidade certa e determinada. A Corte concordou com o reconhecimento do Estado e aduziu que a "tipificação ampla de delitos de calúnia e injúrias pode resultar contrária ao princípio de intervenção mínima e de *ultima ratio* do direito penal". Nesse sentido, apesar de não ter estabelecido que *toda* tipificação de crimes contra a honra é necessariamente inconveniente,⁸ a Corte destacou

² Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004, §§132-133.

³ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Chile. Sentença de 6 de fevereiro de 2001, §155.

⁴ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004. Voto do juiz Sergio Garcia Ramirez. §15.

⁵ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. §§106-107.

⁶ Subsequentemente reiterado, i.a., em Palamara Iribarne vs. Chile, §79 ao se discutir o delito de desacato.

⁷ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004, §107. Reiterado em Kimel vs. Argentina (§85) e Uzcategui vs. Venezuela (§189).

⁸ Também em Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina (§55) e Memoli vs. Argentina (§126).

que:

esta possibilidade deve ser **analisada com especial cautela**, ponderando a respeito [d]a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais. Em todo o momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação.⁹

16. Sobre esse tema, considero primordial rememorar as reflexões propostas pelo Juiz García Ramírez em seu voto concorrente em *Kimel*. O magistrado retomou a proposta feita em seu voto no caso *Herrera Ulloa* de que a própria (in)adequação do direito penal como mecanismo para combater eventuais excessos no exercício do direito à liberdade de expressão deve ser discutida e destacou que a existência de alternativas adequadas e menos lesivas para controle dos excessos discursivos torna a via penal desnecessária e incompatível com a Convenção.¹⁰

17. Ademais, merece destaque a decisão da Corte, ao discutir as reparações cabíveis no caso *Kimel*, de não apenas demandar a revogação da condenação no direito interno (medida já adotada anteriormente), mas também de estabelecer, em casos extremos, uma obrigação do Estado de alterar sua legislação interna de forma a adequar a tipificação da calúnia e da injúria aos standards interamericanos. A Argentina, assim, reformou seu código penal com o intuito de evitar a criminalização de expressões e opiniões sobre assuntos de interesse público, eliminar a pena de privação de liberdade para injúria, entre outras medidas em favor do direito à liberdade de expressão, conforme reconhecido pela Corte em sede de cumprimento de sentença¹¹ e, posteriormente, no caso *Mémoli vs. Argentina* de 2013.¹²

18. Em 2012, no caso *Uzcátegui e outros vs. Venezuela*, a Corte reforçou o que já havia indicado em *Ricardo Canese vs. Paraguai*, notadamente que a existência de um processo penal em si gera um efeito intimidatório e inibitório do exercício da liberdade de expressão contrário à obrigação dos Estados de garantir o livre e pleno exercício da liberdade de expressão em uma sociedade democrática.¹³

19. A Corte retomou, recentemente, o tema da utilização de medidas penais para a regulamentação de excessos no exercício da liberdade de expressão no caso *Álvarez Ramos vs. Venezuela* (2019), em que o peticionário havia sido condenado pelo crime de difamação agravada devido à publicação de um artigo referente a alegado desvio de fundos por um ex-deputado. A Corte dividiu sua aplicação do artigo 13 ao caso concreto em duas partes: primeiramente, qualificou as declarações do Sr. Álvarez como expressões de interesse público,¹⁴ para, em seguida, analisar a responsabilidade penal ulterior a ele atribuída. Sobre tal responsabilização, a Corte consolidou o seguinte entendimento:

(...) en el caso de un discurso **protegido por su interés público**, como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, **la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal**

⁹ Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentença de 2 de maio de 2008, §78. Entendimento reiterado, *inter alia*, em *Memoli vs. Argentina* (§139).

¹⁰ *Idem*. Voto do Juiz García Ramírez, §§ 18-20.

¹¹ Cfr. Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte de 18 de maio de 2010, Considerando 35.

¹² A Corte também tomou nota da mudança em *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (§95).

¹³ Corte IDH. Caso *Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Sentença de 3 de setembro de 2012. §189.

¹⁴ A Corte adotou os elementos definidores baseados em um critério subjetivo (a pessoa ser funcionária pública), um critério funcional (a pessoa estar exercendo os fatos relatados na qualidade de funcionária pública) e um critério material (o tema ser de relevância pública).

no es convencionalmente procedente para proteger el honor del funcionario.

En efecto, **el uso de la ley penal** por difundir noticias de esta naturaleza, **produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento** que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. En definitiva, lo anterior debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático. **En otros términos, la protección de la honra por medio de la ley penal que puede resultar legítima en otros casos, no resulta conforme a la Convención en la hipótesis previamente descrita.**

20. Assim, observo que a Corte foi além de analisar a possível inconveniência na configuração de tipos penais específicos, tendo analisado a própria adequação da via penal *per se* para regular as liberdades discursivas em matéria de interesse público. Esse resultado é a culminação de seu entendimento, desenvolvido desde o caso *Herrera Ulloa*, de que o efeito intimidador da lei penal é um limitador significativo do exercício da liberdade de expressão, e que a importância de se preservar o debate aberto sobre questões de interesse público pode, em determinadas circunstâncias, tornar essas sanções incompatíveis com o ambiente propício ao debate plural a ser cultivado nas sociedades democráticas.

21. Após constatar a inadequação da criminalização de expressões dessa categoria, contudo, a Corte enfatizou que “[e]sto no significa que eventualmente la conducta periodística no pueda generar responsabilidad en otro ámbito jurídico, como el civil, o la rectificación o disculpas públicas, por ejemplo, em casos de eventuales abusos o excesos de mala fe”. A consideração de tais medidas alternativas é especialmente valorosa quando consideramos que a própria Convenção prevê o direito à resposta em seu artigo 14.

22. No subsequente caso *Palacio Urrutia e outros vs. Ecuador* (2021), a Corte reiterou o avanço jurisprudencial consolidado em *Álvarez Ramos*. Além de retomar os critérios para a identificação de um discurso parte do debate público, expressou que o uso de leis penais para sancionar a difusão de expressões dessa natureza não é compatível com a Convenção e realçou a existência de alternativas menos gravosas e, assim, preferenciais¹⁵. Cumpre enfatizar a constatação pela Corte do efeito intimidador (“chilling effect”) causado pela imposição das sanções ao Sr. Palacio Urrutia e ao periódico *El Universo*, que se estendeu a todos os seus jornalistas e funcionários¹⁶. Considerando que o Equador já havia, quando da sentença, alterado sua tipificação dos crimes contra a honra, a Corte reconheceu o avanço, mas ressaltou que a interpretação das novas disposições deveria cumprir com os cânones interpretativos por ela espostos¹⁷.

23. Ademais, a Corte integrou ao seu entendimento sobre medidas penais algumas preocupações com a recorrência de funcionários públicos instrumentalizarem instâncias judiciais para apresentar demandas por delitos de calúnia ou injúria com o objetivo de silenciar ou inibir críticas sobre suas atuações na esfera pública, no âmbito dos chamados “processos SLAPP” (do inglês *Strategic Lawsuit Against Public Participation*). Nesse sentido, a Corte deu especial importância ao estabelecimento de medidas alternativas ao processo penal para a proteção da honra dos funcionários públicos, como retificação e resposta. Em voto concorrente, os Juízes Mac-Gregor Poisot e Pérez Manrique destacaram que, apesar de ser uma medida de reparação no caso concreto, a solução deve servir de base para ações que os Estados podem realizar para evitar incorrer, futuramente, em responsabilidade internacional.¹⁸

¹⁵ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia vs. Ecuador. Sentença de 24 de novembro de 2021, §118-119.

¹⁶ *Ibid.*, §§123-124

¹⁷ *Ibid.*, §§177-179

¹⁸ *Ibid.* Voto concorrente dos juízes Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot e Ricardo Pérez Manrique, §11.

24. A consideração dos precedentes expostos permite a identificação do caminho evolutivo que o profícuo entendimento desta Corte percorreu para culminar na sentença adotada no caso em tela.

25. Nota-se uma evidente tendência rumo à restrição cada vez maior ao emprego de soluções de direito penal para tutelar condutas relativas ao exercício da liberdade de expressão, o que já foi consolidado em *Alvarez Ramos* e *Palacio Urrutia* no tocante às matérias de interesse público.

26. Este entendimento redutor do espaço da tutela penal é, por sinal, compatível com a tendência verificada em outros mecanismos de supervisão de tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da ONU e da OEA. Entre outras abordagens significativas da questão, destaca-se que, há mais de uma década, a Relatoria Especial da CIDH para a Liberdade de Expressão vem alertando os Estados-membros acerca da inadequação do uso de leis penais para restringir a liberdade de expressão – inclusive com recomendações específicas ao Estado da Costa Rica.

27. A bem da verdade, as reservas e críticas à utilização de medidas penais como instrumentos de limitação à liberdade de expressão não estão restritas à Corte Interamericana.

28. Em seu informe anual de 2009, em referência às recomendações formuladas pela Corte Interamericana na sentença do Caso Herrera Ulloa, a Relatoria Especial da Comissão interamericana de Direitos Humanos para Liberdade de Expressão reiterou a importância de que o Estado costarricense reformasse suas normas existentes para evitar a aplicação desproporcionada do direito penal àqueles que, exercendo sua liberdade de expressão, denunciasses funcionários públicos.¹⁹ Em seu informe de 2018, recordou que a proteção da reputação e honra deve estar garantida apenas por meio de sanções civis,²⁰ de maneira a limitar a punibilidade criminal de condutas que atentem contra tais direitos única e exclusivamente a circunstâncias excepcionais, em que haja uma ameaça óbvia e direta de violência anárquica. Ainda neste condão, em seu informe anual de 2019, a mesma Relatoria instigou todos os Estados membros a "*eliminar o uso de processos penais para inibir o livre debate democrático sobre todos os assuntos de interesse público*".²¹

29. Este entendimento restou formalizado na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH, de outubro de 2000,²² cujo item 11 estabelece que:

Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

30. Outrossim, ao reiterar sua condenação à tipificação do delito de desacato, a CIDH teve a oportunidade de manifestar sua preocupação acerca da utilização de previsões legais sobre delitos contra a honra da mesma forma que se utilizam leis sobre desacato:

¹⁹ CIDH, Relatoria Especial para Liberdade de Expressão. Informe anual de 2009, §160.

²⁰ CIDH, Relatoria Especial para Liberdade de Expressão. Informe Anual de 2018, §371.

²¹ CIDH, Relatoria Especial para Liberdade de Expressão. Informe Anual de 2019, pág. 272.

²² CIDH. Declaração de Princípios sobre liberdade de expressão. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>

Además, muchos de éstos siguen utilizando leyes sobre delito de difamación, injuria y calumnia, que con frecuencia se utilizan, en la misma forma que las leyes sobre desacato, para silenciar a quienes critican a las autoridades²³

31. Por sua vez, em 2017, o Relator Especial da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para Segurança e Cooperação da Europa (OSCE) para a Liberdade dos Meios de Comunicação, o Relator Especial da OEA para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação emitiram Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão, Desinformação e Propaganda na qual afirmam que “leis penais de difamação constituem restrições desproporcionais ao direito à liberdade de expressão e, como tal, devem ser revogadas”.²⁴

32. A Corte Europeia de Direito Humanos (“Corte EDH”), por sua vez, adota, a seu modo, um posicionamento que também reforça a excepcionalidade da resposta penal. Isto é, admite a possibilidade de persecução criminal de jornalistas apenas em circunstâncias extremas, quando outros direitos fundamentais são seriamente afetados²⁵. Por outro lado, reconhece que a repressão penal da difamação em um contexto de debates sobre matéria de interesse público produz inevitavelmente efeito inibidor “*por sua própria natureza*” (vide *Cumpana e Mazare vs Romênia*)²⁶. Vale ressaltar, porém, que, embora a Corte Europeia se abstenha de uma postura mais incisiva sobre a incompatibilidade da resposta penal para coibir discursos de interesse público, aquele Tribunal vem, em suas sentenças, reiteradamente chamando atenção para a Resolução nº 1577/2007 da Assembleia do Conselho da Europa, que conclama os Estados a abolir o tipo criminal de difamação.²⁷

33. Retornando ao âmbito interamericano, como pude recapitular acima, a Corte há muito sustenta que manifestações da liberdade de expressão a versar sobre matéria de interesse público, portanto essenciais à democracia e à *accountability* dos agentes públicos, gozam de nível mais elevado de proteção que outras manifestações.²⁸ Resulta que, em se tratando de questões de interesse público, cabe cada vez mais questionar se há um interesse social imperativo que efetivamente justifique a existência de tipos penais específicos para sancionar crimes contra a honra cometidos por jornalistas ou por meio da imprensa, bem como interpretações jurisprudenciais que sirvam para conferir represália mais severa em tais casos. Dispositivos legais específicos e interpretações nesse sentido se traduzem, as mais das vezes, não só em uso desmedido do direito penal, como também em afronta direta a preceitos basilares de uma sociedade bem ordenada e livre, tais como o princípio da mínima intervenção penal.

34. Nesse ponto, importante ressaltar que, não raro e de forma especialmente preocupante, a tutela jurisdicional relativa a crimes contra honra é exercida por meio de ações penais de iniciativa privada, de ajuizamento amplamente discricionário pelo suposto ofendido. Em outras palavras, a instauração de um processo penal contra um indivíduo por delitos dessa natureza depende não de iniciativa de ente estatal dotado de prerrogativas especiais de autonomia, como o Ministério Público, mas sim de simples queixa-crime apresentada pelo suposto ofendido. Com isso, torna-se muito mais fácil lançar mão de medidas penais para amedrontar, intimidar ou inibir manifestações de liberdade de expressão, mesmo que estas não resultem em condenação, ainda mais no

²³ CIDH, Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2002. Vol. III. Informe da Relatoria para a Liberdade de Expressão, capítulo V. §16.

²⁴ Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&ID=2>

²⁵ Corte EDH. Caso *Cumpana e Mazare vs. Romênia*. Sentença de 17 de dezembro de 2004, §115. De modo semelhante: Corte EDH. *Fatulalyev vs. Azerbaijão*. Sentença de 22 de abril de 2010, §103

²⁶ Corte EDH. Caso *Cumpana e Mazare vs. Romênia*. Sentença de 17 de dezembro de 2004, §116

²⁷ Por exemplo, *Otegi Mondragon vs. Espanha* (§31), *Ruokanen vs. Finlândia*, (§50); *Mariapori vs. Finlândia* (§27).

²⁸ Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*. Sentença de 7 de fevereiro de 2001, §§ 153-56.

contexto de reportagens de investigação jornalística de interesse público.

35. No presente caso, conquanto as vítimas não tenham sido condenadas criminalmente, e inobstante haja séria disputa interpretativa até mesmo sobre a vigência do art. 7º da Lei de imprensa na Costa Rica, foi instaurado processo penal contra ambos. Importante considerar que o entendimento da comunidade internacional converge no sentido de não ser necessário o advento da efetiva condenação para essa delicada violação ao espaço livre de discurso; basta, em rigor, a abertura de processo criminal e a perspectiva razoável de um desfecho condenatório, per se infamante, para que esteja constituída afronta ao direito à liberdade de expressão. Isso porque o dito *chilling effect*²⁹ – ou *efecto escalofriante* – constitui, por si só, modalidade velada de obstáculo ao exercício da liberdade de expressão jornalística; desestimula, ainda, a investigação e divulgação de informações de interesse público. Se a jurisdição doméstica não for, ainda, criteriosa quanto à aferição da materialidade delitativa ou dos elementos subjetivos da conduta incriminada, tanto maior é o poder de intimidação resultante da instauração do processo, pois maior é o risco de condenação.

36. Igualmente, a Corte EDH se manifestou no sentido que o *chilling effect*, além de agir em detrimento da circulação livre de informações na sociedade como um todo, é também um fator obstrutivo a ser considerado quando da análise da proporcionalidade de medidas de restrição do direito à liberdade de expressão e, portanto, da aplicabilidade de sanções eventualmente impostas a profissionais de mídia.³⁰ Afinal, conforme dispôs o Tribunal europeu, por exemplo, em *Bozhkov vs. Bulgária*, se as cortes nacionais adotarem uma abordagem excessivamente rigorosa ao avaliar a conduta de jornalistas, estes serão ultimamente dissuadidos de prosseguir em sua função de manter o público informado.³¹ Já em *Morice vs. França*, por exemplo, a Corte EDH asseverou que, por mais leve que seja a sanção criminal, o simples fato de possuir *status* penal já é suficiente para provocar efeito inibidor na liberdade de expressão³².

37. Não por menos, no parágrafo 52 do Escrito de Pedidos, Argumentos e Provas, os Peticionários afirmam que “o efeito dissuasivo e perverso de submeter as vítimas a um processo penal não desaparecerá, porque a mensagem ameaçadora contra a liberdade de expressão já foi enviada à sociedade costarriquenha”. A preocupação manifestada é dotada de especial relevância, pois o próprio Senhor Moya Chacón narrou algumas das consequências inibidoras do *chilling effect* em sua experiência de vida, ao descrever como a mera possibilidade de abertura de outros processos penais similares foi utilizada como instrumento de pressão e de coação por outros agentes policiais na região, com vistas a impedir que não só ele como outros jornalistas publicassem notícias que os vinculassem a supostas irregularidades.

38. É necessário destacar, a par disso, que, conforme já aduzido pela jurisprudência supramencionada dessa Corte, o direito penal não pode se prestar a sancionar qualquer tipo de lesão a direitos, porquanto se trata da espécie de sanção mais grave que pode ser imposta pelo Estado ao indivíduo. É dizer que a previsão de tipos penais não pode ignorar o caráter de *ultima ratio* do direito penal. Mais ainda, quando se trata da tutela de condutas relacionadas ao exercício da liberdade de expressão, como a atividade jornalística, e à

²⁹ “The threat of criminal sanctions, in particular imprisonment, exerts a chilling effect on freedom of expression. Prison sentences, suspended prison sentences, suspension of the right to express oneself through any particular form of media or to practise journalism or any other profession, excessive fines and other harsh criminal penalties should never be available as a sanction for breach of defamation laws”. Relatório “Direitos Cívicos e Políticos, incluindo a questão da Liberdade de Expressão” do Relator Especial da ONU para Liberdade de Opinião e Expressão, Ambeyi Ligabo (2006). E/CN.4/2006/55. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=11580

³⁰ Corte EDH. Caso Kaperzynski vs. Polónia, de 3 de abril de 2012. Também neste sentido: Caso Lewandowska-Malec v. Polónia. Sentença de 18 de setembro de 2012.

³¹ Corte EDH. Caso Bozhkov vs. Bulgária. Sentença de 19 de abril de 2011, §51

³² Corte EDH. Caso Morice vs. França. Sentença de 23 de abril de 2015, §127

divulgação de informações de interesse público, esta excepcionalidade ganha contornos de maior importância.

39. Nessa toada, acredito que merece destaque o ensinamento de Claus Roxin:

El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.

(...)

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales um la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan teneumun éxito suficiente.³³

40. Mais do que a reflexão sobre a subsidiariedade da via criminal, o autor alemão lembra que o sistema penal moderno deve ser orientado teleologicamente; deve, pois, impor o alinhamento dos pressupostos de punibilidade aos fins estabelecidos pela política criminal no contexto do Estado de Direito.³⁴ Essa orientação valorativa, por sua vez, não pode passar ao largo dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, sobretudo em matéria de direitos humanos.

41. Ora, uma política criminal valorativamente informada pelos princípios advindos da Convenção Americana na esfera do direito à liberdade de expressão é aquela que restringe, quanto possível, o âmbito de incidência do direito penal sobre o exercício da atividade jornalística.

42. O resgate da evolução jurisprudencial desta Corte em matéria de liberdade de expressão, bem como dos posicionamentos de outras organizações internacionais, revela que a preocupação manifestada na sentença do caso *Moya Chacón vs. Costa Rica* está em sintonia com os preceitos assentados no direito internacional sobre a excepcionalidade do tratamento criminal de ofensas contra a honra, especialmente quando envolvem jornalistas, assuntos de interesse público ou são praticadas contra funcionários públicos.

43. Revisitada a jurisprudência da CDIH sobre a questão, dedicar-me-ei, em profundidade, aos elementos típicos ao artigo 7º da Lei de Imprensa da Costa Rica que chamaram a atenção do colegiado e o levaram a manifestar seu legítimo e fundado receio de que normas de tal jaez sejam veículos eficientes para estimular o silêncio de jornalistas e comprometer a dimensão coletiva e informacional da liberdade de imprensa.

III. Do artigo 7º da Lei de Imprensa vis-à-vis a Convenção e a jurisprudência da Corte Interamericana

44. O ordenamento jurídico costarriquenho possui, em seu Código Penal, dispositivos específicos que tipificam injúria e difamação, nos termos dos artigos 145 e 146, respectivamente. Note-se que ambos os tipos penais estão sujeitos somente à pena de multa. Não obstante, a Lei de Imprensa costarriquenha também tipifica as condutas enquadradas como injúria e difamação nos termos do seu artigo 7º, fixando-lhe pena mais

³³ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

³⁴ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 217-218.

severa, com previsão expressa de potencial privação de liberdade, e aplicável exclusivamente a profissionais da mídia.

Los responsables de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto de uno a ciento veinte días. Esta pena la sufrirán conjuntamente los autores de la publicación y los editores responsables del periódico, folleto o libro en que hubiere aparecido. Si en el periódico, folleto o libro, no estuviere estampado el nombre de los editores responsables, se tendrán como tales para los efectos de este artículo, los directores de la imprenta, y si no los hubiere, la responsabilidad de éstos recaerá sobre el dueño de la imprenta. Pero si ésta estuviere arrendada o en poder de otra persona por un título cualquiera, el arrendatario o tenedor de ella asumirá la responsabilidad dicha del dueño, siempre que de esa tenencia se hubiere dado aviso al Gobernador de la provincia.

Si la publicación calumniosa o injuriosa no se hubiere hecho en periódico, folleto o libro, serán responsables de ella conjuntamente los autores y el director o dueño o arrendatario o tenedor de la imprenta, conforme a la regla establecida con respecto a éstos en el párrafo anterior.

45. Analisado o mencionado artigo 7º, pode-se dividi-lo em 3 subtipos: o primeiro refere-se a condutas praticadas especificamente por meio da imprensa, que são apenadas não por meio de multa, mas de prisão de um a cento e vinte dias. O segundo refere-se à responsabilização penal dos autores e editores responsáveis da publicação. O terceiro subtipo estabelece a responsabilidade dos diretores, donos e/ou arrendatários do veículo de imprensa, caso não conste o nome dos editores na publicação.

46. Nos itens subsequentes, tratarei inicialmente do primeiro subtipo ("a") e, em seguida, do segundo e terceiro ("b"), a fim de contrastá-los com as disposições da Convenção e a jurisprudência da Corte. Antes, necessária será uma breve digressão sobre o *status* atual do diploma costarricense.

47. A Lei de Imprensa foi editada há mais de um século, em 1904. Durante a audiência pública do presente caso, realizada em 14 de fevereiro de 2022, tive a oportunidade de questionar os representantes do Estado a respeito da vigência do seu art. 7º. Do que foi possível depreender da resposta, há uma discussão presente e atual quanto ao dispositivo estar em vigor ou não, como reconhecido no parágrafo 31 da sentença, fato que reputo de especial relevância para justificar minha adesão ao acórdão unânime proferido pela Corte.

48. Sobre esse tema, segundo a declaração pericial escrita por Francisco J. Dall'Anese, informa-se que, em 2009, a Sala III da Corte Suprema de Justicia da Costa Rica, por meio da Sentença nº 1798/2009, teria reconhecido a derrogação tácita do aludido artigo 7º, embora a norma continue, com alguma frequência, sendo aplicada pelos tribunais penais inferiores.³⁵

49. De qualquer sorte, não se pode negar que, em uma análise objetiva, a norma penal foi, ao que tudo indica, aplicada no caso, a demonstrar certa recalitrância para com o

³⁵ Expediente de prova, fl. 1479: "*Puede agregarse a los razonamientos ampliamente desarrollados por la Sala III, que el artículo 7 de la Ley de imprenta no tiene cabida en el ordenamiento jurídico costarricense por cuanto choca frontalmente con la Constitución Política Obsérvese que el cuestionado artículo 7 es anterior al año 1906, fecha esta última en que nace la moderna teoría del delito que introdujo el concepto de tipicidad y de tipo penal en la estructura del delito. Por eso es que el citado numeral 7 no describe acciones y se conforma con el nomen iuris. **Los tribunales penales insisten en aplicar el artículo 7 de la Ley de Imprenta — ya derogado— ignorando lo dicho por la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala III.** Podrían argumentar que la jurisprudencia en nuestro sistema romanista no tiene carácter vinculante (salvedad hecha de las resoluciones de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia), de modo que las interpretaciones de la sala de casación penal no tienen valor normativo de aplicación inmediata por otros tribunales de la República."*

entendimento da Corte superior sobre a não vigência da norma. Com efeito, para que o *Tribunal de Juicio de Segundo Circuito de San José, Goicochea* tenha afirmado, na sentença prolatada em 10 de janeiro de 2007, que a conduta dos querelados não poderia ser enquadrada como crime de injúria da perspectiva penal em razão da ausência de dolo na conduta destes, evidentemente a norma penal não só foi tida como vigente por aquele órgão jurisdicional, como foi aplicada pelo tribunal, em que pese tenha resultado na absolvição em razão da não-constituição de um dos elementos do tipo.

50. Fato é que a incerteza quanto à vigência e à não-aplicação do referido dispositivo *in casu*, embora reclame postura prudencial no tocante aos remédios a serem escolhidos pela Corte, não afasta a necessidade de reflexão sobre a potencial responsabilidade do Estado pelas violações de direitos humanos praticadas no contexto da aplicação jurisdicional da Lei de Imprensa. Ainda que não haja no dispositivo a declaração de inconveniência, técnicas remediais mais suaves como o apelo ao legislador por vezes permitem profícuo debate inaugurado por cortes de direitos humanos e também por cortes constitucionais domésticas, de modo que um exercício de argumentação deve ser sobriamente realizado quando se estiver à beira de situação de proclamação da invalidade de um ato praticado por um Estado-Parte.

51. Nos primeiros casos em que a Corte Interamericana teve a oportunidade de se pronunciar sobre a inconveniência de disposições legais que não foram aplicadas no caso concreto, determinou que tal análise não seria cabível.³⁶ Ao observar que a Corte, em sede de interpretação de sentença no caso *El Amparo vs. Venezuela*, mais uma vez optou por não se pronunciar sobre o tema – especificamente, sobre a inconveniência *per se* de um artigo do Código de Justiça Militar da Venezuela –, o brilhante Juiz Cançado Trindade³⁷ divergiu do que entendeu ser uma “autolimitação da Corte”. Em seu voto, o magistrado afirmou que a simples existência de norma inconveniente potencialmente aplicável às vítimas permitiria a análise da Corte e uma eventual responsabilização *objetiva* do Estado,³⁸ tendo para tanto defendido e pormenorizado a tese da responsabilidade objetiva dos Estados-Parte à Convenção:

Un Estado puede (...) tener su **responsabilidad internacional comprometida (...) por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones internacionales** convencionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas. (...) El *tempus commisi delicti* es, en mi entendimiento, el de la aprobación y promulgación de una ley que, per se, por su propia existencia, y su aplicabilidad, afecta los derechos humanos protegidos (...), **sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional.**
(...)

³⁶ Vide Casos *El Amparo vs. Venezuela*. Sentença de 14 de setembro de 1996; *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. Reparações e custas; e *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Sentença de 29 de janeiro de 1997.

³⁷ Durante a elaboração desse voto, recebi com profundo pesar a notícia do falecimento do Juiz e Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Reputo fundamental destacar sempre o peso do sua contribuição para conformação institucional desta Corte. A sua consciência sobre a missão da Corte foi precisamente delineada em conferência que proferiu na cidade Bogotá em 2006::

“*Mientras em otras latitudes se hablaba del uso de la fuerza, em la sede de la Corte Interamericana (...) nuestros países latino-americanos, fieles a nuestra mejor tradición jurídica, renovábamos de esse modo nuestra fe en el primado del Derecho. Trátase de una renovada profesión de fe en el Derecho como instrumental de realización de la justicia (...). Tenemos, como latinoamericanos, que enorgullecemos de nuestra tradición jusinternacionalista.*” (Discurso proferido pelo Professor Cançado Trindade por ocasião da cerimônia de recebimento do título de Professor *Honoris Causano* Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colômbia, em 26 de janeiro de 2006. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5ª Edición*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2018. p. 326.)

³⁸ Corte IDH. Caso *El Amparo v. Venezuela*. Resolução de 16 de abril de 1997 (Interpretação da sentença de reparações e custas). Voto do Juiz Cançado Trindade.

La tesis de la responsabilidad objetiva enfatiza correctamente el elemento de la diligencia debida por parte del Estado, del control que debe éste ejercer sobre todos sus órganos y agentes para evitar que, por acción u omisión, se violen los derechos humanos consagrados. Así siendo, es ésta la tesis que, a mi modo de ver, más **contribuye a asegurar la efectividad (effet utile) de un tratado de derechos humanos.** (...) ³⁹

52. Na sequência, com o julgamento do caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*,⁴⁰ o entendimento da Corte a este respeito passou por um processo que o Juiz denominou como um “grande salto qualitativo” e um “verdadeiro divisor de águas”⁴¹, em que a Corte declarou que uma disposição do Código Penal equatoriano violava *per se* o artigo 2º da Convenção, combinado com os artigos 7.5 e 1.1 do mesmo instrumento, independentemente de sua aplicação no caso concreto.⁴² Assim, em 1997, a Corte adotou a tese da responsabilidade internacional objetiva do Estado.

53. Ao comentar este desenvolvimento em voto separado no Caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, o professor refletiu sobre a feliz evolução da jurisprudência da Corte e considerou que a decisão afastou qualquer dúvida acerca da possibilidade de que a manutenção de normas contrárias à Convenção no ordenamento jurídico interno pode ensejar a responsabilização internacional do Estado, afirmando que “el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, **resulta irrelevante**”.⁴³

54. O entendimento de que a vigência interna de uma lei *per se* pode constituir uma violação de direitos humanos encontra respaldo também na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos desde 1981, quando do julgamento do Caso *Dudgeon v. Reino Unido*.⁴⁴ Na oportunidade, o petionário alegou que a existência de leis na Irlanda do Norte que explicitamente tipificavam, inclusive com previsão de penas de privação de liberdade, alguns atos sexuais entre homens – mesmo quando em ambiente privado, entre adultos e mediante o devido consentimento – violava seu direito ao respeito à vida privada, tendo em vista sua identificação como homossexual.⁴⁵

55. No referido caso, apesar de ter sido interrogado em sede policial acerca de sua orientação sexual, o Sr. Dudgeon nunca foi processado ou condenado pelos crimes em questão. Sua alegação era a de que a mera existência da lei em vigor causou e continuava a causar medo, sofrimento e angústia psicológica devido ao risco constante de sofrer um processo criminal em razão da sua orientação sexual. Aquela Corte entendeu que a mera vigência da lei constituía interferência injustificada no direito à vida privada, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ademais, para aquele Tribunal, o fato de o Sr. Dudgeon ter sido interrogado reforçou o medo de ser processado criminalmente, mas não foi essencial para a constatação da violação.⁴⁶

56. Em caso subsequente sobre as mesmas leis no Reino Unido, a Corte EDH reforçou seu entendimento e adicionou:

³⁹ Ibidem. §22-27 (grifos adotados).

⁴⁰ Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Sentença de 12 de novembro de 1997.

⁴¹ Corte IDH. Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Voto do Juiz Cançado Trindade §13.

⁴² Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Sentença de 12 de novembro de 1997, §98.

⁴³ Corte IDH. Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Voto do Juiz Cançado Trindade §14.

⁴⁴ Corte EDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido. Sentença de 22 de outubro de 1981.

⁴⁵ Ibidem. §13

⁴⁶ Com efeito, aquela Corte repetiu sua decisão em *Norris v. Irlanda*, em que a vítima não havia sido sujeita a qualquer medida policial. (Cf. CtEDH. Caso Norris v. Irlanda. Sentença de 26 de outubro de 1988. §38).

Uma lei que permanece em vigor, mesmo que não seja aplicada em uma determinada categoria de casos por um tempo considerável, pode ser aplicada novamente a tais casos a qualquer momento, se, por exemplo, houver uma mudança de política. Pode-se dizer, portanto, que o requerente "corre o risco de ser diretamente afetado" pela legislação em questão.⁴⁷

57. Assim, é evidente que a existência de uma lei pode, *per se*, violar instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.

58. No caso em tela, sobressai situação digna de ainda maior atenção. Nos parágrafos anteriores, tive a oportunidade de me debruçar sobre o chamado *chilling effect* decorrente do uso de sanções penais direcionadas à atividade jornalística. Vale dizer, quando se cuida do exercício da liberdade de expressão, a simples previsão de normas criminais potencialmente repressivas pode ganhar contornos de maior lesividade aos direitos humanos.

59. Feitas essas observações em torno da incerteza sobre a aplicabilidade ou não do art. 7º da Lei de Imprensa, questão essa que foi suscitada em alguns momentos da tramitação do caso, necessário se faz passar a uma análise mais detida dos subtipos que compõem o dispositivo e que motivaram o alerta feito por esta Corte.

a. Do descabimento de modalidade agravada dos tipos penais de injúria e difamação

60. Destinado a reprimir delitos contra a honra praticados por meio da imprensa, o primeiro subtipo previsto no art. 7º estabelece preceito punitivo mais específico e severo do que o tipo penal geral dos artigos 145 e 146 do Código Penal. Com isso, a Lei de Imprensa acaba por estipular modalidade agravada da responsabilidade penal imposta a jornalistas e outros operadores de meios de comunicação; imputa-lhes, de fato, pena mais severa do que aquela a que estão sujeitos quaisquer outros cidadãos que venham a ser enquadrados nos tipos penais de injúria ou difamação conforme preconiza o Código Penal.

61. Ao que parece, a intenção do legislador foi conferir tutela penal mais incisiva em virtude da maior extensão dos danos à honra de um indivíduo quando perpetrado pela mídia.

62. Todavia, na prática, a lei institui sanção mais restritiva, única e exclusivamente, em função do exercício de um direito humano fundamental e da qualidade profissional de quem o exerce.

63. A esse respeito, é necessário ter em mente que a proteção jurídica conferida aos jornalistas não apenas não pode ser menor, mas, ao contrário, deve ser elasticada em razão da importância coletiva (e instrumental) que seu ofício desempenha na sociedade democrática. Isso porque a atividade profissional de imprensa contrabalança, pela inserção do discurso crítico ao exercício potencialmente desviado das funções públicas, a supressão seletiva da circulação de informações tidas como embaraçosas por parte do Estado.

64. Vale ressaltar que limitações à liberdade de imprensa possuem um caráter peculiar até mesmo quando comparadas às limitações à liberdade de expressão em sua perspectiva individual: qualquer medida que se proponha a cercear a livre atuação dos meios de comunicação se reveste de um efeito institucional, bem como afeta órgãos e atores imprescindíveis para o funcionamento saudável do Estado Democrático de Direito – os jornais e jornalistas. A própria accountability eleitoral nas sociedades modernas e a

⁴⁷ Corte EDH. Caso Norris v. Irlanda. Sentença de 26 de outubro de 1988. § 33.

pretensão de que haja condições institucionais para a efetiva alternância no exercício do poder dependem de uma boa dose de informação do eleitorado. Sem isso, o eleitor pode ser chamado a decidir no escuro.

65. Este elemento institucional sensível nos remete à necessidade de garantir a plena eficácia daquilo que esta Corte denomina como dimensão social do direito previsto no artigo 13 da Convenção Americana: "*o direito de todos a conhecer opiniões, relatos e notícias vertidas por terceiros*"⁴⁸. Sem tal conhecimento, a verdade oficial pode ser cristalizada sem dificuldades, e a tendência é que a própria imprevisibilidade do processo eleitoral – marca central do regime democrático moderno – seja comprometida por uma espécie de postura chancelatória e até pelo culto cesarista das autoridades, por processos deliberativos pouco esclarecidos.

66. Voltando à análise dogmática, basta recorrer ao teste de restrição empregado por esta Corte em casos anteriores para assim concluir. No Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, mencionado acima, esta Corte concluiu que a responsabilização ulterior pelo exercício da liberdade de expressão está de acordo com a Convenção quando (i) se encontra expressamente prevista em lei, (ii) está destinada a proteger direitos ou a reputação de terceiros e (iii) é necessária ao funcionamento da sociedade democrática.⁴⁹

67. Pois bem, analisado o mecanismo de responsabilização do artigo 7º da Lei de Imprensa da Costa Rica, observo que se encontram satisfeitos os critérios de legalidade e de finalidade idônea, já que se propõe a salvaguardar o direito à honra. Porém, caberia questionar se o dispositivo legal questionado atende ao requisito de necessidade.

68. Em outras palavras, existe uma necessidade social imperiosa – termo empregado pela Corte – que justifique cominar uma pena mais grave aos crimes contra a honra quando praticados através da imprensa? A instrução do caso não revelou a existência dessa justificativa, a meu sentir. Considerada a existência de um tipo geral para reprimir estes delitos (artigos 145 e 146 do Código Penal), bem com um ilícito civil (artigo 1045 do Código Civil), a fixação de sanção penal atrelada ao exercício de um direito fundamental me pareceria, em tal contexto, fugir ao preceito de estrita necessidade assentado pela jurisprudência desta Corte. Assumiria, ainda, um caráter anti-isonômico inaceitável, pois o fato de o emissor da mensagem exercer profissionalmente a liberdade de imprensa e viabilizar, assim, no plano coletivo, a dimensão informacional da liberdade de expressão, seria, em verdade, razão para incremento dos seus níveis de proteção, e não para submetê-lo a controles mais estritos da tutela penal, braço forte e infamante do poder de punir do Estado-Parte.

69. De qualquer modo, nessa toada, julgo relevante assentar, em perspectiva comparada, que, no passado, o ordenamento jurídico brasileiro continha dispositivos similares aos aqui considerados⁵⁰. Ocorre que, desde 2009, a referida lei não mais vigora no país em razão do celebrado julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 pelo Supremo Tribunal Federal.⁵¹ Na oportunidade, o Supremo brasileiro entendeu que a regularização da atividade jornalística e as punições por abusos ali previstas impunham limitações inaceitáveis à liberdade de imprensa, posição jurídica fundamental voltada não só à promoção da visibilidade plena do exercício do poder, como

⁴⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva n. 05/1985, §32. Também neste sentido: Caso *Olmedo Bustos vs. Chile*, sentença de 5 de fevereiro de 2001, §66; Caso *Granier e outros vs. Venezuela*. Sentença de 22 de junho de 2015, §136.

⁴⁹ Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentença de 2 de julho de 2004, §120.

⁵⁰ A Lei de Imprensa brasileira preconizava que jornalistas e veículos de comunicação poderiam ser detidos ou multados caso publicassem algo que ofendesse a "moral e os bons costumes" – inclusive com previsão de majoração de pena caso as informações publicadas difamassem ou caluniassem alguma autoridade pública.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal brasileiro, ADPF 130, julgado em 30 de abril de 2009.

também à construção da opinião pública em um ambiente plural e alternativo à verdade oficial, tendo, portanto, concluído pela inconstitucionalidade da integralidade do diploma legal.⁵²

70. Entendo necessário um esclarecimento adicional neste ponto, em sintonia com o entendimento desta Corte no caso *Palacio Urrutia vs. Equador*. Ao analisar a responsabilidade criminal agravada de jornalistas à luz da Convenção Americana, não me refiro, única e exclusivamente, ao potencial caráter não aderente da letra expressa do art. 7º da Lei de Imprensa da Costa Rica: há que ter em mira, no tocante à fiscalização de fidelidade à Convenção, qualquer interpretação promovida pelos tribunais que resulte em efeitos de mesmo teor ou que adote o mesmo racional do referido dispositivo. Vide as considerações da Corte quando tratou das medidas de reparação naquela oportunidade:

179. Ahora bien, para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. (...)

71. Convém, ainda, referir, que uma eventual declaração de inconstitucionalidade ou inconveniência de determinada norma penal agravante não afastaria, por si só, a possibilidade de o Poder Judiciário decidir pela incidência de pena mais severa em razão de determinadas características do agente ou de sua conduta tipicamente considerada, observado, naturalmente, o princípio da legalidade.

72. No presente caso, exemplificativamente, ainda que o art. 7º da Lei de Imprensa costarriquenha fosse alterado, revogado, ou interpretado como não mais vigente pelas cortes domésticas, isso não equivaleria *per se* à eliminação da possibilidade de uma punição agravada concretamente motivada, caso se constate especial virulência do dolo e o impacto reputacional negativo derivado da circulação de informação evidentemente inverídica ou cuja inveracidade poderia ser checada e afastada por meio de procedimentos simples de consulta a fontes jornalísticas ordinárias (ou seja, diante das circunstâncias de *reckless disregard of the truth* ou de *actual malice*).

73. Assim, é necessário reforçar que os tribunais nacionais também estão imbuídos do dever de ajustar sua faculdade interpretativa para deixar de adotar qualquer decisão que institua pena mais severa aos crimes contra a honra em razão do só fato de serem praticados por meio do exercício da liberdade de imprensa, independentemente de existir ou não na legislação daquele Estado dispositivo expressamente prevendo tal agravamento.

74. De tal sorte, apontar na redação do art.7º os aspectos potencialmente ofensivos aos direitos humanos consistem em apenas uma das etapas a meu ver necessárias para se lidar com a questão das medidas penais que ensejam a limitação do exercício da liberdade de expressão. Somada a ela tem-se, obrigatoriamente, a modulação de possíveis

⁵² O julgamento foi celebrado pela imprensa e pela sociedade brasileira como símbolo das garantias da liberdade de expressão e de informação incutidas na Carta Magna, promulgada em 1988 - cerca de vinte anos antes do julgamento. Merece especial destaque o fato de o Supremo Tribunal brasileiro terem se posicionado pela não-recepção dos crimes fixados pela Lei de Imprensa precisamente por o Código Penal brasileiro já tipificar os mesmos delitos, sem condicionar sua prática exclusivamente a membros da imprensa, e fixando-lhes penas menos severas.

interpretações a serem fixadas pelos tribunais nacionais⁵³.

b. Do descabimento de responsabilidade objetiva pelos tipos penais de injúria e difamação

75. À luz dos segundo e terceiro subtipos do artigo 7º da Lei de Imprensa, tem-se que a responsabilidade criminal recai não apenas sobre os autores do conteúdo eventualmente considerado injurioso ou difamador, como também sobre os editores do veículo de comunicação em que esta foi publicada; pode, inclusive, ser estendida aos diretores do meio de comunicação e, em última instância, aos seus proprietários. Assim, o dispositivo utiliza-se de critério de imputação alheios aos parâmetros consagrados do direito penal, de modo a estabelecer a responsabilidade criminal objetiva de pessoas diversas, independentemente de qualquer contribuição causal específica para a conduta supostamente delitiva.

76. Dessa perspectiva, é de se indagar sobre a violação ao princípio basilar do direito penal *nullum crimen sine culpa*, haja vista a previsão de responsabilização de agentes não por conduta culpável que lhes pudesse ser efetivamente atribuída, mas meramente pelo cargo que ocupam no meio de comunicação em questão.

77. Nesse mesmo sentido, o segmento final do artigo busca, resumidamente, responsabilizar diretores do veículo de comunicação pelo fato delitivo na ausência do nome dos editores responsáveis na publicação. Ou seja, funda-se também em uma responsabilização descolada do princípio da culpabilidade. Não há lugar para a presunção de dolo por ficção legal ou para a responsabilização penal meramente objetiva no Sistema Interamericano.

78. Ressalto que, em outras ocasiões, ainda que não diretamente relacionadas aos crimes contra a honra, a Corte Interamericana já repudiou de forma incisiva a responsabilização penal objetiva de indivíduos:

298. Esta Corte no propugna ninguna forma de responsabilidad penal objetiva contraria a los principios generales de responsabilidad penal contemporáneos y, por ende, en consonancia con esos principios universalmente reconocidos, reafirma que sólo incurre en delito quien opera con dolo o con imprudencia o negligencia.⁵⁴

79. Mais do que isso, ainda em relação à análise dogmática do tipo, percebo uma construção que se distanciaria, à primeira vista, do princípio da estrita legalidade penal. Conforme previsto no artigo 9 da CADH, a conduta típica deve ser descrita de maneira expressa, precisa, taxativa e prévia, para garantir a segurança jurídica ao cidadão.

80. Ora, o artigo 7º da Lei de Imprensa não estabelece parâmetros claros para definir o ato tipificado, bem como os elementos do tipo penal. Como consequência de sua natureza vaga, indeterminada e imprecisa, não é possível antever, de forma segura, em quais casos seria lícito ou criminoso denunciar e informar, publicamente, fatos de interesse público, como fez a publicação do periódico La Nación ora sob análise. Desse modo, nos termos do que foi sustentado pela CIDH, "la inderterminación de la norma abre caminho al uso del

⁵³ É bem verdade que a legislação costarriquenha não prevê expressamente o agravamento da pena relativa à prática de crimes contra honra quando praticados em desfavor de funcionário público. De qualquer maneira, importante restar consignado que interpretações jurisprudenciais que valorem, negativamente, em sentido punitivo, o fato de a vítima de eventual crime contra honra ser funcionário público e assim ensejem a majoração da pena a ser fixada naquele caso igualmente estariam em confronto com os princípios e precedentes fixados no âmbito do Sistema Interamericano.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México. Sentença de 28 de novembro de 2018, §298.

derecho penal para generar un ambiente intimidatório que inhibe el discurso y el debate sobre episodios de interés publico".⁵⁵

81. Na perspectiva do direito à liberdade de expressão e de imprensa, nota-se que estes subtipos do artigo 7º da Lei de Imprensa se propõem a abranger, criminalmente, toda a organização funcional de um órgão de imprensa, desde o jornalista que editou a matéria até o dono do jornal.

82. Ao fazê-lo, a legislação costarriquenha apresenta redação de difícil compatibilização com a já mencionada dimensão social da liberdade de expressão. Mais do que isso, esta Corte já reconheceu, em diversas oportunidades, o papel fundamental que os veículos midiáticos desempenham nas sociedades democráticas, como no Caso Ivcher Bronstein v. Peru:

149. La Corte considera que ambas dimensiones [individual e social] poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.

83. Em suma, instituir tipos penais despidos do princípio da culpabilidade para atingir a própria organização interna de um jornal constitui disposição que parece divergir dos *standards* fixados pela Corte. Normas dessa natureza podem revelar, ainda, um velado e evitável *animus* negativo contra o próprio exercício da liberdade de imprensa, objetivamente considerada. A legislação penal, em tal contexto, não pode servir de mecanismo dissuasório dirigido aos meios de comunicação em razão daquilo que constitui o exercício legítimo de suas funções: a divulgação de informações de interesse público.

c. Da conclusão parcial

84. No caso concreto, faço essas considerações, como esclarecido já no corpo do voto, em *obiter dicta*. Alinho-me, cuidadosamente, aos demais membros da Corte para, em voz uníssona, assentar a responsabilidade internacional do Estado costarriquenho diante da indevida condenação civil dos senhores F.P.C. e R.M.C em razão de matéria jornalística por eles veiculada no exercício regular e legítimo do direito à liberdade de imprensa.

85. Diante, porém, de um critério de prudência judicial, não julguei concretamente necessário proclamar, por ora, a inconveniência do art. 7º da Lei de Imprensa da Costa Rica, em razão da circunstância peculiar - que reputo relevante - de existir razoável dissenso interpretativo, no âmbito jurisdicional do próprio Estado-Parte, sobre a efetiva vigência da citada norma penal.

86. De se notar, ainda, que, em defesa da suficiência dos remédios articulados pela Corte unânime, no âmbito penal, a situação teve suas consequências acidentalmente minoradas pela elevação, no âmbito da jurisdição doméstica, de *standards* probatórios para o reconhecimento do dolo. Daí que, concretamente, o repúdio à pretensão punitiva do Estado-acusação pelo Poder Judiciário acabou, também, por acarretar sensível minoração do efeito amedrontador do processo penal em questão, já que a formação de precedentes de instâncias de cúpula no sentido de rejeitar a condenação dos jornalistas contribui, em alguma medida, para a sensação de segurança no exercício das liberdades discursivas.

87. Reafirmo, no entanto, neste voto, minha convicta e estrita adesão à jurisprudência

⁵⁵ CIDH. Caso Moya Chacón vs. Costa Rica. Informe de Mérito n. 148/19, parágrafo 77.

da Corte no sentido de que os atos legislativos ou judiciais domésticos, naquilo que afetam ou restringem a liberdade de expressão e imprensa, merecem deferência apenas até o delicado ponto em que passem, lenientemente, a permitir a disseminação de um generalizado cenário intimidador à circulação livre de informações de interesse público, totalmente refratário aos fins e ao espírito da tutela das liberdades discursivas proclamadas ostensivamente pela Convenção. No limite, com exceção de uns poucos tipos de conteúdo particularmente ofensivos aos direitos fundamentais o que o tratado busca, para as liberdades discursivas em geral, é uma espécie de versão interamericana de um *free marketplace of ideas*, em que a verdade é produzida pelo debate livre de opiniões, e não por razões de Estado, na feliz e imortalizada expressão atribuída ao jurista Oliver Wendell Holmes Jr.

IV. Das considerações finais

88. A sentença proposta por esta Corte no presente caso prestou-se a abordar, em profundidade, a responsabilidade internacional do Estado decorrente da persecução judicial civil das vítimas por atividades desempenhadas no exercício regular da profissão jornalística, razão pela qual acompanhei, integralmente, o prudente juízo em sua fundamentação e no dispositivo.

89. Em relação às questões de direito penal ventiladas, incidentalmente, no caso, acredito que a sentença proferida, nos seus ricos *obiter dicta*, aos quais acresço as presentes considerações, se soma a uma rica evolução histórica dos precedentes desta Corte no sentido de estreitar cada vez mais as possibilidades de os Estados se utilizarem do direito penal para reprimir crimes contra a honra, especialmente quando se está diante da difusão de assuntos de interesse público.

90. Deixo para outro momento, naturalmente, por ser matéria alheia ao caso em liça, a delicada questão de saber se há um papel residual legítimo para a tutela penal contra o excesso de liberdade de expressão.

91. Por ora, basta-me registrar que, mesmo para as situações excepcionais, o escrutínio de proporcionalidade para a utilização de tutela penal deve, nessa delicada senda das liberdades comunicativas, ser o mais severo possível. Somente se patentemente insuficiente a tutela reparatória civil para amparar o bem jurídico honra é que se poderá, em tese, cogitar de uma resposta estatal mais severa, sendo, naturalmente, do Estado-Parte o pesado ônus argumentativo no sentido da demonstração da superlativa necessidade da medida suspeita de inconveniência à luz de interesses coletivos imperiosos e inadiáveis.

92. Malgrado o presente caso constitua um acréscimo significativo à jurisprudência da Corte, entendo que algumas das questões de fundo em matéria criminal tratadas no caso *sub judice* inspiraram-me especial cautela antes de opinar por uma postura mais incisiva de declaração de inconveniência do art. 7º da Lei de Imprensa da Costa Rica.

93. A despeito disso, creio que os enriquecedores *dicta* constantes da decisão cobrarão coerência em data próxima, e a Corte terá, inevitavelmente, um encontro marcado com a revisão do papel da responsabilização penal como meio ordinário de tutela de manifestações no exercício das liberdades discursivas, em especial da liberdade de imprensa, expressão e de opinião. Em tal ocasião, deverá haver, oportunamente, a fixação de standards claros orientadores da conduta dos Estados-partes, para definir os delicados limites dessa responsabilização criminal nas raras hipóteses em que uma colisão de direitos concretamente motivada puder justificar uma resposta estatal mais enérgica. Para efeito do presente caso, porém, o comando da sentença e os votos concorrentes fornecerão não só solução adequada, como abrirão valiosa via de diálogo institucional com o Estado-Parte para o aprimoramento de suas práticas de reverência à Convenção, a qual aderiu, soberanamente, em compromisso internacional ostensivo com a preservação dos

direitos humanos.

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Rodrigo Mudrovitsch
Juiz