INTRODUÇÃO

Desde a Constituição do Império de 1824[1] que a liberdade de expressão encontra assento constitucional, sendo prevista como direito fundamental em todas as Constituições que até hoje entraram em vigor no Brasil.

A nossa Constituição Federal de 1988 explicitou a liberdade de informação no art. 5º, incisos IV (liberdade de pensamento); IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação) e no art. 220, parágrafo 1º (liberdade de informação propriamente dita).

Também se encontra tal liberdade prevista em diversos documentos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no seu art. 19, proclamou em favor de todos o direito à liberdade de opinião e expressão sem constrangimento e o direito correspondente de investigar e receber informações e opiniões e de divulgá-las sem limitação de fronteiras.[2]

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu, no art. 10, parágrafo 1º, que

> [...] toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou ideias, sem que possa haver a ingerência da autoridade pública e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede os Estados de submeterem as empresas de radiodifusão, cinema ou televisão a um regime de autorização.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, proclama que "[…]toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras".

Essa liberdade encontra assento na ordem constitucional de diversos países e em variadas convenções internacionais por importantes motivos. Primeiramente, ela possibilita a autorrealização individual, preservando a dignidade do homem. Além disso, esse direito fundamental permite que um Estado que se pretende realizar como um estado democrático alcance seu desiderato, sendo a liberdade de expressão, neste caso, um meio para a realização de um fim importante para toda a sociedade – a realização do ideal democrático.

---

[1] Outorgada pelo imperador D. Pedro I como Constituição Política do Império do Brasil, nos termos do projeto de Martim Francisco de Andrade e Silva.

[2] "Everyone has the right to freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers."

Pode-se justificar a liberdade de expressão ainda com base no fato de esse direito fundamental fomentar a estabilidade governamental e a paz social. A existência de um sistema jurídico que garante um livre e efetivo fluxo de informações, pensamentos e ideias possibilita à sociedade viver em um ambiente no qual predomina a transparência, premissa necessária para garantir a confiança do povo em seus governantes (elemento essencial da democracia).

Diz-se ainda de forma acertada que a liberdade de expressão contribui para o surgimento da verdade. Em um ambiente plural, onde vigora uma multiplicidade de ideais, pensamentos, valores, no qual a verdade tende a ficar cada vez mais relativizada, dependendo sua análise do ponto de vista de cada um dos integrantes da sociedade, a liberdade de expressão promove o surgimento do maior número possível de vertentes de pensamento, fomentando, portanto, o diálogo e o aparecimento da verdade.

Diante dessa multiplicidade de justificativas, todas elas importantes e imprescindíveis para que possamos viver num mundo melhor, é que a liberdade de expressão encontra assento constitucional na maioria das constituições contemporâneas na parte mais nobre desses documentos, sendo prevista, portanto, como um direito fundamental.

Embora prevista como um direito fundamental, por outro lado, a liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito inserido nesta categoria, não pode ser considerada como um direito absoluto, ilimitado.

Pelo contrário, a liberdade de expressão também é limitada. É que para uma aplicação efetiva e harmônica de todos os direitos fundamentais, cada um desses direitos se encontra limitado pelos demais. Se a nossa Constituição, por um lado, garante a liberdade de expressão, por outro, ao garantir também diversos outros direitos fundamentais, acaba impondo, através desses outros direitos fundamentais, limites externos ao direito fundamental primeiramente garantido.

Assim, se cada um dos direitos fundamentais garantidos deve ser exercido na maior extensão possível, o exercício de um direito fundamental não deve ofender um outro direito fundamental igualmente assegurado, lançando-se o princípio da ponderação de interesses como metodologia científica capaz de harmonizar, no caso concreto, a melhor e mais eficaz aplicação simultânea dos direitos fundamentais de forma harmônica.

No que toca aos limites externos que se aplicam diretamente à liberdade de expressão, em grande parte esses limites são extraídos a partir dos direitos fundamentais da personalidade. A liberdade de expressão, em muitas situações, não poderá ser exercida plenamente em razão de seu exercício pleno ofender um dos direitos da personalidade,

podendo essa ofensa ser vislumbrada em dois momentos completamente distintos: antes do exercício da liberdade de expressão e após o exercício desse direito fundamental.

O presente trabalho irá tratar apenas de situações capazes de retratar os conflitos potencialmente existentes após o exercício da liberdade de expressão, não abarcando o estudo de situações capazes de abranger um conflito prévio entre a liberdade de expressão e outro direito fundamental, tema também de enorme dificuldade.

A matéria exige, portanto, para uma boa solução desses conflitos, a elaboração de critérios objetivos capazes de orientar o aplicador do direito em casos concretos (os denominados *standards).*

Diante de um caso concreto capaz de materializar um conflito posterior entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, é difícil para o aplicador do direito se despir de suas ideologias, valores pré-concebidos, para realizar uma ponderação cientificamente eficaz de forma que venha a observar atentamente e na maior extensão possível cada um dos direitos envolvidos no conflito.

A tendência do aplicador do direito é analisar o problema capaz de retratar a situação de conflito de forma apenas superficial, até mesmo por questões pragmáticas (grande número de processos, pouco tempo disponível para uma leitura mais profunda a respeito do tema), podendo a solução encontrada pelo intérprete violar um dos direitos fundamentais em conflito ou aplicá-lo de uma forma incapaz de materializar a melhor observância desse direito em conflito.

Esses tipos de decisão, levando-se em consideração os dois direitos fundamentais que serão tratados nesta tese (liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade) poderão produzir efeitos desastrosos para o sistema jurídico, causando enorme prejuízo à sociedade e ao particular envolvido concretamente no conflito. Por exemplo, decisões reiteradas que não observam atentamente a liberdade de expressão podem causar um efeito sistêmico de silenciar os meios de comunicação, causando um evidente prejuízo ao projeto democrático traçado pelo constituinte originário.

O objetivo desse trabalho, portanto, será o de descobrir alguns *standards* a serem extraídos da própria Constituição de 1988 e lançá-los com a finalidade de possibilitar uma solução mais objetiva para esses tipos de conflitos, possibilitando-se, assim, uma efetiva observância plena de todos os princípios fundamentais em conflito, independentemente do entendimento da pessoa investida com poderes para julgar o conflito surgido concretamente na prática jurídica.

Para alcançar o objetivo traçado, um grande itinerário será percorrido, sendo dividido o presente trabalho em sete capítulos.

No Capítulo 1, objetivará este estudo trazer a lume algumas lições a respeito do direito fundamental à liberdade de expressão, apresentando-se uma noção dualista desse direito fundamental, visão esta capaz de diferenciar a liberdade de expressão da liberdade de informação, concepção predominantemente aceita pela maioria das cortes constitucionais mundiais.

Serão analisados ainda no primeiro capítulo os motivos que levam a liberdade de expressão a ser considerada como um direito fundamental, bem como os princípios constitucionais estritamente ligados a esse direito (princípios da dignidade da pesoa humana, da igualdade e da democracia), objetivando-se assim conhecer um pouco mais a fundo o direito fundamental à liberdade de expressão, medida necessária para a realização de uma devida ponderação envolvendo esse princípio.

No Capítulo 2, objetivará este trabalho demonstrar a liberdade de expressão como um direito fundamental e, portanto, como um direito fundamental limitado por fatores externos a ele (outros direitos fundamentais), lançando-se notas sobre as teorias existentes a respeito do tema limites dos direitos fundamentais (teorias interna e externa).

Será visto que, se para a teoria interna a Constituição já determina, previamente e de maneira definitiva, o conteúdo de todos os direitos fundamentais, fixando ainda todos os seus limites, cabendo ao intérprete apenas verificar, no caso concreto, qual o direito aplicável ao caso. Para a teoria externa, o conteúdo do direito fundamental inicialmente determinado de forma ampla pode ser restringido por fatores externos a ele, gozando o princípio da ponderação o status de critério capaz de definir o conteúdo definitivo dos direitos fundamentais, capaz de desvelar o conteúdo desse direito fundamental de forma definitiva diante das circunstâncias concretas.

Como limites externos à liberdade de expressão, serão destacadas apenas a verdade, a honra e a privacidade (apesar de existirem outras limitações). Será analisado que a verdade imposta como limite à liberdade de expressão em sentido lato é a verdade subjetiva e não a verdade objetiva, sendo entendida a informação verdadeira como a resultante de um trabalho diligente do informador. Buscar-se-á analisar se a liberdade de expressão deve ser vista sob perspectivas diversas, dependendo se o tema por ela tratado está ou não relacionado a uma matéria de interesse público, rechaçando-se uma concepção meramente quantitativa de interesse público. Será analisada a honra como limite externo à liberdade de expressão a partir das estruturas jurídicas existentes nos Estados Unidos e na Espanha, sendo ela considerada,

nesses países, como uma decorrência da dignidade da pessoa humana e, portanto, um elemento de difícil conceituação.

No que toca à vida privada e à intimidade como limitações externas à liberdade de expressão, serão analisadas as diferenças existentes entre os dois termos (intimidade e vida privada), a origem desses direitos e as dificuldades existentes em torno da forma de solucionar conflitos envolvendo a liberdade de expressão e esses direitos da personalidade, delineando-se várias diretrizes possíveis de serem vislumbradas a partir de importantes julgados a respeito do tema.

No Capítulo 3, tentaremos mostrar as formas de solucionar os potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade especialmente nos Estados Unidos, país que adota a premissa da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* especialmente nas hipóteses em que este direito fundamental estiver relacionado a temas de interesse público.

Será demonstrado que essa corrente de pensamento que predomina nos EUA não se confunde com uma outra corrente de pensamento, esta última no sentido de admitir os direitos fundamentais como mera projeção de valores, vislumbrando, a partir daí, a existência de uma escala hierárquica entre os diversos direitos fundamentais, considerando-se, assim, a liberdade de expressão não como direito fundamental preferencial *prima facie*, mas sim capaz de considerá-la como direito fundamental preferencial em abstrato.

Neste capítulo, será feita ainda uma abordagem histórica a respeito da doutrina da *preferred position* norte-americana, destacando-se que essa doutrina somente pôde ser entendida a partir do princípio do devido processo legal substantivo (*substantive due processo of law*) que exigia diferentes escrutínios ao analisar a razoabilidade de um ato normativo com capacidade de restringir um direito fundamental.

Mostraremos as diferentes tratativas realizadas em torno do assunto no decorrer da história norte-americana com destaque para o entendimento expressado pela Suprema Corte dos Estados Unidos na *Era Lochner* (época em que a propriedade privada e a liberdade contratual eram consideradas como direitos fundamentais preferenciais) e após o *New Deal* (momento em que as liberdades da Primeira Emenda passaram a ser consideradas como um direito fundamental preferencial, com a aceitação das doutrinas do *clear and present danger* e da *selective incorporation*), trazendo a lume diversos julgamentos realizados pela Suprema Corte dos EUA no decurso desses tempos.

Será analisado também o voto proferido pelo *Justice* Harlan Fiske Stones, da Suprema Corte dos EUA, no julgamento do caso *United States v. Carolene Products Co*, com amplo

destaque conferido a nota de rodapé número 4 deste voto, considerada esta a nota de rodapé mais importante do mundo em razão de conferir, pela primeira vez de forma expressa, à liberdade de expressão o status de direito fundamental preferencial.

Tentaremos também mostrar neste terceiro capítulo como a essência da teoria da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial se projetou em outras Cortes Constitucionais, destacando-se aqui o entendimento acolhido pela Corte Constitucional da Alemanha, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, pela *House of Lords* inglesa, pelo Tribunal Constitucional da Espanha, e pela Corte Constitucional da Itália.

No Capítulo 4, objetivará esta tese analisar de que forma a teoria da preferência *prima facie* da liberdade de expressão tem se consubstanciado nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos, Inglaterra e Austrália.

No âmbito dos Estados Unidos, será dado um amplo destaque para as doutrinas da *actual malice* e *neutral reportage*, buscando identificar algumas premissas metodológicas dessas teorias, os julgados que as incorporaram em seus estados, vantagens e críticas feitas a essas propostas teóricas, ressaltando-se ainda os diversos países que adotam essas duas teorias.

Será visto que a doutrina da *actual malice*, incorporada ao Direito Norte-americano a partir do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, impôs um tratamento heterogêneo à liberdade de expressão, conferindo a este direito fundamental uma proteção mais robusta apenas quando ela se relacionar a um tema de interesse público.

Para a teoria da reportagem neutra, será visto que os meios de informação não deverão ser responsabilizados se se limitarem a relatar, de forma neutra e imparcial, um assunto de interesse público narrado ao jornalista por uma importante fonte de informação, diante do fato de a sociedade ter o direito de saber a respeito de assuntos desse tipo.

No que toca à Inglaterra, objetivará esta tese analisar o qualificado privilégio de defesa *Reynolds*, tese de defesa originada a partir do julgamento, realizado pela *House of Lords*, do caso *Reynolds v. Times Newspapers Limited*, caso esse que consagrou um importante *standard* capaz de identificar sinais do exercício de um jornalismo responsável quando o meio de comunicação veicula matérias de interesse público.

Na Austrália, será dado destaque ao qualificado privilégio de defesa *Lange*, meio de defesa originado a partir do julgamento de *Lange v. Australian Broadcasting* pela *High Court of Australia* e que conseguiu também fixar importantes padrões para identificar o exercício

responsável do jornalismo, sempre partindo da premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão para os assuntos de interesse público.

Depois de analisada a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada a temas de interesse público e à forma de materializar esse entendimento de acordo com algumas teorias estudadas no capítulo quatro (*actual malice, neutral reportage*, Defesa *Reynolds* e Defesa *Lange*), o Capítulo 5 analisará como a liberdade de expressão vem sendo tratada no Direito Brasileiro.

Buscaremos analisar aqui tanto o pensamento doutrinário predominante quanto algumas importantes decisões em torno do tema liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade, com a finalidade de demonstrar como, no Brasil, a liberdade de expressão tem sido manejada de forma confusa e incoerente, sendo tratada, na prática, como um direito fundamental de menor importância pelos tribunais pátrios, fato capaz de gerar enorme prejuízo à sociedade e um afastamento do ideal democrático lançado pelo Constituinte de 88.

No Capítulo 6, objetivará este trabalho analisar os fundamentos que justificam a liberdade de expressão em sentido amplo como direito fundamental, sendo pesquisado, entre esses múltiplos fundamentos, se a justificativa democrática, que comumente autoriza a liberdade de expressão a ser considerada como algo a mais que um simples direito fundamental no Direito Comparado, autoriza a tratá-la, também no Brasil, como um direito fundamental preferencial *prima facie*.

Diante da previsão constitucional brasileira de um estado democrático de direito, algumas premissas podem claramente ser extraídas da Constituição Brasileira: o direito de o povo saber dos assuntos de interesse público e dever de a imprensa informar a respeito desses temais. Essas premissas autorizam também a fixar a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*, quando relacionada a temas de interesse público, tal como ocorre nos Direitos norte-americano, inglês e australiano.

Será visto que, numa democracia, a liberdade de expressão deve ser analisada não apenas sob o ponto de vista de quem emite a mensagem, mas também sob o enfoque de quem tem o direito de receber a informação, sendo esse direito fundamental importante para a proteção dos processos coletivos de decisão.

O direito de o povo saber dos assuntos de interesse público será identificado também a partir de alguns importantes julgados realizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Será demonstrado que o direito de o povo saber dos assuntos de interesse público, quando observado, revela-se como um importante instrumento capaz de fomentar a confiança

do povo em seus governantes, confiança essa cuja existência é imprescindível para a realização efetiva de um estado como democrático.

Procuraremos analisar ainda no capítulo o direito de informar a partir de suas múltiplas funções (social, educacional, a de cão de guarda público, política), a ponto de se poder considerar os meios de comunicação como representantes do povo e, portanto, exercentes de uma função que se pauta pelo interesse público, extraindo-se daí o dever (e não apenas o direito) de informar a respeito dos assuntos de interesse público.

Diante dessas duas premissas – direito de o povo saber dos assuntos de interesse público e de os meios de comunicação social terem o dever de informar – a liberdade de expressão deverá ser analisada como direito fundamental preferencial *prima facie*. A princípio, em um estado democrático de direito, a liberdade de expressão, quando relacionada a temas de interesse público, deve autorizar a balança da ponderação de princípios a conferir maior peso a esse direito fundamental, tornando-se necessário analisar, no capítulo final, como essa preferência *prima facie* da liberdade de expressão irá se materializar no Direito Brasileiro.

No capítulo final desta obra, o Capítulo 7, partindo-se da premissa da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*, será analisada a aplicação das teorias da *actual malice* e reportagem neutra (dos Estados Unidos), do qualificado privilégio de defesa *Reynolds* (da Inglaterra) e do qualificado privilégio de defesa *Lange* (da Austrália) no cenário brasileiro como formas de fixação de bons *standards* para a solução de conflitos envolvendo a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, bem como a adequação desses critérios diante do sistema de responsabilidade civil em vigor no Brasil após a revogação da Lei de Imprensa.

Será demonstrado que a responsabilidade do jornalista, no Brasil, após a Revogação da Lei de Imprensa pela decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 130, é fixada hoje com base nos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil, tratando-se, portanto, de responsabilidade extracontratual (quanto à origem) e subjetiva (quanto aos efeitos).

Assim, o jornalista, para ser responsável pela veiculação de uma matéria, deve agir com culpa, predominando hoje, entre os civilistas, o entendimento no sentido de que a culpa deve ser analisada a partir de uma noção objetiva ou normativa, não mais a partir de uma concepção psicológica ou subjetiva.

Será demonstrado que a teoria da *acutal malice* encontra-se perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo capaz, assim, de materializar, no Brasil, uma

das formas da preferência *prima facie* da liberdade de expressão quando relacionada a assuntos de interesse público.

Se a responsabilidade civil do jornalista é extracontratual e subjetiva, a responsabilidade do proprietário do meio de comunicação é objetiva, decorrente da responsabilidade subjetiva do empregado ou preposto, diante do disposto no art. 933 do CC (teoria da substituição).

Diante do princípio constitucional da reparação integral do dano causado à vítima, nosso estudo procurará analisar se há importância, ainda hoje, em diferenciar a culpa em graus (grave, leve e levíssima), chegando-se à conclusão de que esta classificação ainda continua sendo importante em razão não mais de poder identificar o valor da indenização (o que seria inconstitucional), mas sim para diferenciar a maneira de se efetivar essa compensação ou reparação do dano causado a partir de uma atuação ilícita do meio de comunicação.

O trabalho a ser realizado buscará apresentar a forma pela qual a teoria da *actual malice* poderá se compatibilizar com o princípio constitucional da reparação integral do dano causado à vítima, ponderando, de forma eficaz, os dois princípios em conflito.

Será estudado que a inversão do ônus da prova, conforme proposta feita pela teoria da *acutal malice*, no sentido de exigir que, em assuntos de interesse público, o ofendido pela matéria veiculada pela mídia prove a culpa do jornalista, encontra-se perfeitamente ajustada com a premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão em casos desse tipo, justificando-se, pois, diante da importância do debate quando o mesmo se encontra relacionado a um tema de interesse público. A prova da culpa, por outro lado, não se configura mais como uma prova diabólica, diante da concepção atual da culpa como um elemento normativo ou objetivo.

Será visto que, se a pessoa ofendida negativamente pela reportagem falsa conseguir provar o dolo ou a culpa grave do jornalista, a reparação do dano deverá ser efetivada de forma plena, podendo se realizar através de um pagamento pecuniário. De outra forma, se ficar provada apenas a culpa leve ou levíssima do jornalista, o dano deverá ser reparado também de modo integral, todavia de outra forma que não a pecuniária: o dano deverá ser reparado através do direito de resposta ou da imposição da retificação da notícia errônea que fora veiculada, mas não de forma pecuniária. Por sua vez, o espaço a ser conferido pela mídia, em observância ao direito de resposta ou de retificação da publicação, deve variar de acordo com a extensão ou gravidade do dano causado à vítima.

De outro modo, será visto que a prova em relação à conduta dolosa ou culposa dos meios de comunicação, ônus conferido à pessoa atingida pela reportagem de interesse público, poderá ser analisada a partir de critérios objetivos, como vem sendo reconhecido na jurisprudência americana e pela doutrina brasileira, com excelente síntese feita a respeito pelos padrões de defesa *Reynolds* (Inglaterra) e *Lange* (Austrália).

Será trazida a lume ainda algumas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros que adotaram expressa ou implicitamente a teoria da *actual malice*, ora de forma parcial, ora de maneira integral, destacando-se a posição do Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de acolher tal doutrina integralmente.

Após analisada a doutrina da *actual malice* e a possibilidade de aplicá-la no ordenamento jurídico brasileiro, nosso estudo tentará elaborar alguns *standards* que poderão ser aplicados com a finalidade de solucionar casos concretos que evidenciem conflitos entre os direitos fundamentais analisados (liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade).

Será revelado, ainda, como a teoria da reportagem neutra, do direito norte-americano, também encontra assento constitucional no Brasil, sendo destacadas inclusive algumas importantes decisões que já a acolheram no cenário jurisprudencial brasileiro.

Após analisada a possibilidade de aplicação da teoria da reportagem neutra no Direito Brasileiro, serão apresentados alguns *standars* extraídos dessa teoria que devem ser aplicados para ajudar o intérprete a solucionar casos concretos que envolvem o conflito entre os direitos fundamentais em estudo.

Se a teoria da *actual malice* e reportagem neutra são importantes para analisar como a liberdade de expressão deverá materializar uma preferência *prima facie* em território brasileiro, fixando diferentes formas de indenização dependendo do elemento normativo identificado, observando-se o princípio constitucional da reparação integral do dano, será estudado no final desse trabalho como as teses *Reynolds* e *Lange* serão importantes na identificação de *standards* capazes de demonstrar em que hipóteses haverá culpa (grave, leve ou levíssima) ou dolo do jornalista nos casos em que ele realizar uma informação inverídica.

Dessa forma, se as teorias da *actual malice* e reportagem neutra são importantes para fixar a responsabilidade do jornalista e a forma de reparação do dano causado, as teses *Reynolds* e *Lange* são igualmente importantes para identificar a culpa *lato sensu* do jornalista, fixando-a através de bons critérios objetivos que devem ser aplicados no Brasil.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONCEITO, FINALIDADES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

1.1 **O conceito de liberdade de expressão**

Os Estados Unidos e a França são os países precursores em constitucionalizar a liberdade de expressão. Apesar de a Constituição Americana não fazer a previsão da liberdade de expressão em seu texto original, que data de 1787, fez essa presciência através da Primeira Emenda, de 1791[3], embora antes dela a Constituição da Virgínia já a projetasse.

Na França, a liberdade de expressão foi acolhida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo constitucionalizada também em 1791. Mas somente em 1793 é que a Constituição Francesa, chamada de Constituição Jacobina e promulgada após a ruína da monarquia, prescreveu a liberdade de expressão como uma liberdade indefinida, já que a Constituição de 1791 tinha acentuado em seu texto a tendência da censura prévia.

Daí por diante é que a liberdade de expressão foi normatizada pela maioria das constituições do mundo, tornando-se salutar investigar, diante especialmente da importância desse direito fundamental para o mundo contemporâneo, o que se entende por liberdade de expressão.

Na Europa, predomina[4] o entendimento no sentido de que o direito fundamental à liberdade de expressão compreende tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto a liberdade de informação, de forma que esta última não seria mais do que uma espécie daquela.[5]

---

[3] Os Estados Unidos da América do Norte regem-se pela Constituição Federal de 17 de setembro de 1787, que entrou em vigor em 1790. Esta Constituição tem apenas sete artigos. O texto de 1787 foi, desde sua edição até hoje, completado por 25 emendas (*amendments*). Estas emendas têm de ser aprovadas por dois terços dos membros das duas casas do Congresso (Senado e Câmara dos Representantes) e, depois disso, entram em vigor se obtiverem a ratificação dos órgãos legislativos de três quartos do número total dos Estados federados.

[4] ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión.* Algunos aspectos del conflicto entre ellos. Valencia: Tirant to Blanch., 1999. p. 86; MORALES PRATS, Fermín. Adecuación social y tutela penal de honor: perspectiva despenalizadora. *RFDUG*, n. 12, p. 252, 1987; BAJO FERNÁNDEZ, M. *Causas de justificación em los delitos contra el honor*. In: *Estudios de derecho penal y criminologia*. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa. Madrid, 1989, p. 87; CARMONA SALGADO, Concepción. *Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor* (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991*). Cuadernos de Política Criminal*, n. 47, p. 575, 1992; LÓPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho constitucional.* El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. 3. ed. Valencia, 1997. v.I. p. 265.

[5] Essa opinião coincide com o teor do art. 19.2 do Pacto internacional de direitos civis e políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 19 de dezembro de 1966, segundo a qual: “Toda pessoa tem direito a liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole[...]”.

Em relação ao conteúdo de tais liberdades, a liberdade de expressão em sentido estrito não se confunde com o direito fundamental à liberdade de informação (acolhendo-se aqui uma concepção dual ou diferenciadora). De acordo com essa corrente de pensamento, a exigência da prova da verdade ou a existência de um necessário trabalho preparatório da informação são elementos exclusivos da liberdade de informação, já que esta se refere a fatos.[6] A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada à verdade.[7]

A liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre[8], requisito básico de toda sociedade democrática; ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, ideias, opiniões ou juízos de valor, não se presta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação.[9]

A verdade representa assim o limite (interno ou externo)[10] apenas do direito fundamental à liberdade de informação, não produzindo o mesmo efeito no que diz respeito à

---

[6] Daí o periodista francês Paul-Louis Bret batizar o direito à informação com o nome de "direito ao fato". KAYSER, Jacques. *Mort d´une liberté*. Paris: Plon, 1955. p. 34-45.
Num caso concreto, muitas vezes não é fácil distinguir se se está diante de uma informação sobre um fato ou de uma manifestação de uma idéia ou de um juízo de valor. Para Carlos Soria, aprioristicamente, não se pode estabelecer um critério ou teoria válida para levar a efeito essa diferenciação. A informação dos fatos não aparece de forma isolada, mas sim se mostra muitas vezes misturada com idéias ou juízos de valor, de forma que o juiz deverá, em cada caso concreto, determinar se se encontra diante de uma imputação de fato ou diante de meras opiniões ou juízo de valor. SORIA, Carlos. *Derecho a la información y derecho a la honra*. Barcelona: A.T.E., 1981. p. 63 et seq.
O Tribunal Constitucional Espanhol já se manifestou no sentido de que, nas hipóteses em que surgirem, de forma mesclada, elementos da liberdade de expressão e da liberdade de informação em um mesmo caso, o critério a ser utilizado como capaz de fixar a espécie de liberdade é o critério da preponderância. Assim, se preponderar no caso a informação sobre fatos, haverá liberdade de informação, ao passo que, preponderando a veiculação de idéias, haverá liberdade de expressão. Esse é o entendimento expressado na STC 6, de 21 de janeiro, do mencionado tribunal constitucional.
Objetivando fixar alguns critérios para diferenciar, de forma mais clara, fatos e juízos de valor, veja-se: GISBERT, Rafael Bustos. El concepto de libertad de informacion a partir de su distincion de la libertad de expresion. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), n. 85, p. 266 et seq., jul.-sept.1984.

[7] REVEL, Jean François. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989. p. 202 et seq.; GISBERT, *op. cit.*, p. 262.
No caso *Ligens v. Austria* (1986) 8 EHRR 40, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou expressamente que "[...]a verdade do juízo de valor não é suscetível de prova". No original: "[…]*the truch of value judgments is not susceptible of proof*".
A Corte Constitucional da Itália tem entendido que a diferença existente entre as liberdades de expresssão e de informação não se refere ao conteúdo de tais liberdades (previstas no art. 21 da Constituição Italiana), mas sim ao meio de difusão dessas liberdades. Cf. BIFULGO, Raffaele; CELLOTTO, Alfonso; OLIVETTI, Marco. *Commentario alla Constituzione*. Torino: UTET GIURIDICA, 2006. v. I (art. 10-54), p. 456.

[8] FERRIZ, Remedio Sánchez. *Delimitación de las liberdades informativas.* Fijación de criterios para la resolución de conflictos em sede jurisdiccional. Valencia:Universitat de València, 2004. p. 46.
A respeito do efeito maléfico produzido pela divulgação de notícias inverídicas, torna-se interessante consultar: BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 243-263, 2003.

[9] Decisão do Tribunal Constitucional da Espanha - STC 107/88.

[10] Em decisão do Tribunal Constitucional, STC 107/1988, ficou expressamente consignado que "[...]la información tiene el límite interno de la veracidad". Entretanto, para Joaquín Brage Camazano, a veracidade da informação é um limite externo da liberdade de informação. Mesmo a informação veiculada sendo falsa, mas subjetivamente verdadeira, ela pode prevalecer face ao direito de intimidade, sendo esse raciocínio uma prova de que a verdade não é um limite imanente (ou

liberdade de expressão em sentido estrito[11]. Esta última liberdade, em razão de seu amplo âmbito de atuação, capaz de compreender toda manifestação política, religiosa, artística, somente não deve converter-se em insultos ou qualquer outra forma de intromissão ilegítima na vida e assuntos alheios.[12]

O Tribunal Constitucional da Espanha reconhece expressamente essa diferença existente entre as liberdades de informação e expressão em sentido estrito[13], afirmando a respeito, em sua STC 105/1983, que a alínea de do inciso 1 do artigo 20 da Constituição consagra o direito a comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão, estabelecendo um tipo de direito fundamental diverso do que consiste em expressar e difundir pensamentos, ideias e opiniões em áreas de interesse coletivo no conhecimnto de fatos que podem encerrar transcendência pública.

Essa distinção também já está consolidada na jurisprudência da *European Court of Human Rights,* sendo estabelecida pela primeira vez pela Sentença *Lingens*, de 8 de julho de 1986, oportunidade em que ficou estabelecido que:

> Enquanto que a realidade dos primeiros (os fatos) pode ser provada, os segundos (os juízos de valor), não são suscetíveis de prova [...].
> Segundo o inciso 3 do art. 111 do Código Penal (Austríaco), em relação com o inciso 2, os periodistas somente podem livrar-se em tal caso da condenação por ações definidas no inciso 1 se puderem provar a veracidade de suas afirmações.
> Agora bem, esta exigência não pode cumprir-se em relação aos juízos de valor que afetam a liberdade de opinião intrinsecamente, parte garantida pelo art. 10 da Convenção.[14]

---

interno) da liberdade de informação, mas um limite externo. CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 265.

[11] Como ficou estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Keeton v. Hustler Magazine* (485 US 770 (1984)): "[...] declarações falsas de fato injuriam tanto o sujeito da falsidade quanto os leitores da declaração".

[12] Conforme já ressaltou o Tribunal Constitucional da Espanha, em sua STC 105/1990, "[...] a Constituição não reconhece um pretendido direito ao insulto, que seria incompatível com a dignidade da pessoa proclamada no art. 10.1 [da Constituição Espanhola] [...] Pois certamente uma coisa é efetuar uma avaliação pessoal, por desfavorável que seja, de uma conduta (avaliação que se insere no direito à livre expressão e que é às vezes de difícil ou impossível separação da mera informação) e outra coisa muito distinta – e para o Tribunal não coberta constitucionalmente – é emitir expressões, afirmações ou qualificativos claramente vexatórios ou desvinculados dessa informação e que resultam proferidos gratuitamente sem justificação alguma, em cujo caso cabe nos falar, ante a mera desqualificação, em insulto e sem a menor relação com a formação de uma opinião pública livre."

[13] Nas primeiras decisões sobre o tema, o Tribunal Constitucional Espanhol não adotava expressamente essa posição, chegando a afirmar em alguns julgados mais remotos que a liberdade de informação se apresentava como uma manifestação da liberdade de expressão. Cf. STC 6/1981, de 16 de março.

[14] *Lingens v. Austria* – 103 (8.7.86). Nesse caso, Lingens foi multado por publicar na Revista Vienna comentários sobre o comportamento do chanceler austríaco, considerando-o como "oportunista", "imoral" e "indigno". Sob o Código Penal Austríaco, a única defesa prevista era a prova da veracidade destas declarações. Ligens alegou que não podia provar a veracidades desses juízos de valor. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que deveriam ser diferenciadas as situações que imputavam a prática de fatos das situações que veiculavam juízos de valor, uma vez que a existência de fatos pode ser demonstrada, enquanto que a verdade de juízos de valor não é suscetível de prova. Os fatos sobre os quais Lingens embasou seu julgamento de valor não foram contestados, nem sua boa-fé. Diante da impossibilidade de provar a veracidade de juízos de valor, os dispositivos do Código Penal Austríaco não podiam ser cumpridos, pois violavam o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispositivo esse que garante a liberdade de expressão.

O Tribunal Constitucional Alemão também diferencia as liberdades de expressão em sentido estrito e informação:

> A liberdade de infomação é, precisamente, o direito a informar-se. Por outra parte, este direito de liberdade é o pressuposto da formação da opinião que precede a expressão desta. Pois só a informação completa possibilita uma livre formação e expressão da opinião tanto para o indivíduo como para a sociedade.[15]

Nos Estados Unidos, a maioria dos Estados também diferencia os casos que envolvem declarações sobre fatos das situações que se relacionam com expressões de meras opiniões. A defesa do *fair comment*[16], por exemplo, para a maioria dos estados americanos só se aplica às situações que envolvem a emissão de meras opiniões sobre uma matéria de interesse público, não abrangendo situações relacionadas com erros sobre fatos. No julgamento do caso *Citing Edwards v. National Audubon Soc., Inc*, foi expressamente declarado pela Corte de Apelação de Nova Iorque que "[...] 'mentir', meramente expressando uma opinião, não pode caracterizar difamação em razão do erro de opinião não poder ser difamatório."[17]

Escrevendo sobre o tema, Dwight L. Teeter e Bill Loving ressaltam que:

> A opinião abraça os comentários e as críticas. A defesa do fair comment foi formada para proteger o interesse do público no exame de importantes matérias públicas. Comentários e críticas têm penetrado em recentes páginas editoriais e programas de rádio, explicando, delineando conclusões, reações, avaliações. O direito protege até mesmo sarcásticas críticas para o público do trabalho de pessoas e instituições que oferecem seu trabalho para o julgamento público: funcionários públicos e figuras públicas; aqueles que desempenham sentimentos ao sabor do público tais como música, arte, literatura, teatro, e esportes; e instituições cuja atividade afeta o interesse público tais como hospitais, escolas, restaurantes, empresas de utilidades públicas, fabricantes de remédios. A legal imunidade do fair comment contra uma ação de difamação é dada para os casos de uma honesta expressão de opinião sobre pessoas públicas e matérias de interesse público.[18]

Para Jean François Revel, o pluralismo que se aplica à imprensa livre deve se limitar à expressão de ideias ou opiniões, não à informação, que deve ser objetiva. Para o citado autor, "o que deve ser pluralista é a opinião, não a informação. Segundo sua natureza, a informação

---

[15] Tribunal Constitucional da Alemanha - BVerG, t. 27, p. 71 (81). Do mesmo modo, t. 27, p. 104 (108).

[16] Para os casos em que são veiculadas apenas opiniões (e não fatos), o acusado de difamação, em defesa, pode tentar provar que sua opinião refere-se a uma matéria de interesse público, que sua opinião é honesta e não é decorrente de malícia, apresentando-se aqui o *fair comment*.

[17] 556 F. 2d 113, 121 (2d Cir. 1977).

[18] TEETER JR., Dwight L; J.D., Bill Loving. *Law of Mass Communications. Freedom and control of print and broadcast media.* 11th ed. New York: Foundation Press, 2004. p. 342. No original, temos o seguinte texto: "Opinion embraces comment and criticism. The defense of fair comment was shaped to protect the public stake in the scrutinizing of important public matters. Comment and criticism have permeated news and editorial pages and broadcasts, explaining, drawing, inferences, reacting, evaluating. The law protects even scathing criticism of the public work of persons and institutions who offer their work for public judgment: public officials and figures; those whose performance effects public taste in such realms as music, art, literature, theater, and sports; and institutions whose activities affect the public interest such as hospitals, schools, processors of food, public utilities, drug manufacturers. Under fair comment legal immunity against a defamation action is given for the honest expression of opinion on public persons and/or matters of public concern."

pode ser falsa ou verdadeira, não pluralista."[19] A respeito do papel da imprensa num sistema democrático e da importância da verdade (da informação) nesse contexto, ensina o preclaro autor que:

> [...] a função indispensável que tem a imprensa no sistema democrático é a função de informação. Se a democracia é o regime no qual os cidadãos decidem as orientações gerais da política interior e exterior, escolhendo com seu voto entre os diversos programas dos candidatos que eles designam para governá-los, esse regime não tem sentido nem pode funcionar no interesse de seus membros sem que os eleitores estejam corretamente informados dos assuntos tanto mundiais como nacionais. Esta é a razão pela qual a mentira é tão grave na democracia, regime que só é viável diante da verdade e leva à catástrofe se os cidadãos decidem sobre informações falsas. Nos regimes totalitários, os dirigentes e a imprensa do estado enganam a sociedade, mas os governos não conduzem sua política segundo suas próprias mentiras. Guardam para si outros informes. Na democracia, quando o poder engana a opinião pública, vê-se obrigado a ter que concordar seus atos com os erros que tem inculcado.[20]

No Brasil, doutrina e jurisprudência também distinguem as liberdades de informação e de expressão. Neste sentido é que Luís Gustavo Grandinetti de Carvalho afirma a respeito do tema que:

> Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo.[21]

Para Luís Roberto Barroso,

> É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade.[22]

Por sua vez, a liberdade de imprensa consiste numa das formas de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral,

---

[19] REVEL, *op. cit.*, p. 207.
[20] *Ibidem*, p. 206.
[21] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.
[22] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, p. 18, jan./mar. 2004.

abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos) quanto a liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos, etc).

Estudado o conceito de liberdade de expressão em sentido amplo[23], com a finalidade de conhecer um pouco mais a fundo esse direito fundamental, torna-se necessário analisar por que a liberdade de expressão é considerada como um direito fundamental.

Não se busca aqui uma resposta simplista, tal como a que explica a liberdade de expressão como um direito fundamental apenas pelo fato de ser prevista na ordem constitucional como um direito fundamental, mas sim objetiva-se, com esse questionamento, identificar o motivo pelo qual o constituinte originário inseriu em seu projeto a previsão da liberdade de expressão como direito fundamental.

1.2 **Por que a liberdade de expressão é um direito fundamental?**

Que a liberdade de expressão é um direito fundamental é algo que não se discute. Na maioria dos países civilizados, a liberdade de expressão está consagrada como um direito fundamental. Interessa-nos estudar agora as justificativas que levaram a liberdade de expressão em sentido amplo a ser considerada como um direito fundamental.

Os fundamentos que justificam a liberdade de expressão em sentido amplo como um direito fundamental são variados. A maioria deles, entretanto, enquadra-se numa ou noutra de duas grandes categorias.[24]

Na primeira categoria de fundamentos, a liberdade de expressão tem uma importância meramente instrumental; trata-se de um meio para a realização de um fim importante. A segunda classe de fundamentos da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante por si só, não somente pelas consequências que esse direito pode acarretar.

Neste sentido é que Eric Barendt aponta, ao escrever sobre o tema, quatro argumentos utilizados pela doutrina para fundamentar a liberdade de expressão como um direito

---

[23] Sempre que utilizarmos a expressão liberdade de expressão ou liberdade de expressão em sentido amplo, estamos querendo utilizar a expressão com capacidade de abranger: a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado), liberdade de imprensa, direito dos jornalistas e liberdade de radiodifusão em sentido amplo. Adotamos aqui uma classificação feita por Canotilho e Vital Moreira. A propósito, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora,1993. p. 224 et seq.

[24] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade.* A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 318.

fundamental[25]: a) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de garantir uma autossatisfação (*self-fulfilment*) individual; b) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de ser um importante instrumento para a descoberta da verdade; c) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de possibilitar a participação do cidadão na democracia; e, d) a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de uma suspeita do governo, já que os governos têm fortes razões para ter medo dos impactos das ideias, sendo, pois, naturalmente tentados a repreendê-las.[26]

Do mesmo modo, para Thomas I. Emerson os valores buscados pela sociedade ao proteger a liberdade de expressão podem ser agrupados em quatro grande categorias, assim especificadas:

> A subsistência de um sistema de liberdade de expressão é necessariamente (1) como assegurar uma satisfação individual, (2) como um meio de alcançar a verdade, (3) como um método de assegurar a participação dos membros da sociedade na criação de decisões sociais e políticas, e (4) como manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.[27]

Desta forma, parece haver um consenso entre os doutrinadores citados, e também da doutrina em geral, a respeito dos fundamentos da liberdade de expressão[28], tornando-se necessário agora entender cada um desses fundamentos que justificam a liberdade de expressão em sentido amplo como direito fundamental.

1.2.1 A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de assegurar uma autossatisfação individual (*assuring individual selffulfillment*)[29]

A liberdade de expressão se justifica com base em uma premissa bastante aceita no mundo ocidental: a de que o fim do homem encontra-se na busca da realização de suas

---

[25] O primeiro argumento levantado por Barendt considera a liberdade de expressão como um fim (constituinte), os demais a consideram apenas como um meio (a liberdade de expressão é mero instrumento para a realização de um fim).

[26] Nesse mesmo sentido, podemos destacar a seguinte obra: JONES, William K. *Insult to Injury. Libel, Slander, and Invasions of Privacy*. Colorado: University Press of Colorado, 2003. p. 26.

[27] EMERSON, Thomas I. Toward a general theory of the first amendment. In: GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick. *The First Amendment:* A Reader. 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004. p. 48.

[28] Neste aspecto, torna-se necessário consultar ainda DWORKIN, Ronald. *Freedom´s Law. The moral reading of the american constitution.* Cambridge, Massachusetts: Havard University Press, 1996. p. 200.

[29] Entre os defensores dessa teoria, destacam-se, entre vários outros, os seguintes autores: C. Edwin Baker, Martin Redish, Robert C. Post e Ronald Dworkin. A respeito, veja-se, respectivamente, as seguintes obras: BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech.* New York: Oxford University Press, 1989; REDISH, Martin H. *Freedom of Expression. A Critical Analysis.* Charlottesville (VA):The Michie Company; POST, Robert C. *Recuperating First Amendment Doctrine.* New York: Stanford Law Review, 1995. p. 1272 et seq.; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

características e potencialidades como ser humano. O homem se diferencia dos outros animais, é verdade, principalmente pelas qualidades e características de sua mente. Ele tem capacidade para pensar em termos abstratos, usar a linguagem para comunicar seus pensamentos e emoções ou para construir uma determinada cultura. Tem poder para discernir coisas, para imaginar coisas, para sentir. Ao desenvolver esses poderes, o homem encontra seu significado e seu espaço no mundo.[30]

Spinoza já considerava, em seu *Theologico-Political Treatise* (1670), a conexão existente entre a autonomia mental e a liberdade de expressão. John Locke, na *Letter Concerning Toleration*, moldou seu pensamento sob a premissa de que somente o indivíduo está autorizado a decidir questões de crença.[31]

Diferentemente das outras teorias, que consideram importante a liberdade de expressão para a descoberta da verdade ou para a manutenção da democracia, essa análise racional não é consequencialista, embora possa ser defendida em termos utilitários. Essa teoria estima a liberdade de expressão como um valor intrínseco, um bem independente, um fim; alternativamente, seu exercício pode ser considerado como condutor para o desenvolvimento de indivíduos mais reflexivos e maduros e, portanto, beneficiar toda a sociedade.[32]

A façanha da autorrealização começa com o desenvolvimento mental. Apesar de todo homem ser influenciado pelo ambiente em que vive, pelos amigos que compartilha, pelo poder econômico que detém, seu desenvolvimento mental é, necessariamente, um acontecimento individual, personalíssimo.

Disso decorre que todo homem – no desenvolvimento de sua personalidade – tem o direito de formar sua própria opinião, estabelecer suas crenças, cultivar seus pensamentos e ideais, tendo, por consequência, o direito de expressar esses direitos. Do contrário, eles seriam de pouca ou nenhuma importância. A expressão é parte integral do desenvolvimento de ideias, da exploração mental e da autoafirmação. O poder para realizar sua potencialidade como ser humano começa nesse ponto, não podendo ser frustrado.

Portanto, a supressão de crença, opinião e expressão é, na verdade, um afronto à dignidade humana, uma negação da essencial natureza do homem, valor esse que impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica.

---

[30] EMERSON, Toward… *op. cit.*, p. 48.
Em sua obra, C. Edwin Baker, professor de Direito da *University of Pennsylvania*, defende essa teoria e procura demonstrar as vantagens dessa teoria em relação à clássica teoria de *Marketplace of Ideas.* Cf. BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech.* New York: Oxford University Press, 1989.

[31] BARENDT, Eric. *Freedom of peech.* 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 70.

[32] *Ibidem*, p. 13.

O direito à liberdade de expressão deriva, ainda, da noção básica ocidental da regra do indivíduo, em sua capacidade, como um membro da sociedade. O homem é um animal social provavelmente de boa vontade. Ele vive em companhia de outros indivíduos, junta-se com outros indivíduos na formação de uma cultura comum. Está sujeito ao necessário e importante controle da sociedade e, particularmente, do Estado. Seu direito de expressar suas crenças e opiniões como membro da sociedade decorre de dois princípios fundamentais. O primeiro, que materializa o propósito da sociedade e de seu mais formal aspecto, o Estado, é promover o bem-estar do indivíduo. Sociedade e Estado não são fins em si mesmos. Existem para servir ao indivíduo.[33] O segundo é o princípio da igualdade. Todos os indivíduos, possuidores ou não de divergentes concepções e distintas ideias, têm o direito de se fazer ouvir.

Desses conceitos é que decorre o direito de o indivíduo ter acesso ao conhecimento: para formar sua própria visão, comunicar suas necessidades, preferências e opiniões. Enfim, para participar da formação dos objetivos e desenvolvimento de sua sociedade e de seu Estado.

Segundo Daniel Farber, locais que não toleram a liberdade de expressão não são bons para se viver, pois as pessoas são excessivamente cuidadosas sobre o que elas devem ou não dizer, visto que têm medo de que alguma coisa adversa possa lhes acontecer, motivo pelo qual acabam atrofiando-se ou retardando-se o seu desenvolvimento.[34]

Em apertada síntese, podemos afirmar que a teoria da autorrealização (ou autossatisfação) entende que a liberdade de expressão é instrumento para a autorrealização das pessoas. Se elas não tiverem amplo acesso a todas as ideias, não poderão imaginar a total extensão de possibilidades em suas vidas. Por outro lado, a restrição da expressão também confina a habilidade de escritores e artistas para expressar suas perspectivas, empobrecendo a cultura nacional.[35]

Neste sentido, Thomas Scanlon associou sua teoria aos escritos de John Rawls, designando a liberdade de expressão como o Princípio da Autonomia Limitada. Para ele, o Estado não tem autoridade para decidir matéria relacionada à moral, à religião, à doutrina filosófica ou à verdade científica, pois essas matérias não estariam concebidas na Posição Original.[36]

Várias são as críticas feitas à teoria ora estudada. Com a finalidade de resumir seus principais argumentos, podemos afirmar que essas críticas levantam os seguintes

---

[33] KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Nacional, 1959. p. 52.
[34] FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 2nd ed. New York: Foundation Press, 2003. p. 3.
[35] *Ibidem*, p. 4.
[36] BARENDT, *op. cit.*, p. 70.

questionamentos: a) qual a razão para a proteção específica da liberdade de expressão e não, como pedem os libertários, de outras condutas igualmente detutíveis da autorrealização?[37] b) em que medida se pode restringir a liberdade de expressão em diversas situações concretas? c) que fazer quando determinada expressão, com base no valor da autorrealização, põe em causa a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de outrem? d) qual o peso deverá ser atribuído, em concreto, aos direitos dos editores, dos distribuidores e de todos os demais participantes no processo comunicativo?[38]

Objetivando responder aos questionamentos, parece que a maioria das indagações perde grande parte de sua importância se considerarmos que a esse direito fundamental também se deve aplicar o principio regente no tocante aos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais de que a liberdade é a regra e a restrição, a exceção.[39]

Por fim, não resta dúvida de que

> [...] ainda que os valores da expressão e da autonomia individuais sejam fundamentais para a concretização hermenêutico-constitucional dos direitos fundamentais em estudo, a verdade é que eles não conseguem captar todas as suas virtualidades teoréticas e práticas.[40]

1.2.2 A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de permitir o avanço do conhecimento e possibilitar a descoberta da verdade (*advancing knowledge and discovering truth*)

Uma das teorias mais importantes do pensamento jurídico norte-americano no que diz respeito às funções da liberdade de expressão vincula a principal finalidade da liberdade de expressão com a busca da verdade, sendo representada por um de seus totens, a metáfora do *marketplace of ideas*. Esse entendimento surgiu a partir do voto particular formulado pelo magistrado Oliver Wendell Holmes na decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados

---

[37] Como escreveu Robert H. Bork, um indivíduo pode desenvolver suas faculdades ou conquistar prazer fazendo negócios na bolsa, em sua profissão ou em um porto de um rio, trabalhando como camareiro, no sexo, jogando tênis, entre outras atividades. BORK, Robert H. *Neutral Principles and some First Amendment Problems.* Indiana Law Journal, 1971. p. 25.
[38] MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão.* Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002. p. 287.
[39] CANOTILHO, J. J. GOMES; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality Shows" e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 12.
[40] MACHADO, *op. cit*., p. 288.

Unidos no julgamento do caso *Abrams v. United States*[41], embora haja autores que se manifestam no sentido de atribuir aos escritos de John Stuart Mill[42] a origem dessa teoria, havendo ainda quem afirme que essa teoria já havia sido levantada dois séculos antes por Jonh Milton, em sua *Areopagítica* (de 1644).

Segundo essa teoria, apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade e, apesar de alguns pós-modernistas questionarem sobre a existência real de uma verdade na atualidade[43], no presente contexto, "[...] a verdade é concebida como algo relativo, que só pode ser avaliado pelo mercado contra o pano de fundo de um encontro livre e aberto entre diferentes opiniões."[44]

Com a liberdade de expressão, pretende-se gerar um clima de busca da verdade, de crítica de atos do governo, de um livre debate sobre ideias ou sobre assunto de interesse geral, além de se buscar uma participação mais efetiva dos cidadãos diante da coisa pública.[45]

Na síntese feita por Larry Alexander, professor da Universidade de Direito de San Diego, nos Estados Unidos, a teoria do livre mercado de ideias entende que a liberdade para disseminar novas informações e para criticar visões prevalecentes é necessária para eliminar concepções equivocadas sobre fatos e valores.[46]

A liberdade de expressão aqui não é entendida apenas como um direito individual, mas também como um bem social. Considerando este aspecto, essa teoria firma uma premissa no sentido de que o mais íntegro e racional julgamento só pode ser alcançado se considerarmos todos os fatos e argumentos que podem ser colocados em favor ou contra uma proposição.

Essa teoria entende os julgamentos humanos como coisas delicadas. Estão sujeitos a erros em razão de estarem sujeitos à emoção ou à materialização de um interesse pessoal. Dessa forma, um indivíduo que procura o conhecimento da verdade deverá conhecer todos os

---

[41] 250 US 616 (1919). Nessa decisão destaca-se o seguinte trecho do voto proferido por Holmes: "But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country".

[42] John Stuart Mill (1806-1873) foi o mais importante filósofo inglês do Século XIX. Na sua obra "On Liberty" (Da Liberdade), de 1859, Mill oferece quatro argumentos a favor da liberdade de pensamento e de expressão, entendimento que causou e ainda causa fortes impactos a respeito do tema.

[43] FARBER, *op. cit.*, p. 4.

[44] MACHADO, *op. cit*., p. 247.

[45] DE LUCA, Javier Augusto. Delitos Contra el Honor Y Libertad de Expresión. In: FRANCHINI, María Belén et al. *Libertad de Expresión y Democracia desde uma perspectiva latinoamericana*. Colección Más Derecho? TD. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2002. p.50.

[46] ALEXANDER, Larry. *Is There a Right of Freedom of Expression?* New York: Cambridge University Press, 2005. p. 128.

lados ou aspectos envolvidos na questão, especialmente os apresentados por pessoas que combatem fortemente uma diferente visão ou opinião. Ele deverá considerar todas as alternativas, testando seu julgamento pela sua exposição às teses opostas, criando todos os usos de diferentes pensamentos para separar o verdadeiro do falso, a verdade da mentira. Acordadamente, a supressão de informação, a não permissão de eventual discussão ou a prevenção de colidentes opiniões impedem um julgamento mais racional, bloqueiam a geração de novas ideias, com tendência a perpetuar o erro. Este é o método de Sócrates, desenvolvido em uma escala universal.[47]

Esse processo é dinâmico. Está o julgamento sujeito à mudança de acordo com a alteração das condições ou com a revelação de novas condições e aberto para reavaliação, melhora ou abandono.

Sustentam esses teóricos que, quando uma discussão é mantida em aberto, não significa reconhecê-la como verdadeira, como à primeira vista pode parecer. Algumas das verdades mais aceitas têm se transformado em erros, em mentiras. Alguns dos mais significantes avanços do conhecimento humano – de Copérnico a Einstein – resultaram da desconfiança em relação a inquestionáveis afirmações. Nenhuma opinião pode estar imune à provocação ou à recusa.[48]

Esse processo também se aplica, indiferentemente, a qualquer opinião, por mais perniciosa ou falsa que ela demonstre ser. Uma inaceitável opinião pode ser verdadeira ou parcialmente verdadeira, não existindo meio de repreender a falsidade sem repreender a verdade. Além disso, ainda que a nova opinião seja inteiramente falsa, a apresentação e abertura da discussão a respeito servem para um vital propósito social. Ela obriga uma reconsideração e reprovação de uma opinião potencialmente aceita, resultando num profundo entendimento a respeito das seguras razões materializadas pela opinião e uma apreciação de seu significado.

Tal teoria contempla mais que um simples processo para alcançar um julgamento individual. Ela afirma que esse método é também o melhor processo para alcançar um genérico julgamento social. Algumas razões que abrem uma essencial discussão para um inteligente julgamento individual constroem um imperativo para um racional julgamento social. A aquisição de novos conhecimentos, a tolerância de novas ideias, a prova de opiniões em competições abertas, a disciplina de reconsideração de sua suposição, tudo isso levará a

---

[47] EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. New York: Vintage book. v.143. p. 50.
[48] *Idem*.

uma sociedade mais capaz para alcançar uma decisão comum que irá encontrar as necessidades e aspirações de seus membros.[49]

Algumas críticas feitas à teoria ora estudada se concentram em dois aspectos importantes: a) sustentam suas críticas com base na doutrina econômica das falhas de mercado e das falhas de contrato; b) sustentam suas críticas com base na afirmação de que as ideias, para a teoria do livre mercado, deixariam de ter um valor intrínseco para passarem a ter um preço variável. A transmissão de ideias, para esses críticos, seria vista como mera transação, sem qualquer referência ao ideal comunicativo da intercompreensão.[50]

Alguns autores sustentam ainda que a função de buscar a verdade proposta pela teoria do livre mercado de ideias é insuficiente sem um conjunto de práticas sociais, sem uma "*real morality o public discussion*", recorrendo-se às palavras de Stuart Mill, resultando tautológico crer na verdade como resultado obtido em razão da consequência de um debate aberto. Como assinala Robert C. Post, em um discurso aberto falta capacidade para escutar e compromisso de aferir a si mesmo, assim como o respeito pelas convenções racionais, que convertem as aspirações em algo objetivo, desinteressado, civilizado e mutuamente respeitoso.[51]

Para Larry Alexander,

> O real problema desta teoria não é o que ela assume como uma verdade natural, mas sim o que ela assume a respeito do melhor procedimento para se chegar a essa verdade. Em domínios nos quais obter a verdade é o principal objetivo – por exemplo, em procedimentos judiciais – a expressão é regulamentada e limitada. Mesmo em áreas de inquirições científicas, jornais profissionais recusam publicar pretensões que os editores acreditam que não são propriamente evidenciadas.[52]

Essas críticas abrem um espaço para alguns questionamentos importantes a respeito de eventual intervenção estatal para regular o livre mercado da liberdade de expressão. Assim, torna-se interessante questionar se um ativismo estatal no sentido de determinar que seja fixado um espaço ou tempo para que empresas de comunicação publiquem um direito de resposta, cubram um assunto internacional, divulguem um determinado evento ou tema, entre outros, seria compatível com a liberdade de expressão dos meios de comunicação?

A regulação dos meios de comunicação, com o objetivo de garantir o pluralismo e a promoção da liberdade de expressão, de fato, promove ou cerceia essa liberdade?[53]

---

[49] *Ibidem*, p. 51.
[50] MACHADO, *op. cit.*, p. 251.
[51] POST, Robert C. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence. *California Law Review*, California, v. 89, p. 163, jan. 2001.
[52] ALEXANDER, *op. cit.*, p. 128.
[53] Essa é a ironia do papel do Estado em relação à liberdade de expressão. O Estado, ao mesmo tempo em que pode ser um amigo imprescindível dessa liberdade, também pode ser seu inimigo mortal. Neste sentido: FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech.* Cambridge: Harvard University Press. 1996. p. 83. Segundo o autor: "We must learn to embrace a truth that is

Na França, por exemplo, existe uma agência reguladora para televisões e rádios, o *Conseil Superior de L´Audiovisuel* – CSA, que tem, entre suas atribuições, o dever de zelar pelo pluralismo nesses meios de comunicação, detendo o poder de fixar padrões sobre programações e de impor sanções no caso de seu descumprimento.

Na Alemanha, seu Tribunal Constitucional já decidiu, em matéria de mídia de massa, que o governo não está apenas autorizado a produzir diversidade, mas obrigado, constitucionalmente, a realizá-la. Segundo esse tribunal constitucional, a Constituição exige que o Estado regule o mercado de *broadcasting*, sendo a regulação um meio necessário para assegurar a "livre circulação de opiniões". O governo deverá sempre tentar, afirmou a Corte, "[...] assegurar que a existência de diversidade de opiniões encontre a maior abrangência possível".

Dessa forma, estabeleceu o Tribunal Constitucional da Alemanha que as empresas privadas de mídia não poderiam, por si mesmas, assegurar a diversidade exigida pelo art. 5º da Constituição daquele país, devendo o Estado, diante de seu dever constitucional, controlar o poder dos anunciantes sobre o conteúdo da programação privada.[54]

Interessante salientar que a Alemanha se encontra, em razão da experiência nazista, bem alerta para os riscos da tirania, sendo altamente revelador, portanto, o entendimento de seu Tribunal Constitucional repudiando o livre mercado de opiniões nesse ambiente.[55]

A Corte Italiana, em julgado de 1974, também já se manifestou no mesmo sentido, entendendo que o governo deverá limitar a agregada quantidade de anunciantes empregado na mídia de massa. Mais recentemente, entendeu a mesma corte que a rede pública e privada deverão exercer funções complementares. Assim, parece ter rejeitado a visão de que a competição de mercado, só por si, seja suficiente para promover a meta do sistema de liberdade de expressão.[56]

Na Dinamarca, Suécia e Noruega, não é permitido que anunciantes tenham acesso à televisão, dando-se uma ênfase diferenciada em programações informativas e educativas. O

---

full of irony and a contradiction: that it can do terrible things to undermine democracy but some wonderful things to enhance it as well. This, I fear, is a complicated truch, far more complicated than we have allowed ourselves to admit for some time now, but which is still – I hope – not beyond our reach." Em tradução feita por Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, temos: "Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la. Esta, eu receio, é uma verdade complicada, muito mais complicada do que nos temos permitido admitir por um longo tempo, mas que ainda – eu espero – não está além do nosso alcance." Cf. FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.* Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 144.

[54] BverfGE 295 (1981). Esse caso pode ser encontrado em KOMMERS, Donald. P. *The Constitucional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997. p. 409.

[55] SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 79.

[56] *Idem*.

mesmo ocorre também na Finlândia. Alguns outros países, incluindo Áustria, Itália e Suíça, tentam assegurar que programas matinais contenham uma programação educacional e também limitam a dependências das emissoras em relação à renda dos anunciantes. O uso de um fundo do governo reduz a autoridade dos anunciantes sobre o conteúdo da programação.[57]

Canadá, Inglaterra, França, Austrália, Nova Zelândia e Bélgica têm tentado reduzir o nível de violência na televisão, existindo ainda, em alguns países, períodos limitados para transmitir programas violentos. Alguns países também têm procurado fazer advertência antes e durante determinadas programações com a finalidade de proteger suas crianças de determinadas exposições.

No Direito norte-americano, podemos concluir: existem duas correntes de pensamento a respeito do papel do Estado no tocante à liberdade de expressão.[58] Uma corrente entende que o Estado não deve intervir na matéria, deixando por conta do mercado a formatação do tema (teoria libertária).[59] Outra, em sentido completamente antagônico, entende que o Estado deve ter uma participação ativa na ordenação da matéria (teoria democrática ou ativista).[60]

Enquanto a teoria libertária considera a liberdade de expressão como uma proteção ao interesse individual de autoexpressão, a teoria democrática a enxerga como uma proteção da soberania popular.

Se analisarmos o panorama norte-americano sob o ponto de vista histórico, podemos concluir que a primeira corrente (libertária) sempre predominou, sendo aplicada hoje naquele país. A corrente ativista (democrática), por sua vez, materializou sua vitória mais importante na chamada *fairness doctrine*, empregada até meados dos anos 80.

A *fairness doctrine* consistiu em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo *Federal Communications Commission* (FCC) com o objetivo de promover os fins almejados pela teoria democrática no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Aplicada desde

---

[57] *Ibidem*, p. 79-80.
[58] *Ibidem*, p. 17/51.
[59] A metáfora do mercado de ideias é atribuída ao *Justice* da Suprema Corte dos EUA, Oliver Wendell Holmes, no caso *Abrahms v. United States, 250 US 616 (1919).* Mais tarde, no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 US 367, 390, a Suprema Corte dos EUA afirmou que "[...] o propósito da Primeira Emenda é o de preservar um livre mercado de idéias". Esse último caso vem descrito com riqueza de detalhes na seguinte obra: SHIFFRIN, Steven H.; CHOPER, Jesse H. *The First Amendment. Cases – Coments – Questions.* 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2001. p. 485 et seq. Os dois casos citados, entre outros, também são analisados por SUNSTEIN, *op. cit*., p. 17 et seq. Cf. MACHADO, o*p. cit.* p. 246.
[60] Enquanto Owen Fiss e Gustavo Binenbojm usam as denominações libertária e democrática para identificar as citadas correntes, Daniel Sarmento utiliza as denominações libertária e ativista. Neste sentido, veja-se, respectivamente: FISS, *op. cit*., p. 2-3.; BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa.* As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 ago 2007; SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 266.

1949, essa doutrina só se materializou em atos normativos em 1959, com a edição de normas codificadas sob o nº 47 C.F.R. § 73.1910 (Código de Regulações Federais).[61]

Segundo Gustavo Binenbojm, as obrigações impostas pelo FCC às empresas de mídia de massa (rádio e televisão) como consequência da *fairness doctrine* podem ser assim resumidas:

> I) devotar um razoável percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo;
> II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto;
> III) garantia do direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.[62]

Ao julgar o caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, em 1969, a Suprema Corte dos EUA apreciou, pela primeira vez, a constitucionalidade da *fairness doctrine*, considerando-a compatível com a Primeira Emenda.

A discussão envolvia uma regra emanada do FCC que determinava que o responsável pelo meio de comunicação desse oportunidade ao candidato político que fosse criticado no programa veiculado pela empresa ou ao opositor do candidato político apoiado pelo meio de comunicação. Entendeu a Corte que a licença governamental autoriza o funcionamento da empresa de comunicação, mas não tem o licenciado o direito de reter a licença para monopolizar o meio de comunicação ou para excluir qualquer cidadão que se encontre na mesma situação do sujeito que teve acesso àquele meio.

Nesse caso, o *Justice* White expressou que nenhum homem poderia ser proibido de dizer ou publicar o que ele pensa para refutar, em igual medida, a visão de seu oponente. Esse direito, disse o juiz, aplica-se igualmente aos meios de comunicação.[63]

Todavia, em 1974, a mesma corte, ao analisar o caso *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, decidiu pela inconstitucionalidade da *fairness doctrine*, entendendo como incompatível com a Primeira Emenda uma lei do Estado da Flórida que garantia o direito de resposta a candidatos que houvessem sido pessoalmente atacados. Apesar de esse caso ser semelhante ao anterior, a mesma Corte, ao analisá-lo, decidiu em sentido completamente oposto ao outro julgado, manifestando-se agora pela inconstitucionalidade da regulação dos meios de comunicação.[64]

---

[61] BINENBOJM, o*p.cit.*, p. 7.
[62] *Ibidem*, p. 8.
[63] STONE, Geoffrey R. et al. *The First Amendment*. New York: Aspen law e Busines, 1999. p. 482-483. Este caso vem descrito com riqueza de detalhes na seguinte obra: SHIFFRIN; CHOPER, *op. cit.*, p. 485 et seq.
[64] STONE, *op. cit.*, p. 481-482. Cf. Também: SHIFFRIN; CHOPER, *op. cit*., p. 483-484.

Em 1987, o próprio FCC concluiu pela inconstitucionalidade da *fairness doctrine*, entendendo agora que tal doutrina viola a Primeira Emenda da Constituição dos EUA, pois ela envolve um esforço do governo em determinar aos meios de comunicação (*broadcasters*) o que eles podem dizer. Em razão das licenças agora não serem raras, como ocorria antigamente, tal doutrina não mais se justifica como necessária para promover a diversidade de programação. De acordo com o FCC, o próprio mercado já providencia e requisita essa diversidade.

Assim, o FCC concluiu que a *fairness doctrine* é uma forma não autorizada pela Constituição de o governo intervir na esfera privada de escolha dos produtores de audiência. A citada doutrina, entendeu o FCC, viola a obrigação governamental de neutralidade, refletido a respeito do resultado do mercado.[65]

Para os defensores da *fairness doctrine*, essa doutrina promove a liberdade de expressão em razão de assegurar que uma diversidade de visões e opiniões seja veiculada através dos meio de comunicação de massa, diversidade essa que o mercado pode não conseguir garantir.

Na verdade, entendem-se esses autores que um sistema de liberdade de expressão completamente livre, mas que garanta espaço somente para aqueles que podem pagar, encontra-se em um bizarro paradoxo com a aspiração de democracia, violando-se a norma da igualdade política, norma essa que construiu, na tradição americana, a liberdade de expressão.

Em um sistema de livre mercado, o conteúdo da programação é produzido não somente pela demanda de audiência, mas também pelo desejo dos anunciantes. Os telespectadores são, neste meio, produto e usuário, apresentando-se como verdadeiras *commodities* tão bem quanto consumidores. Os anunciantes, por exemplo, quando querem comprar a atenção de um público infantil, consideram as crianças como fonte de receita, ao invés de considerá-las como pessoas merecedoras de alta qualidade.[66]

Assim, a intervenção do poder público nos meios de comunicação pode ser vista como uma forma de concretizar a obrigação de otimização dos princípios constitucionais, considerando-se plausível para remover barreiras fáticas e normativas ao seu exercício, bem como para corrigir distorções historicamente consolidadas das estruturas comunicativas.[67]

No Brasil, Gustavo Binenbojm entende que nossa Constituição da República constituiu um sistema de princípios e regras que reclamam a adoção de uma versão brasileira

---

[65] SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 54.
[66] *Ibidem*, p. 54 et seq.
[67] MACHADO, *op. cit.*, p. 664.

da *fairness doctrine.*[68] No mesmo sentido, manifesta-se Daniel Sarmento, considerando que a Constituição de 88, devidamente interpretada, obriga uma ação do Estado para tornar efetivas a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos.[69]

1.2.3 A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de representar uma forma de garantir a democracia (*provid for participation in decisionmaking by all members of society*)

Uma das teses mais difundidas sobre os fundamentos da liberdade de expressão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é a que delimita a liberdade de expressão como um instrumento de autogoverno. De forma resumida, a liberdade de expressão é concebida como uma consequência do sistema democrático de tomada de decisões uma vez que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos.

O argumento da democracia, como o próprio nome indica, requer, para o seu desenvolvimento, que se aceite, *a priori*, o princípio democrático como diretriz própria para a organização e governo do Estado. O argumento da liberdade de expressão como instrumento da democracia é inteiramente incompatível com sistemas de autocracia, oligarquia e teocracia.[70]

Esse argumento foi exposto primeiramente por Spinoza, em seu *Theologico-Political Treatise* (1670)[71], sendo apresentado judicialmente pelo *Justice* Brandeis J, da Suprema Corte dos EUA, no caso *Whitney v. California*[72]. Nessa decisão, ficou consignado que:

> Esses que ganharam sua independência acreditaram que o fim do Estado era criar homens livres para desenvolver suas faculdades; e que no seu governo as forças deliberativas deveriam prever excessivamente as arbitrariedades[...] Eles acreditavam que a liberdade de pensar como alguém deseja e falar como ele pensa são significados indispensáveis para a descoberta e expansão da verdade política; [...] que a maior ameaça da liberdade é uma pessoa inerte; que discussão pública é um dever político; e que esse deveria ser um princípio fundamental do governo americano.[73]

---

[68] BINENBOJM, *op. cit.*, p. 13.
[69] SARMENTO, Livres.... *op. cit.*, p. 298.
[70] SCHAUER, Frederick. *Free Speech:* a philosophical enquiry. London: Cambridg University Press, 1984. p. 35.
[71] Neste sentido: BLASI, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. In: GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick. *The First Amendment:* A Reader. 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004. p. 1.
[72] BARENDT, *op. cit.*, p. 19.
[73] 274 U.S 357, 47 S. Ct. 641, 71 L.Ed. 1095 (1927). Esse caso julgado pela Suprema Corte Norte Americana vem descrito de forma detalhada na seguinte obra: SHIFFRIN; CHOPER, *op. cit*., p. 21 et seq.

Nos EUA, esse argumento tem sido particularmente associado ainda aos escritos de Alexander Meiklejohn[74] e Owen Fiss[75], autores que afirmam que o primeiro propósito da Primeira Emenda da Constituição Americana é proteger o direito de todos os cidadãos para que eles possam ter acesso às publicações políticas, participando, assim, efetivamente da democracia.[76]

Para Owen Fiss, o discurso é valorizado pela Constituição não porque ele é uma forma de autorrealização, mas sim porque é essencial para a autodeterminação coletiva. A democracia, segundo Fiss,

> [...] permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, 'desinibido, robusto e amplamente aberto'.[77]

Para Alexander Meiklejohn, a liberdade de expressão resulta necessária para proteger a comunicação de informação e de ideias que ajudem os cidadãos a votar e a decidir sobre o bem comum de uma forma informada e inteligente.[78] Na teoria exposta por Meiklejohn, o essencial não são as palavras dos emissores, mas sim as mentes dos ouvintes e, por isso, mais que a salvaguarda dos direitos individuais, interessa a proteção dos processos coletivos de decisão: "O que é essencial, não é que todos devem falar, mas vale a pena dizer que tudo deve ser dito."[79]

Neste aspecto, encontra-se o julgamento proferido pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, julgamento esse que firmou *standards* reconhecidos até hoje como acertados.[80]

---

[74] Para Frederick Schauer, o argumento da democracia tem sido muito cuidadosamente articulado pelo filósofo político americano Alexander Meiklejohn, embora possamos ver idéias similares nos escritos de Spinoza, Hume e Kant. Cf. SCHAUER, *op. cit*., p. 36.

[75] Em duas de suas obras, Capitalismo e Democracia e Liberdade de Expressão e Estrutura Social, Owen Fiss tem sustentado a liberdade de expressão como um meio para assegurar a manutenção da democracia. Segundo o autor, o propósito da liberdade de expressão não é a autorrealização individual, mas sim a preservação da democracia e o direito de um povo, enquanto povo, decidir que tipo de vida quer viver.

[76] BARENDT, *op. cit*., p. 19.

[77] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US. 254, 270 (1964). Cf. FISS, *op. cit*., p. 3.

[78] MEIKLEJONH, Alexander. Free Speech and its Relation to Self-Government. In: SHIFFRIN, Steven H.; CHOPER, Jesse H. *The First Amendment*. Cases – Coments – Questions. 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2001. p. 61 et seq.

[79] No original, temos o seguinte texto: "What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said". Cf. MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*. New York: Harper, 1960. p. 26.

[80] O julgado é descrito com riqueza de detalhes por SHIFFRIN; CHOPER, *op. cit*., p. 55 et seq. Também descreve o caso citado a seguinte obra: BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *First Amendment.* Law. 3rd ed. Thomson. West., 2004. p. 139 et seq. O caso concreto retrata uma ação proposta por um funcionário público (Sullivan), comissário de polícia, em face do *New York Times* e quatro pastores negros do Alabama por alegadas declarações difamatórias num anúncio pago de página inteira para angariar fundos, assinado por um "Comitê para defender Martin Luther King e a luta pela liberdade no

O princípio democrático está tão intimamente ligado à liberdade de expressão que alguns autores consideram esse direito apenas como mero instrumento da democracia.[81]

A Corte Constitucional Alemã, por sua vez, também tem reconhecido, de forma reiterada, a liberdade de expressão como um importante instrumento para a formação da opinião pública sobre questões políticas.[82] A Corte Constitucional Italiana tem sublinhado, na maioria das vezes, que o reconhecimento da liberdade de manifestação do pensamento caracteriza o regime vigente do Estado, constituindo essa a "pedra angular" e o "cardeal" do regime de democracia garantido pela Constituição.[83]

Como afirma Robert Dahl, a liberdade de expressão e a diversidade de fontes de informação são consideradas como instituições políticas básicas que devem reunir toda democracia. Elas, afirma o autor, são exigidas, em primeiro lugar, para que os cidadãos possam participar efetivamente da vida pública e adquirir uma compreensão substancial das ações e políticas governamentais possíveis. Sem a liberdade de expressão, os cidadãos acabariam perdendo sua capacidade de influenciar na agenda das decisões políticas.[84]

Segundo essa teoria, a liberdade de expressão não é apenas politicamente útil, mas também representa uma indispensável operação de uma democrática forma de governo. Uma vez aceita a premissa materializada na Declaração de Independência dos EUA, de que "[...] os poderes dos governantes derivam do consentimento dos governados[...]", por consequência, a liberdade de expressão surge como o método adequado para o exercício desse direito de consentimento.[85]

O fato de o direito fundamental estar intrinsecamente relacionado a valores democráticos fez com que, nos Estados Unidos, doutrina e jurisprudência adotassem expressamente a tese que sustenta a liberdade de expressão como um direito fundamental

---

Sul". O anúncio declarava que "[...] o caminhão da polícia armada com espingardas e gás lacrimejante cercou o campus da Faculdade Estadual do Alabama[...]", em Montgomery, e que "[...] os infratores bombardearam a casa do Dr. King, atacaram a sua pessoa e o prenderam". Em muitos aspectos as declarações não eram verdadeiras. Várias testemunhas afirmaram que entenderam que as declarações se referiam a Sullivan porque ele supervisionava a política de Montgomery. Sullivan provou que ele não participou dos eventos descritos. Assim, em primeiro grau, os réus foram condenados a pagar uma indenização de meio milhão de dólares ao comissário de polícia. A Suprema Corte, todavia, entre outras afirmações que firmaram padrões, considerou que "uma regra compelindo a crítica da conduta oficial à garantia da verdade de todas as suas afirmações factuais – e agindo sobre a dor de julgamentos de difamação virtualmente ilimitados em quantidade – conduz a uma comparável 'autocensura'. Com esse e outros argumentos importantes a Corte, então, modificou o teor do julgado.

O Caso *Schenck v. United States* também materializa um importante julgado da Suprema Corte para fortalecer essa teoria.

[81] Defendendo essa posição encontram-se, entre várias outras obras de vários outros autores, os livros de: CHAFFEE, Zechariah Jr. *Freedom of Speech.* 1920; MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*, 1948, reimp., Political Freedom: The Constitucional Powers of the People. New York: Harper, 1965.

[82] CHAFFEE, *op. cit.*, p. 5.

[83] A respeito, veja-se: sentenças n^{os} 9 e 25/1965; 11 e 98/1968; 84/1969; 168/1971; 105/1972; 94/1977; 1/1981; 126/1985. Na mesma linha, torna-se interessante ainda analisar a seguinte obra: PACE, Alessandro. *Problemática delle liberta costituzionali*. Lezioni Parte Speciale. 2nda ed. riv. e ampl. Padova: CEDAM, 1992. p. 386.

[84] DAHL, Robert. *La democracia.* Uma guía para los ciudadanos. Taurus, 1999. p. 112.

[85] EMERSON, The system… *op. cit.*, p. 52.

preferencial. Havendo conflito entre liberdade de expressão e outro direito fundamental (direitos da personalidade), a liberdade de expressão é analisada como um direito preferencial (*preferred position*). O mesmo ocorre na Espanha[86], na Alemanha[87] e na Inglaterra, países esses que entendem que a liberdade de expressão goza de um status de direito fundamental preferencial.[88]

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, desde 1970, já processou e julgou mais de dois mil casos[89] sobre a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, prevalecendo, nesses julgados, a tese que identifica uma posição preferencial da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais.

Na Espanha, seu Tribunal Constitucional tem afirmado reiteradamente que as liberdades do art. 20 da Constituição Espanhola não são só direitos fundamentais da pessoa, mas também significam o reconhecimento e garantia da opinião pública livre, que é uma instituição ligada de maneira imprescindível ao pluralismo político, valor essencial do Estado Democrático, estando essas liberdades dotadas, por isso, de uma eficácia que transcende ao que é comum e próprio dos Direitos Fundamentais.[90]

Neste sentido também é que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem reiterado que a liberdade de manifestação da opinião é, no regime democrático-liberal, constituinte, uma vez que somente ela possibilita o constante debate espiritual, a luta de opiniões, o que constitui o seu elemento vital.[91]

---

[86] A posição americana da *preferred position* teve certa acolhida na Espanha a partir da seguinte publicação: MACHADO, Muñoz. *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Madrid: Ariel, 1988.

[87] No julgado conhecido como *caso soldados assassinos*, a Corte Constitucional Alemã – BverfGE 93, 266-312, em 10.10.1995, em uma situação que envolvia pessoas acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que "soldados são assassinos" ou "soldados são assassinos em potencial", o Tribunal Constitucional alemão reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de expressão. Esclareceu a citada Corte de Justiça que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não as exclui do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Em vários outros casos, no Tribunal Constitucional Alemão, prevaleceu a liberdade de expressão. Neste sentido: *Caso Livro sobre a Guerra* (BverfGE 90,1-22, julgado em 11.01.1994)); *Caso do Romance Pornográfico* (BverfGE 83,130, julgado em 27.11.1990), etc. Todos esses casos são comentados no julgamento do HC 82.424/RS, em voto-vista do Ministro Marco Aurélio. Esse HC foi decidido pelo Tribunal Pleno do STF, que observou brilhantemente o princípio da ponderação de interesses.

[88] A respeito da doutrina que considera a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial, veja-se o capítulo 3 desta obra.

[89] FARBER, *op. cit.*, p. 2.

[90] STC 121/1989, FJ 2º. Esta decisão encontra-se comentada na seguinte obra: RUIZ, Maria Ângeles Ahumada et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel S.A., 1995. p. 199.

[91] HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais.* Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 249-250.

1.2.4 A liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade

Para essa teoria, a liberdade de expressão se apresenta como uma condição essencial para garantir a estabilidade governamental, pois um estado formado com base na ampla liberdade de expressão é mais forte e, portanto, está menos sujeito a convulsões sociais do que um estado autoritário, que impõe seu poder com base na repressão, no ressentimento e no medo.[92]

A abertura do diálogo fortalece o Estado e torna a sociedade mais coesa, já que a supressão da discussão cria um impossível julgamento racional. De fato, essa supressão substitui a força pela lógica. Além disso, a repressão da expressão é apropriada para ser ineficaz. Apesar de ela poder frustrar mudanças sociais, ao menos de forma temporária, não pode erradicar o pensamento ou a crença, as convicções, nem pode promover a lealdade ou a unidade.

Entendem os partidários desse entendimento que a liberdade de expressão irá produzir mais estabilidade e menos violência pelo menos por dois motivos. Primeiro, pessoas tendem a confiar muito mais num governo que está disposto a ouvir e a considerar amplamente a extensão dos argumentos. Se as pessoas enxergarem o governo como irracional, arbitrário ou fechado, certamente elas acreditarão que esses governos em geral e seus líderes em particular não são dignos de confiança. Por consequência, o respeito pelas leis irá diminuir de forma considerável. Segundo, se os indivíduos têm oportunidade para fazer objeções à política governamental, tendo liberdade para estabelecer suas posições e para persuadir outras pessoas a adotá-las, depois que o processo se tornar lei, esses indivíduos, provavelmente, em razão de sua participação no processo político, estarão mais inclinados a obedecer a essas leis, ainda que elas sejam contrárias às suas perspectivas.[93] Esses indivíduos reconhecerão tal tratamento como adequado, em conformidade com regras racionais de uma vida social. Quase como ocorre em um processo judicial, em que se observa o devido processo legal, abrindo-se oportunidade para ampla defesa, esses indivíduos vão sentir que a decisão final, embora desfavorável, é uma decisão legítima.

A repressão é capaz ainda de promover a inflexibilidade e estultificação, impedindo a sociedade de ajustar mudanças ou desenvolver novas ideias. Toda sociedade tende

---

[92] MACHADO, J., *op. cit.*, p. 282.
[93] SCHAUER, *op. cit.*, p. 79.

naturalmente a ir em direção à inflexibilidade. Atitudes e ideias tendem a se tornar estereotipadas; as instituições tendem a perder sua vitalidade. O resultado dessa equação é a aplicação de desgastados princípios mecânicos e arbitrários, afirmando-se injustiças e incapacidades para entender novos caminhos, materializando-se assim uma geral estagnação.[94]

Em geral, é muito melhor que as disputas sejam estabelecidas através de discussões do que promovê-las através da força ou violência. A decisão que surge com base em meios racionais é preferível se comparada com decisões surgidas através de socos, facadas, armas ou bombas.[95] Neste sentido, parece-nos evidente o valor da liberdade de expressão como meio de estabilidade social.

Sem embargo, o Estado não somente tem o poder, mas a obrigação de controlar as condições em face das quais a liberdade de expressão pode funcionar, garantindo, assim, um genérico bem-estar. Isso inclui não somente a responsabilidade do Estado em eliminar as injustiças que dão início à desordem, mas também uma enorme responsabilidade na manutenção de condições econômicas e sociais sobre as quais o modelo de democracia deve operar.

Se é verdadeira a assertiva de que uma sociedade que garante a liberdade de expressão corre o risco de encorajar divergências, ter atrasado, de forma substancial, o desenvolvimento de trabalhos sobre alguns de seus problemas críticos, de perder o vínculo comum, por outro lado, parece não existir dúvida de que vale a pena correr o risco. Nenhuma sociedade pode esperar desenvolver-se em segurança absoluta. A mudança é inevitável. A única questão é saber a razão e o método para essa mudança. A teoria da liberdade de expressão oferece maior possibilidade racional para o ajuste do que a supressão da expressão. Na verdade, segundo essa teoria, os riscos decorrentes da liberdade de expressão são apenas imaginários e a supressão é invocada mais frequentemente para prejudicar um genérico bem-estar.

A teoria da liberdade de expressão envolve, assim, mais que uma simples técnica para alcançar o melhor julgamento social; ela compreende uma visão de sociedade, uma crença e um completo meio de vida. Ela é revigorada por uma ideia de uma nova sociedade, na qual mentes humanas são livres e seu destino determinado pelo seu próprio poder e razão. A liberdade de expressão é prescrita para alcançar uma criação progressiva e excitante e uma comunidade intelectualmente robusta, contemplando um meio de vida que encoraja a tolerância, o ceticismo, as reações e iniciativas. Deseja que o homem realize suas

---

[94] EMERSON, The system… *op. cit.*, p. 53.
[95] SCHAUER, *op. cit.*, p. 78.

potencialidades em plenitude, rejeitando, por outro lado, a alternativa de uma sociedade tirânica, conformista, irracional e estagnada.

Somente se os interesses forem conhecidos e entendidos e os conflitos, expostos para a visão pública, será possível pesquisar significativamente os meios de reconciliação. A liberdade de expressão também contribui para a promoção da tolerância. Para conhecer, entender e facilitar uma acomodação respeitosa em torno das queixas dos grupos minoritários, raciais, éticos ou econômicos, torna-se necessário conhecer seus entendimentos.[96]

1.2.5 Em defesa de uma liberdade de expressão *lato sensu* multifuncional

Após a análise de todas as doutrinas, parece-nos mais acertado defender uma natureza multifuncional para a liberdade de expressão.

Como ressalta Kent Greenawalt, as justificações da liberdade de expressão podem ser complexas[97], já que

> [...] nesta matéria existem demasiados princípios que interagem de demasiadas formas complicadas em demasiados contextos concretos para que se possa fundamentar qualquer esperança realista de que o projeto geral de um qualquer teórico possa ser bem sucedido.[98]

Assim, todo o debate teórico em torno das propostas que objetivam demonstrar as justificativas filosóficas da liberdade de expressão em sentido amplo[99] acabam colaborando para o enriquecimento dessa liberdade[100], o que nos leva a crer que, apesar de uma teoria que envolva uma só direção não resolva o problema, podendo, sempre, ser criticada, a solução se encontra no somatório das propostas teóricas, apresentando a liberdade de expressão, desta forma, múltiplas[101] justificações teóricas[102].

Conforme assevera o jurista alemão Martin Kriele, a liberdade de expressão tem quatro simultâneas finalidades principais: a) a liberdade é um fim em si mesma (individual

---

[96] JONES, *op. cit.*, p. 26.
[97] GREENAWALT, Kent. *Speech, Crime and the Uses of Language*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 12.
[98] SHIFFRIN, Steven H. *The First Amendment, Democracy and Romance.* Princeton University Press, 2006. p. 122.
[99] WRIGHT, George R. *The Future of Free Speech.* New York, 1990. p. 2 et seq.
[100] No mesmo sentido, torna-se interessante a leitura de DE LUCA, *op. cit.*, p. 48.
[101] MACHADO, J. *op. cit.*, p. 290.
[102] Em sua obra, Larry Alexander critica todas as teorias que objetivam justificar a liberdade de expressão em sentido amplo, a ponto de questionar se existe um direito fundamental à liberdade de expressão. ALEXANDER, *op. cit.*, p. 130 et seq.

self-fulfillment); b) tem por objetivo a proteção das condições necessárias para o progresso na busca da verdade; c) tem como finalidade a sua imprescindibilidade para a decisão política em uma sociedade democrática; d) procura a liberdade de opinião possibilitar um equilíbrio entre estabilidade e mudanças.[103]

Pode, entretanto, segundo o mesmo autor, servir a outras finalidades:

> Em quinto lugar, o controle democrático dos órgãos de Estado pressupõe liberdade de opinião. Em especial, o cumprimento do ethos do funcionário e das regras convencionais têm que ser vigiados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública.
> Em sexto lugar, a liberdade de opinião reforça também a legitimidade, porque possibilita ter esperança de que as injustiças serão eliminadas no futuro e porque justifica a confiança de que as decisões já adotadas serão expostas ao exame crítico.[104]

Todos esses bons argumentos se complementam e justificam a liberdade de expressão como direito fundamental, não sendo, pois, os argumentos instrumentais e constitutivos mutuamente exclusivos[105] e excludentes[106].

John Stuart Mil defendeu tanto as justificações instrumentais quanto as justificações constitutivas em sua célebre obra *On Liberty*. O mesmo fez o *Justice* Louis Brandies ao oferecer uma eloquente explicação a respeito do motivo pelo qual a liberdade de expressão deveria ser protegida. Segundo Brandeis:

> Aqueles que acreditam em nossa independência acreditaram que o fim último do estado é fazer os homens livres para desenvolver as suas faculdades, e que, em seu governo, as forças deliberativas devem prevalecer sobre a arbitrariedade. Eles valorizaram a liberdade tanto como um fim quanto como um meio. Eles acreditavam na liberdade como o segredo da felicidade e na coragem como o segredo da liberdade. Eles acreditavam que a liberdade para pensar como você deseja e de falar como você pensa são meios indispensáveis para a descoberta e propagação da verdade política, que, sem liberdade de expressão e liberdade de reunião seria em vão; que com elas, permitir-se-ia uma discussão ordinariamente adequada como protetora contra a disseminação de doutrinas nocivas; que a maior ameaça para a liberdade é a inércia do povo; que a discussão pública é um dever político e que este deve ser um princípio fundamental do governo americano. Eles reconheceram os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas eles sabiam que a ordem não podia ser assegurada apenas por medo de punição em razão da prática de uma infração; que é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo da repressão racial; que a repressão ao ódio; que o ódio ameaça o governo estável; que o caminho da segurança encontra-se na oportunidade de discutir livremente supostas queixas e soluções propostas; e que o remédio adequado para o mal são os bons conselhos.[107]

---

[103] KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático.* Traducción por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980. p. 472-474.
[104] *Ibidem*, p. 474.
[105] CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law.* Principles and Policies. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2006. p. 925.
[106] Nesse sentido, veja-se a seguinte obra: DWORKIN, O direito…*op. cit.*, p. 320.
[107] *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927). No original, temos o seguinte texto: "Those who our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties, and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as na end and as a means. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is na inert people; that public

No mesmo sentido encontram-se as lições de Ronald Dworkin, para quem:

> É claro que as justificações instrumental e constitutiva da liberdade de expressão não excluem uma a outra [...].
> Os dois tipos de justificação, além disso, têm muitos pontos em comum. Nenhum deles atribui um caráter absoluto à liberdade de expressão; ambos admitem que os valores por eles invocados podem ser postos em segundo plano em casos especiais: ao se decidir, por exemplo, até que ponto se devem censurar as informações militares. Não obstante, as duas justificações são essencialmente diferentes, pois a justificação instrumental é mais frágil e mais limitada. É mais frágil porque, como veremos, existem circunstâncias em que as metas estratégicas às quais ela faz apelo parecem exigir uma limitação da liberdade de expressão, e não a proteção desta. É mais limitada porque, ao passo que a justificação constitutiva abrange, em princípio, todos os aspectos da expressão ou do pensamento cuja independência é exigida pela responsabilidade moral, a justificação instrumental, pelo menos em suas versões mais populares, trata principalmente da proteção da expressão política.[108]

Para Jónatas Machado, todas as finalidades já apontadas acima aumentam substancialmente a capacidade de resistência da liberdade de expressão em *sentido lato* no processo de ponderação com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.[109] Desta forma, acrescenta o autor,

> As mesmas [a liberdade de expressão *lato sensu*] tanto estão ao serviço da autodeterminação democrática, como da reflexão ética e moral, filosófica e religiosa, da criação e expressão artística, da investigação científica e acadêmica, etc., podendo dentro dos respectivos sistemas avançar os valores da procura da verdade e do conhecimento, da autodeterminação, do controle de abusos, da adaptação a realidade ou da expressão individual. A complexidade do debate adéqua-se particularmente bem à densidade jurídico-normativa dos preceitos constitucionais. O imenso espaço hermenêutico aberto pelas diferentes doutrinas tem o mérito de possibilitar uma interpretação teleológica das liberdades da comunicação perfeitamente compatível com uma compreensão alargada do seu *Tatbestand*, minimizando os riscos de funcionalização das mesmas.[110]

Analisadas as finalidades da liberdade de expressão, outro assunto merece ser destacado: os princípios constitucionais que buscam garantir que a liberdade de expressão exerça efetivamente as funções mencionadas acima.

---

discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of American government. They recognized the risks to whith all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope, and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies; and that the fitting remedy for evil counsels is good ones".

[108] DWORKIN, *O direito...op. cit.*, p. 321.

[109] No mesmo sentido se manifesta Laurence Tribe, ao afirmar que: "[…] any adequate conception of freedom of speech must instead draw upon several strands of theory in order to protect a rich variety of expressional modes". TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2nd ed. Mineola, New York: The Foundation Press Inc., 1988. p. 789.

[110] MACHADO, J., *op. cit.*, p. 290-1.

1.3 **Os princípios constitucionais que garantem a liberdade de expressão**

São vários os princípios constitucionais com essa finalidade, destacando-se que a liberdade de expressão em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento, em especial, na dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica, podendo esse princípio ser representado como uma reunião, com elevadíssimo grau de abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teorético-políticos resultantes de uma contemplação em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades devem assumir na conformação da comunidade política,[111] materializando a dignidade da pessoa humana em um reconhecimento universal.[112]

A premissa material da dignidade da pessoa humana impõe que a autonomia individual seja apreciada não sob um enfoque meramente descritivo, mas sim, sobretudo, como uma submissão moral à personalidade individual.[113]

O valor da dignidade da pessoa humana funciona não só como fundamento da liberdade de expressão[114], mas também como limite, uma vez que o exercício deste direito fundamental deve realizar-se, sempre que possível, no respeito pelos demais direitos fundamentais.

Por outro lado, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser apresentado a uma concepção fechada, "[...] não podendo servir para a imposição constitucional de um qualquer absolutismo valorativo".[115] Pelo contrário, no seio de uma ordem constitucional pluralista, a dignidade da pessoa humana torna-se, em si mesma, um conceito compatível com

---

[111] GEWIRTH, Alan. *Human Dignity as the Basis of Rights.* The Constitution of Rights, Human Dignity and American Values. Ithaca: M. Meyer, W. ª PARENT. , 1992. p. 10 et seq.

[112] ADORNO, Roberto. The paradoxal notion of human dignity. *Revista internazionale di filosofia del diritto*, n. 2, p. 2, 2001.

[113] FALLON JÚNIOR, Richard H. Two senses of Autonomy. *Stanford University Law Review*, California, 46, p. 875-99 1994.

[114] Como ensina Jorge Miranda, "[...] não se prevê a participação [democrática] pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas". MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 45, p. 82, out./dez. 2003.

[115] MACHADO, J., *op. cit.*, p. 46.

diferentes concepções[116], devendo a liberdade de expressão em sentido amplo ser considerada como um requisito à realização dessa dignidade.

O princípio da igualdade é outro princípio constitucional digno de destaque no estudo da liberdade de expressão. Todos os indivíduos, possuidores ou não de divergentes concepções e distintas ideias, têm o direito de se fazer ouvir sem que o poder público esteja *a priori* legitimado a controlar e a administrar, de forma seletiva e interessada, as estruturas de comunicação.

Assim, o princípio constitucional da igualdade adquire um papel importante na determinação das bases que servirão para construir o acesso à liberdade de expressão, não podendo essa liberdade resultar da aceitação silenciosa dos dados fáticos da situação já encontrada, já que tal situação, muitas vezes, poderá revelar uma igualdade apenas formal[117] ou até mesmo uma completa desigualdade, materializando-se, assim, em situações já consolidadas de opressão e discriminação, situações essas que não admitem um debate público saudável e vantajoso.[118]

O princípio da igualdade deve ter como objetivo garantir a existência, inteireza e condição de acesso de uma esfera pluralista de discussão pública, exigindo-se o afastamento de eventuais discriminações já consolidadas no passado.

Com o objetivo de afastar os ciclos viciosos de discriminação é que a Suprema Corte Norte-Americana tem buscado proteger os grupos sociais minoritários, destacando-se, nesse sentido, a referência que essa corte constitucional fez ao analisar o caso *United States v. Carolene Products Co.,* na famosa nota de rodapé n. 4[119], impondo as normas que tenham um impacto discriminatório nas "minorias discretas e isoladas" (*discrete and insular minorities)*[120] à necessidade de se submeter a um controle mais apertado (*strict scrutiny*). Foi considerada essa referência como capaz de assumir grande importância na interpretação da *First Amendment*, a qual passou a ser reconhecida com uma posição preferencial (*preferred position*) na construção e manutenção de uma sociedade livre.[121]

Nesta mesma linha, Kenneth L. Karst coloca o princípio da igualdade como centro da liberdade de expressão, destacando a forma que esse direito deve ser apresentado à disposição

---

[116] *Idem*.
[117] SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution.* Cambridge: Mass, 1990. p. 68 et seq.
[118] STONE, Geoffrey R. Content Regulation and the First Amendment. *William and Mary Law Review*, Chicago, n. 25, p. 189-252,1983.
[119] Essa nota de rodapé contém, em traços gerais, as bases da sustentação da doutrina da posição preferencial, tal qual é utilizada até hoje nos EUA. Foi nessa nota, do voto majoritário do *Justice* Stone, que ocorreu, pela primeira vez, a fundamentação expressa a respeito do duplo padrão do teste da razoabilidade.
[120] United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938).
[121] M. LEESON, Susan; FOSTER C., *James. Constitutional Law, Cases in Context*. New York: Upper Saddle River,1992. p. 381.

dos grupos minoritários.[122] Sem embargo, não podemos perder de vista que o Estado de Direito – por definição – implica tanto os direitos das maiorias como o das minorias.

O princípio democrático também se situa com importante destaque no tema liberdade de expressão, pressupondo, para sua real existência, uma dialética entre o discurso e o "contra-discurso", entre a narrativa e a "contra-narrativa".[123]

A liberdade de expressão em sentido amplo é um dos direitos fundamentais mais relevantes para uma sociedade que se pretende democrática.[124] Por isso não se pode considerar exagerada a afirmação no sentido de que o grau e a plenitude do exercício da liberdade de expressão pode servir – e muito – como termômetro para medir o nível de liberdade e tolerância existentes em um determinado regime político, assim como para avaliar a maturidade alcançada pelas instituições políticas e jurídicas de uma sociedade.[125]

Também é a liberdade de expressão em sentido amplo, na qual se inclui a liberdade de opinião, constitutiva do princípio democrático por antonomásia, uma vez que promove a autonomia individual e forma o ambiente plural de participação democrática.[126]

Para o catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Santiago de Compostela, Francisco Fernández Segado, o direito à liberdade de expressão não é só um direito fundamental de toda a pessoa que se encontra com sua dignidade, mas apresenta-se como indispensável para que se possa existir um autêntico sistema democrático. As eleições só podem desempenhar-se bem em relação ao seu objetivo quando o cidadão se encontra em condições de poder formar um juízo sobre a vida política e a conduta de seus governantes, de modo tal que possa aprovar ou rechaçar sua gestão. Daí, afirma o autor, o Tribunal Constitucional da Espanha certificar, por reiteradas vezes, que as liberdades informativas não são só direitos fundamentais de cada cidadão, mas sim "[...] significam, deste modo, o reconhecimento e a garantia de uma instituição política fundamental, que é a opinião pública

---

[122] KARST, Kenneth L. Equality as a Central Principle in the First Amendment. *University of Chicago Law Review*, Chicago, n.43, p. 20 et seq., 1975.
[123] ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations, Law Between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press Berkeley, 1998. p. 200 et seq.
[124] BOYLE, Kevin. Hate Speech. The United States versus the rest of the world? *Maine Law Review*, Maine, v. 53:2, p. 490, 2001.
[125] BIDART CAMPOS, Germán J. "Medios de comunicación em la democracia: liberdad de expressión; empresa; poder social; proyección institucional", em *AA.VV.*, Revista de doctrina n. 1: La Constitución, el derecho y los medios de comunicación. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, p. 9 et seq., 2001.
[126] BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: ____. *Estúdios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 78.

livre[...]", indissoluvelmente ligada ao pluralismo político, valor fundamental de nosso ordenamento e requisito de funcionamento do Estado Democrático.[127]

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, por sua vez, tem declarado repetidamente que a liberdade de expressão, enquanto transmitida de maneira verdadeira de fatos noticiáveis, de interesse geral e relevância pública, não se erige unicamente em direito próprio de seu titular, mas sim em uma parte essencial para configurar o Estado Democrático, garantindo a formação de uma opinião livre e a realização do pluralismo como princípio básico de convivência.[128]

Diante do fato de a liberdade de expressão em sentido amplo ser considerada um direito fundamental com importantes finalidades, garantido por vários princípios constitucionais, outra questão se impõe: a liberdade de expressão em sentido amplo é um direito fundamental limitado ou absoluto? Em sendo um direito fundamental limitado, quais são os limites desse direito fundamental?

---

[127] SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 121, p. 77, jan./mar. 1994.

[128] Entre a abundante jurisprudência: SSTC - 6/1981; 104/1986; 159/1986; 171/1990; 172/1990; 219/1992; 240/1992; 173/1995. No mesmo sentido, ressaltando o entendimento do citado Tribunal Constitucional: FERRIZ, *op. cit.*, p. 53.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL LIMITADO: TEORIAS EXTERNA E INTERNA

2.1 **Introdução**

Séculos atrás, mais precisamente até o Século XVIII, predominava o entendimento firmado no sentido de que os direitos fundamentais eram absolutos e ilimitados. Esta ideia originava-se de uma fundamentação jusnaturalista, tributária do conceito racionalista do Direito Natural e singular do pensamento de John Locke, no sentido de que qualquer restrição aos direitos fundamentais resultava *contra natura.*[129]

Como exemplo de uma situação normativa que enxergava em um direito fundamental (a liberdade de expressão) a natureza de um direito absoluto, podemos mencionar a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que estabelecia em sua 12ª Seção que "[...] a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos."[130]

Essa ideia de direito fundamental como um direito absoluto ou ilimitado, não admitindo restrições, hoje, encontra-se superada.[131] Como ensina Fernández Segado, "[...] o caráter limitado dos direitos é hoje uma evidência que não admite contestação alguma."[132]

A visão dos direitos fundamentais como direitos limitados ou restringíveis decorre especialmente do caráter universal ou geral dos direitos fundamentais e da necessária coexistência desses direitos entre si ou com outros bens jurídicos constitucionalmente

---

[129] CAMAZANO, *op. cit.*, p. 35.

[130] No original, temos o seguinte texto: "That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but buy despotic governments."

[131] Existem algumas discussões no sentido de que o direito de não ser torturado e a proibição de censura poderiam se caracterizar como direitos absolutos. Todavia, encontra-se mais acertado o entendimento no sentido de que esses direitos (não ser torturado e proibição de censura) apenas retratam os limites últimos dos direitos fundamentais à integridade física e à liberdade de expressão, direitos esses que admitem restrições. A respeito do tema, torna-se interessante consultar as seguintes obras: MARSHALL, Geoffrey. Declaraciones de derechos: problemas básicos em su elaboración y aplicacion (I). Traducción de Ana Recarte Vicente-Areche. *RCEC*, Oxford, n. 1, p. 342, sep./dic. 1988; CAMAZANO, *op. cit.*, p. 41 et seq.; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La tortura judicial em España*. Barcelona: Crítica, 2000. p. 6; FINNIS, John. *Natural Law and natural rights*. Oxford: Clarendon Law Series, 1999. p. 223 et seq.; GEWIRTH, Alan. Are there any abolute rights? In: WALDRON, Jeremy (Ed). *Theories of rigts*. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 91 et seq.; PERRY, Michael J. Are human rights absolute? In: ____.*The idea of human rights: four inquiries.* New York: Oxford University Press, 1998, p. 87 et seq.
Para o Supremo Tribunal Federal não existem, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias revestidos de natureza absoluta. Cf. RTJ 173/805-810, 807-808, a título de exemplo.

[132] SEGADO, Francisco Fernández. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. p. 100.

protegidos.[133] Como assevera Jean-François Renucci, se os direitos fundamentais forem considerados absolutos, essa ideia conduziria a uma profunda ineficácia, impondo-se a sua limitação por questões até mesmo pragmáticas.[134] Ou, como afirmou a Corte Constitucional da Itália, "[...] o conceito de limite é inerente ao conceito de direito e, no conjunto do sistema jurídico, as diferentes situações de direito devem necessariamente limitar-se reciprocamente, a fim de que possam coexistir em uma comunidade civil bem ordenada."[135]

O artigo 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, evidencia essa característica dos direitos fundamentais, ao estabelecer que:

> [...] no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Ultrapassado esse debate, a principal discussão contemporânea se prende a um outro tema correlato: a limitação do direito fundamental é intrínseca ao próprio direito previsto como fundamental ou decorre de fatores externos (outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente previstos)?

Esse questionamento é importante, sobretudo, em razão da consequência que pode gerar a sua resposta. Entendendo-se que uma determinada situação não deve ser tutelada porque está fora do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental (por exemplo, se alguém entende que o direito fundamental à liberdade de expressão não tutela a veiculação de uma informação inverídica), essa situação pode ser completamente rejeitada porque não existe em relação a ela o correspondente direito naquela hipótese concreta.[136] Por outro lado, estando-se diante de uma situação protegida, ainda que *prima facie*, por um determinado direito fundamental, mas que, dependendo das circunstâncias concretas, pode vir a ferir outro direito fundamental, possibilitando, assim, o surgimento de um conflito entre esses direitos, a solução do problema não poderá admitir o sacrifício total de um dos direitos em conflito, uma vez que o núcleo fundamental de um direito fundamental não está sujeito à ponderação.[137]

---

[133] ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones básicas de la teoria de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), Madrid, n. 71, p. 98, ene./mar. 1991.
[134] RENUCCI, Jean-François. *Droit européen des droits de l´homme*. Paris: L.G.D.J., 1999. p. 369.
[135] Sentença 1/1956. No texto original, temos: "[...]il concetto di limite è ínsito nel concetto di diritto e che nell´ambito dell´ordinameno le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell´ordinata convivenza civile".
[136] CAMAZANO, *op. cit.*, p. 256.
[137] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 217.

Apesar de esse trabalho não ter o propósito de analisar os contornos dos direitos fundamentais de uma forma genérica, com um estudo mais aprofundado sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou sobre os limites imanentes desses direitos, uma análise em torno das teorias que estudam a possibilidade lógica de restrição[138] dos direitos fundamentais se faz imprescindível, em razão de ambas as teorias partirem de um pressuposto básico: o conhecimento do conteúdo do direito fundamental analisado, tema importante para esse trabalho no que diz respeito à liberdade de expressão.

Nesse aspecto, duas são as principais teorias desenvolvidas sobre a possibilidade lógica de restrição aos direitos fundamentais: a) a teoria interna (ou concepção estrita) dos limites dos Direitos Fundamentais; e, b) a teoria externa (ou concepção ampla) dos limites dos Direitos Fundamentais.[139]

Ambas as teorias estão relacionadas diretamente com as diferenciações feitas entre regras e princípios e com a possibilidade ou não de ponderação dos princípios fundamentais.

2.2 **A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais**

Para essa teoria[140], a Constituição já determina, previamente e de maneira definitiva, o conteúdo de todos os direitos fundamentais, fixando ainda todos os seus limites. O conteúdo de todo direito fundamental já vem limitado, por assim dizer, de antemão e a partir de dentro, pela própria Constituição, em razão da própria natureza de cada direito e de sua função social.[141] Dessa forma, as disposições legislativas e as medidas adotadas pelos demais poderes públicos não têm o poder de impor restrições externas aos direitos, mas sim apenas de realizar

---

[138] Apesar de a expressão limites dos direitos fundamentais ou restrição dos direitos fundamentais ser dotada de certa ambiguidade, a expressão será utilizada aqui com a finalidade de demonstrar as diversas situações que evidenciam o caráter não absoluto dos direitos fundamentais. A respeito das diferenças entre conformação, limitação e concretização dos Direitos Fundamentais, recomenda-se a leitura de: CAMAZANO, *op. cit*., p. 64 et seq.

[139] No Brasil, a obra de Jane Reis praticamente esgota o assunto. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131 et seq.

[140] Também intitulada de "concepção estrita do conteúdo dos direitos fundamentais", nas lições de Manuel Medina Guerrero. Cf. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Ciencias Juridicas, 1996. p. 93.

[141] SEGADO, Francisco Fernandez. La Teoria Juridica de los Derechos Fundamentales em la Doctrina Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 13, n. 39, p. 237, sep./dic. 1993.

uma delimitação pormenorizada do conteúdo do direito limitado de antemão pela própria Constituição.[142]

Apenas nos casos em que houver uma autorização expressa do constituinte é que o legislador infraconstitucional poderá fazer uma verdadeira e autorizada restrição a um direito fundamental. Nas demais situações, caberá ao legislador ordinário apenas delimitar o direito fundamental com a finalidade de revelá-lo, levando-se sempre em consideração a premissa de que o direito fundamental tem um conteúdo definitivo e previamente determinado.

Essa teoria também se mostra importante no campo da interpretação judicial. Se o direito fundamental já está estabelecido previamente e de forma definitiva pelo constituinte, incorporando-se a um sistema único e harmônico de normas jurídicas, não haverá possibilidade de ocorrer uma situação em que se possa evidenciar um caso de conflito entre direitos fundamentais. O que se poderá vislumbrar, na verdade, é a hipótese concreta ser resolvida pela aplicação adequada de apenas um dos direitos fundamentais potencialmente aplicáveis ao caso, tratando-se meramente de um simples caso de interpretação sistemática e unitária da Constituição.[143]

Diante de uma situação concreta, o intérprete deverá analisar o conteúdo do direito fundamental já previamente estabelecido em definitivo pelo constituinte e verificar qual o direito fundamental que se aplica ao caso. Apenas um direito fundamental será adequadamente aplicável à hipótese, não mais.

Não existe, em realidade, a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais ou entre tais direitos e outros bens constitucionais, uma vez que nenhum direito, em um sistema único e harmônico de normas jurídicas, pode imiscuir-se no campo semântico de outro direito.[144]

Assim, o papel do intérprete é desvendar a demarcação precisa de cada um dos direitos fundamentais. Concluída esta tarefa, cada situação concreta só poderá ensejar a aplicação de um único direito fundamental, jamais existindo a possibilidade de dois direitos fundamentais serem aplicados adequadamente.

Como ensina Friedich Müller, autor que adota a teoria interna,

---

[142] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estúdios políticos y Constitucionales, 2003. p. 455.

[143] Nas palavras de Otto y Pardo: "Se se delimita o alcance da proteção que presta o direito fundamental, os problemas tratados como 'limitação para proteger outros bens constitucionais' mostram ser em realidade, quando se trata verdadeiramente de bens de índole constitucional, problemas de interpretação sistemática e unitária da Constitiuição e que não é preciso ponderação alguma de bens e valores, nem consequentemente hierarquização dessa natureza, sim um exame pormenorizado do conteúdo de cada uma das normas." Cf. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992. p. 143.

[144] PULIDO, *op. cit.*, p. 453.

> [...] o texto determina os limites extremos de possíveis variantes em seu significado. Mas além de tais limites não é lícito que os elementos do âmbito normativo, muitas vezes somente insinuando os preceitos constitucionais mediante palavras chaves, convertam-se no fator decisivo da aplicação jurídica.[145]

Isso ocorre, segundo o autor, porque a indeterminação dos direitos fundamentais pressupõe que esses direitos tão somente podem ser concretizados minimamente a partir do texto normativo. Assim, a normatividade dos direitos fundamentais não se pode esgotar no texto da norma. As disposições normativas não podem ser aplicadas como prescrições cerradas em si mesmas, mas sim devem ser concretizadas em relação ao caso concreto.

Desta forma, a concreção das disposições constitucionais, em especial, das disposições de direitos fundamentais, realiza-se através do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, através das atividades dos titulares das funções estatais e não somente través das disposições normativas.[146]

Diante desse entendimento, fácil conceber a razão pela qual esta teoria considera equivocada a teoria da ponderação de princípios, doutrina essa que tem como diretriz norteadora de suas lições a possibilidade de dois direitos fundamentais entrarem em colisão real diante de uma situação concreta. Para os adeptos da teoria interna, a ponderação não cumpre com um mínimo de racionalidade metodológica, tratando-se de um critério subjetivo e extremamente irracional.

Para a teoria interna, portanto, não existem duas coisas distintas, o direito e suas restrições, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo previamente fixado de forma definitiva pelo constituinte. Essa teoria, na verdade, substitui o conceito de restrição pelo de limite.[147] As dúvidas existentes em relação aos limites do direito são relacionadas ao conteúdo do direito e não acerca de se o direito deve ou não ser limitado.[148]

O direito fundamental segundo a teoria interna já tem um conteúdo bastante reduzido, de forma que muitas situações não estão contempladas pelo direito fundamental em análise. Um discurso obsceno (*obscene speech*) ou um discurso publicitário ou comercial (*commercial speech*)[149], por exemplo, estariam fora desse contorno de proteção. Por isso, não se pode

---

[145] MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de lãs normas jurídicas. Traducción de Luis Villacorta Mancebo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 9, n. 27, p. 125, sep./dic. 1989.

[146] CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn.* Madrid: Centro de estúdios consitucionales, 1994. p. 107 et seq.

[147] Os direitos fundamentais, sob essa perspectiva, não são absolutos, uma vez que possuem limites.

[148] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 269.

[149] Nos EUA, por exemplo, o *commercial speech* não era considerado como digno de proteção da Primeira Emenda desde o julgamento do caso *Valentine v. Chrestensen* (316 US 52 (1942)). Somente a partir do julgamento, pela Suprema Corte dos EUA, do caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 US 478 (1976), é que o *commercial speech* passou a ser considerado como protegido pela Primeira Emenda. Interessante observar, ainda,

admitir um conflito entre a liberdade de expressão nesse caso e outro direito fundamental em razão simplesmente de a liberdade de expressão não ser aplicada adequadamente ao caso.

Neste sentido é que Ignacio de Otto y Pardo traz à colação alguns casos com o objetivo de fundamentar o acerto da teoria interna. Segundo o autor, a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha STC 2/1982, por exemplo, com a finalidade de justificar a imposição de uma pena por coações ocorridas no curso de uma reunião, não precisava, em absoluto, argumentar com os limites do correspondente direito, por uma óbvia razão: a de que o direito de reunião não compreende conceitualmente o direito de exercer coações sobre os demais.[150]

Da mesma forma, afirma o autor, a sanção imposta a um funcionário que abandonou o seu trabalho para assistir a uma reunião ou a uma missa não é, obviamente, limitação alguma aos correspondentes direitos fundamentais. Apenas tais direitos fundamentais não abraçam essas hipóteses concretas.[151]

Para os defensores da teoria interna, a ideia de ponderação de princípios se prende a uma ideia equivocada: à de que os direitos fundamentais constituem uma ordem concreta de valores que entram frequentemente em rota de colisão. Para esses autores, os direitos fundamentais, em razão de sua tipificação constitucional e ao possuir eficácia normativa, estão revestidos de um caráter deontológico, que não se compatibiliza com o caráter teológico próprio dos valores.[152] Por consequência, os direitos fundamentais são entendidos como normas jurídicas, capazes de constituírem prescrições obrigatórias para todos os casos abrangidos pela norma-regra.[153]

No entendimento de Desantes e Soria, a palavra limitação, com referência a um direito fundamental, é inoportuna, uma vez que um direito inerente a uma pessoa, como é o caso, por exemplo, da liberdade de expressão, não tolera que nada, nem ninguém o limite a partir de fora.[154]

Assim, o direito fundamental só estará preservado (como instituição) se exercido na realidade da vida social, cada dia e cada hora, por uma pluralidade de titulares. Em razão

---

que o discurso obsceno se diferencia claramente do discurso indecente (*indecent speech*), este sim protegido pela Primeira Emenda. Cf. GODWIN, Mike. *The Difference between Obscenity and Indecency*. Disponível em: <http://cu-digest.org/cda/mike>. Acesso em: 7 fev. 2009.

150 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, *op. cit.*, p. 138.

151 *Ibidem*, p. 139.

152 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 314 et seq.

153 Para a teoria interna, os direitos fundamentais têm sempre a estrutura de regras. Assim, se a norma possui validade, ela segue o raciocínio do "tudo ou nada". A respeito da explicação desse raciocínio "tudo-nada", torna-se interessante consultar: DWORKIN, Taking... *op. cit.*, p. 25 e ALEXY, *op. cit.*, p. 82 et seq.

154 DESANTES GUANTER, José María; SORIA, Carlos. *Los limites de la información:* la información em la jurisprudência del Tribunal Constitucional, las 100 primeiras Sentencias. Madrid: Asociación de Prensa, DL, 1990. p. 62-63.

disso, o direito fundamental não pode ser julgado unicamente a partir das possibilidades jurídicas de sua realização, uma vez que os direitos fundamentais perderiam a sua significação institucional se já não são exercitados por uma pluralidade de titulares.[155]

Desta forma, precisamente em uma democracia, o abuso de uma liberdade é especialmente perigoso para o conjunto da comunidade e para o direito fundamental como instituição porque esse abuso pode impedir o exercício dos direitos fundamentais por uma pluralidade de titulares e o destruir como instituição, de forma que se pode facilmente entender que o abuso de um direito não pertence, desde o princípio, ao conteúdo do direito fundamental.

Igualmente, as leis que impedem o abuso não são "restrições" de um direito, uma vez que a inadmissibilidade de um abuso de direito se deriva da própria natureza da liberdade, sendo algo que se fusiona com a dimensão institucional dos direitos fundamentais. Com isso faz-se claro que uma investigação em torno das regulações legislativas no âmbito dos direitos fundamentais deve levar a sua qualificação como *conformação* e *determinação* (conforme a essência) dos diretos fundamentais, nunca como uma restrição.[156]

2.3 **A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais**

Segundo essa teoria[157], a identificação do âmbito de proteção de um direito fundamental exige duas fases de raciocínio. Identifica-se o conteúdo inicialmente (e não de forma definitiva) protegido de um direito fundamental. Nesta fase, diferentemente da teoria interna, o âmbito de proteção do direito fundamental é bem amplo[158]. Posteriormente, haverá a necessidade de promover uma harmonização do conteúdo desse direito fundamental identificado *prima facie* com os demais direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, chegando-se, então, após essa segunda fase, ao conteúdo definitivo do direito

---

[155] É que o desfrute simultâneo dos direitos fundamentais é impossível sem uma ordenação, de indubitável alcance restritivo, de seu exercício. Cf. ECHAVARRIA, *op. cit.*, p. 98.

[156] HÄBERLE, Peter. *La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn. Uma contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoria de la reserva de la ley.* Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003. p. 118-119.

[157] Ou concepção ampla, nas palavras de MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, p. 91 et seq.

[158] Nas palavras de Pedro Serna e Fernando Toller, o âmbito de proteção do direito fundamental abrange "[...] as faculdades que genericamente se conectam com o interesse individual protegido pelo direito, entendidas com a maior extensão possível, sem prender-se em comprovar se podem danificar ou afetar algum direito dos demais ou interesse comunitários." Cf. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos.* Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 20.

fundamental: a identificação das situações que podem considerar-se definitivamente amparadas por um direito fundamental[159]. Desta forma, em razão de se chegar ao conteúdo definitivo do direito fundamental somente após uma segunda fase do *iter argumental*[160], é que se pode afirmar que o conteúdo do direito fundamental inicialmente determinado pode ser restringido por fatores externos a ele[161]. Pode-se concluir, assim, que, num determinado caso concreto, o direito fundamental existe *prima facie*, mas por algum fator externo – outros direitos fundamentais, a ordem pública, a moral pública, o bem comum –, tornou-se necessário reduzir (restringir) o seu alcance.

A relação entre o direito fundamental e a sua restrição surge em razão de uma necessidade externa ao direito, uma necessidade de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos e também os direitos individuais e os bens coletivos.[162]

Para a teoria externa, qualquer restrição a um direito fundamental é uma restrição externa ao direito, uma restrição que procede a partir de fora do direito, tornando-se necessário, portanto, para que essa restrição seja admitida pelo ordenamento jurídico, que ela se submeta ao conjunto de garantias que a Constituição prevê, garantias essas próprias de um estado de direito, para qualquer atividade limitadora de um direito fundamental: autorização constitucional, a lei que restringe o direito fundamental deverá ser genérica, a observância do princípio da proporcionalidade, o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental restringido.[163]

Em verdade, a teoria externa defende o princípio da proporcionalidade como um critério capaz de definir o conteúdo definitivo dos direitos fundamentais. Como ela prefere interpretar extensivamente o direito para, posteriormente, pronunciar-se definitivamente

---

[159] BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 20, n. 59, p. 31, mayo/ago. 2000.

[160] A expressão é utilizada por Pedro Serna e Fernando Toller. Cf. SERNA; TOLLER, *op. cit.*, p. 20.

[161] Para a teoria interna dos *limites imanentes*, essa necessidade de conformar um determinado direito fundamental com todos os demais não representa uma limitação externa ao direito fundamental (uma limitação que decorre do legislador infraconstitucional ou de qualquer outro fator externo ao direito), mas representa sim uma *delimitação* prévia da extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais feita pela própria Constituição, tendo em vista que esses direitos devem ser interpretados de forma unitária e harmônica. Trata-se, assim, de limites imanentes aos direitos fundamentais. Essa teoria representa uma maneira de explicar a necessidade de um determinado direito fundamental conviver com os demais sem precisar recorrer a uma teoria externa de limitação. Interessante abordagem a respeito do assunto é feita por Mariano Bacigalupo, ao levantar o seguinte questionamento: os limites imanentes delimitam a extensão do âmbito de proteção do direito fundamental ou constituem tais limites uma verdadeira limitação do direito? Cf. BACIGALUPO. Mariano. La aplicacion de la doctrina de los "limites inmanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitacion legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 13, p. 307, mayo/ago. 1993. Luís Virgílio Afonso da Silva evidencia a respeito da teoria dos limites imanentes como uma forma de explicar a teoria interna dos direitos fundamentais. Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Tese (Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular) - Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 168.

[162] ALEXY, *op. cit.*, p. 268.

[163] SERNA; TOLLER, *op. cit.*, p. 19.

acerca de tal conteúdo, o princípio da proporcionalidade acaba se firmando como um critério capaz de desvelar o conteúdo do direito fundamental de forma definitiva diante das circunstâncias concretas.

Essa corrente é aceita pela maioria das jurisprudências constitucionais, destacando-se aqui como adeptos dessa teoria, entre outros, Robert Alexy[164] e M. Borowski[165] (na Alemanha[166]), Manuel Medina Guerrero[167] e Joaquín Brage Camazano[168] (na Espanha), e Pedro Serna e Fernando Toller[169] (na Argentina).

No Brasil, é amplamente majoritário o entendimento doutrinário e jurisprudencial que acolhe a teoria externa, fixando-se a ponderação de princípios como método capaz de orientar o intérprete no momento de solução de conflitos entre direitos fundamentais, entendimento este que acolhemos como acertado.

O método da ponderação nos parece realmente o mais acertado para o equacionamento de conflitos entre princípios fundamentais em razão de representar uma metodologia que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, não ignorando nenhum desses valores, para que a Constituição seja preservada na maior medida possível.[170] Corresponde, pois, "[...] ao que os juízes e intérpretes fazem de fato nestes casos difíceis – pesam e contrapõem interesses, valores, argumentos – e por indicar a eles um caminho mais racional e controlável para esta empreitada hermenêutica."[171]

---

[164] ALEXY, *op. cit.*, p. 81 et seq.; 129 et seq.; 241 et seq.

[165] Segundo o autor, "[...] a teoria dos princípios, e com ela a teoria dos direitos limitáveis, é até agora o melhor caminho para um melhor entendimento da estrutura dos direitos fundamentais." Cf. BOROWSKI, *op. cit.*, p. 56.

[166] Na Alemanha predomina o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais estão sujeitos à limitação em certas circunstâncias e que essas limitações são governadas pelo princípio da proporcionalidade, princípio esse que exige que qualquer interferência nos direitos fundamentais seja apropriada, necessária e razoável, isto é, proporcional em sentido estrito. Cf. ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Mathias. *Introduction to German Law.* 2nd ed. Washington: Kluwer Law International, 2005. p. 76.

[167] O autor cita inúmeras decisões do Tribunal Constitucional da Espanha com o objetivo claro de demonstrar que tal Corte Constitucional teria adotado a teoria externa. Cf. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, p. 91 et seq.

[168] CAMAZANO, *op. cit.*, p. 256.

[169] Para quem "[...]ao menos no caso espanhol, e a nosso ver, só há limites externos ao direito fundamental. Não existem, sinceramente, limites imanentes (em sentido estrito), categoria que deve por isso rechaçar-se a si mesma. [...] Basta agora aqui deixar apontada esta idéia geral, que tem inválida a classificação que distingue entre limites imanentes (estritos) e limites externos, salvo na medida em que ela resulta útil para excluir toda possível existência dos primeiros." Cf. SERNA; TOLLER, *op. cit.*, p. 87.

[170] ANDRADE, *op. cit.*, p. 222.

[171] SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech". In: ____. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 260.

2.3.1 A verdade como limitação externa à liberdade de informação

Conforme já explicado no Capítulo 1 desta tese, o condicionamento à verdade é capaz de diferenciar a liberdade de expressão em sentido estrito da liberdade de informação, tornando-se interessante descobrir agora o que se entende por informação verdadeira como limitação externa à liberdade de informação.

Nessa direção, informação verdadeira, segundo o entendimento predominante, é entendida como a informação resultante de um trabalho diligente do informador, uma informação concebida com base em dados concretos, não servindo para isso meras insinuações ou boatos. Ou seja, se o responsável pela informação empreendeu todos os esforços necessários para checar a informação, não sendo negligente em relação a esse requisito, encontrando fundamentos concretos capazes de confirmar a informação, mesmo que *a posteriori* a informação veiculada não coincida com a realidade, o requisito da veracidade estará preenchido. Desta forma se fala que a verdade exigida aqui é a verdade subjetiva e não a verdade objetiva.[172]

A respeito, torna-se interessante transcrever parte de uma importante decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha[173], a STC 6/88. Essa decisão formou a base da doutrina constitucional espanhola sobre o requisito da veracidade no que diz respeito à livre informação, ao revelar que:

> O ordenamento não presta sua tutela a tal conduta negligente nem a de quem comunica como fatos simples rumores ou, pior ainda, meras invenções ou insinuações insidiosas, mas sim ampara, em seu conjunto, a informação retamente obtida e difundida, ainda quando sua total exatitude seja controvertida [...].
> O direito de comunicar 'informação verdadeira', todavia não deixa de amparar as afirmações controvertidas, mas sim requer de quem as transmita uma específica diligência, já que o direito constitucional não ampara não somente a 'informação' que se sabe inexata por quem a transmite, mas sim a que, difundida sem contraste algum com dados objetivos e carentes de toda sustentação fática, se revela depois como não acreditada no curso de um processo.

Em outra decisão, a STC 105/90, o Tribunal Constitucional da Espanha se manifestou da seguinte forma a respeito do tema: "Informação verdadeira em sentido do art. 20. 1. d),

---

[172] Essa também é a posição da Corte de Cassação da Itália. A título de exemplo, recomenda-se a leitura da seguinte decisão: Sentença de Cassação Penal, de 18 setembro de 2008, n. 35646. Nesse julgado ficou estabelecido que: "Pubblicazione di fatti non veri per errore scusabile: il giornalista è salvo."

[173] O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também tem manifestado o mesmo entendimento a respeito do assunto. Neste sentido, torna-se relevante consultar as decisões proferidas em *Blandet Trompes y Stensaas*, de 20 de maio de 1999 e em *Fressoz y Roire*, de 21 de janeiro de 1999, entre várias outras.

significa informação comprovada segundo os cânones da profissionalidade informativa, excluindo invenções, rumores ou meras insídias."

Mais clara ainda foi a STC 51/1997, também proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, ao determinar expressamente que:

> Agora bem, o fato de a informação transmitida ser falsa não obsta, como já indicado, para que se segue tendo cobertura sob o âmbito da proteção do art. 20. 1. D) CE. Como já se tem dito, ainda quando a Constituição submete a liberdade de informação ao expresso limite da 'veracidade' da notícia, não pode exigir-se ao profissional da informação ou ao cidadão que transmita a verdade objetiva, histórica ou judicial, mas sim que ponha todo o seu dever de diligência para aferir suas fontes de informação a ponto de alcançar a verdade que o art. 20. 1. d) da Constituição requer.[174]

Não se pode exigir que somente a informação objetivamente verdadeira seja amparada pelo direito constitucional à liberdade de informação. É que "as informações errôneas são inevitáveis em um debate livre de tal forma que, se impusermos 'a verdade' como condição para o reconhecimento do direito, a única garantia assegurada juridicamente seria o silêncio"[175], já que, em muitos casos, a separação entre o certo e o falso nem sempre é possível. Assim, apesar de a verdade possuir um caráter objetivo, nem sempre será simples conhecer o que aconteceu realmente.

A tese da veracidade subjetiva foi também aceita pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *New York Times v. Sullivan*. Neste julgado, a Suprema Corte determinou expressamente, através do juiz William J. Brennan Jr, que uma "regra compelindo a crítica da conduta oficial à garantia da verdade [objetiva] de todas as suas afirmações factuais conduz a uma comparável 'auto-censura'"[176], acrescentando que uma imputação falsa feita a um funcionário público deve, em regra, gozar de proteção, salvo se ficar evidenciado que a informação falsa foi difundida com conhecimento de sua real ou provável falsidade ou com temerário desinteresse (*reckless disregard*) a respeito de se a dita informação era verdadeira ou não.[177]

---

[174] No Brasil, essa posição já foi adotada, entre várias outras, pelo desembargador Dídimo Inocêncio, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar, no dia 11.03.2004, a Apelação Cível nº 424599-2 – Poços de Caldas. Em seu voto, vencido, o desembargador asseverou sobre o tema que: "Segundo Edilson de Farias, o limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à verdade subjetiva, e não à verdade objetiva. Vale dizer: no Estado Democrático de Direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de qualquer divulgação. Em resumo, a veracidade que o direito à informação implica constitui um problema de deontologia profissional."

[175] STC 6/88.

[176] No mesmo sentido, falando sobre o efeito da autocensura da imprensa como decorrência do fato de obrigá-la a informar apenas notícias verdadeiramente objetivas, encontra-se a seguinte obra: BARRANCOS Y VEDIA, Fernando. *Acerca del caso "Campillay"*. LL, 1986-D-979.

[177] Neste sentido também é que se desenvolveu a doutrina norte-americana da reportagem neutra (*neutral reportage*).

Com base nesse entendimento da verdade subjetiva é que já está bem sedimentado na doutrina e jurisprudência que os erros circunstanciais não são capazes de afetar a essência verdadeira da informação, pois a veracidade deve ser analisada sob uma perspectiva global que determine se o comunicado é essencialmente verdadeiro, sem excluir, portanto, que se possa produzir a verdade com erros ou inexatidões circunstanciais. Nem todo erro é capaz de converter em falsa uma informação, conforme decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha ao apregoar que: "[...] a informação, retamente obtida e razoavelmente contrastada é digna de proteção, ainda que sua total exatitude seja controvertida ou se incorra em erros circunstanciais que não afetam a essência do informado."[178]

Por outro lado, para a fiel observância da verdade subjetiva não é suficiente que a informação tenha uma base real, sendo necessário que os fatos não se tergiversem de maneira tal que o público tenha uma ideia errônea sobre o que realmente aconteceu. Interessante decisão neste aspecto foi dada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao analisar o caso de um informativo que, a partir de um fato real isolado, afirmava, de forma generalizada, que uma determinada empresa que vendia produtos por catálogos com amostra dos produtos faltava com suas obrigações contratuais com seus clientes. Apesar de baseada em um fato real, a informação distorceu de tal maneira a notícia que fez o público extrair conclusões equivocadas sobre o acontecimento[179], afirmando o TEDH a respeito que:

> Tem-se que acrescentar que uma informação verídica se pode modificar e se modifica com observações complementares, juízos de valor e suposições, inclusive com insinuações. Deve-se reconhecer também que um incidente isolado pode merecer um exame mais a fundo antes de ser divulgado, sem o qual sua relação exata daria a falsa impressão de que se coloca expressamente uma prática generalizada.[180]

---

[178] STC 123/93. O TEDH tem se manifestado na mesma direção. A respeito, torna-se interessante consultar a decisão proferida pelo citado tribunal no caso *Schwabe c. Austria*, de 28 de agosto de 1992.

[179] No Brasil, esse tipo de atuação da imprensa foi identificado no julgamento do REsp. nº 36.493-SP, do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Eis algumas partes do julgado. "Responsabilidade civil – Indenização – Dano moral – Lei de Imprensa – Divulgação que omite parte do fato, relevante para valoração da conduta da pessoa – Configurado o abuso – Inteligência do art. 27, IV, da Lei de Imprensa. [...] No seu recurso, a ré aduz ser lícita a divulgação parcial ou abreviada de despachos e de sentenças. No caso, as instâncias ordinárias consideraram que a divulgação da existência apenas da condenação criminal do autor em 1º grau, quando já transitara em julgado acórdão absolutório, caracterizou a divulgação culposa 'de uma meia-verdade, o que corresponde a uma inverdade', que não era lícito à ré cometer. Para essa conclusão, apreciou (1) o porte e a tradição da empresa; (2) a existência de anterior reportagem sobre o autor, também injuriosa, que o levara a promover ação indenizatória contra a ré; (3) ter sido a nova notícia sobre o autor inserida em reportagem sobre fato bem diverso, envolvendo a absolvição de um motorista e o indiciamento do então Prefeito Municipal de São Paulo. Nesse contexto, a eg. Câmara julgou que a omissão, maldosa, de um fato posterior favorável ao autor, caracterizou o abuso da liberdade de informação, excluída no âmbito do art. 27, IV, da Lei n. 5.250/67. Admitindo o fato de que a meia-verdade constitui o abuso, a conclusão está absolutamente correta, pois o que o art. 27, IV, da Lei de Imprensa permite a divulgação de verdades, ainda que de forma abreviada ou resumida. Quando a divulgação omite, voluntariamente, por dolo ou culpa, parte do fato, relevante para a valoração ética da conduta da pessoa objeto da notícia, não há resumo ou abreviatura, mas sim abuso".

[180] *Market Intern Verlag and Klaus Beermann v. Germany*, de 20 de novembro de 1989.

A diligência a ser devidamente empregada pelo responsável pela veiculação da notícia pode ser analisada a partir de diversos critérios, destacando-se como importantes dois deles: a) a origem da informação: a informação pode ser dotada de maior ou menor credibilidade, dependendo das características de sua fonte; e, b) as consequências da informação: quanto maior a lesão que presumivelmente se vai ocasionar a determinados bens da pessoa como consequência da difusão de uma informação, maior deverá ser a diligência a respeito da veracidade da informação.[181]

Aceitar a tese da veracidade subjetiva exige, entretanto, o acatamento de certas consequências, tal como a que reconhece a existência de um verdadeiro conflito entre o direito à livre informação e o direito à honra, uma vez que, diante de um comportamento diligente do responsável pela notícia, o direito à honra poderá ser lesionado pela publicação de uma notícia falsa, notícia essa que merecerá proteção constitucional diante de sua veracidade subjetiva.[182]

Se o meio de imprensa realiza todas as diligências necessárias para descobrir a verdade, mas acaba divulgando uma notícia falsa capaz de ofender a honra de alguém, em razão de estar presente o requisito da veracidade subjetiva, entende-se que a informação deve se considerar verdadeira e, por conseguinte, se existir uma lesão à honra, esta deverá ser entendida como justificada.

Em outras palavras, aceitar a tese da veracidade subjetiva significa fazer uma opção. Entre o risco de condenar o informador ao silêncio e o sacrifício da honra daquele mencionado pela informação, decide-se pela preferência ao estímulo do fluxo de notícias necessário à formação da opinião pública. Por outro lado, uma correta interpretação e

---

[181] DE DOMINGO, Tomás; MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Um análisis desde lãs relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 127.
No caso *Campillay, Julio C. c La Razon y Otros*, de 15 de março de 1986, ficou estabelecido pela Corte Suprema de Justiça da Argentina que um periódico, para ficar isento de responsabilidade pela veiculação de uma notícia inexata, precisará, ao publicar a notícia: a) oferecer a informação atribuindo seu conteúdo diretamente à fonte pertinente e, se possível, transcrevendo-a; b) empregar um modo verbal potencial e não afirmativo ao divulgar a notícia; ou c) não revelar a identidade das pessoas presumivelmente implicadas no fato ilícito. Esse paradigmático caso argentino gerou o que se denomina na Argentina como *doutrina Campillay*. Essa doutrina vem sendo aperfeiçoada por julgamentos posteriores, tais como o julgamento dos seguintes casos: a) *Jorge Horacio c. Diarios y Noticias S. A*, de 26 de outubro de 1993 (316:2.394). Nesse caso ficou estabelecido que a atribuição da notícia a uma fonte deve ser sincera; b) *Triacca, Alberto J c. Diario La Razón y Otros*, de 26 de outubro de 1993 (316:2.416) e *Espinosa, Pedro F. c. Herrera de Noble, Ernestina y Otros*, de 27 de outubro de 1994 (317:1.448). Nesses casos, ficou estabelecido que, para o periódico responsável pela divulgação de uma notícia inexata se isentar de responsabilidade, é importante que ele tenha atribuído diretamente a notícia a uma fonte identificável e que se trate de uma transcrição substancialmente fiel ou idêntica à manifestação da fonte. A respeito da doutrina do caso "Campillay", veja-se, ainda: EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho a la información. Reforma Constitucional y Libertad de Expresión. Nuevos Aspectos.* 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996. p. 78 et seq.

[182] Vejam-se a respeito as seguintes decisões do Tribunal Constitucional da Espanha: STC 52/1996 e da STC 51/1997.

aplicação do que vem a ser uma comprovação diligente dos fatos a serem noticiados poderá amenizar os efeitos negativos dessa posição.

Entretanto, o potencial efeito negativo dessa opção faz com que alguns autores, que formam uma minoria, não aceitem a tese da veracidade subjetiva, optando pela concepção objetiva de veracidade no que diz respeito à liberdade de informação.[183] Para Tomás de Domingo, por exemplo, se a teoria da *actual malice*[184] (que adota a tese da veracidade subjetiva da informação) pode ser aceita no âmbito do Direito Penal, impondo a responsabilidade por crimes contra a honra somente àquele que agiu com dolo (malícia) ao divulgar uma informação inverídica e capaz de ofender a honra de alguém, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado no âmbito civil. Nesta seara, em razão de na Espanha se adotar a teoria da responsabilidade objetiva, conforme determinação da Lei Orgânica 1/1982, o sujeito que divulga uma informação falsa, ainda que tenha exercido todas as diligências necessárias para descobrir a verdade, responderá pelos danos causados ao ofendido[185], não se admitindo assim que se possa aceitar uma solução que consolide o legítimo "sacrifício" do direito à honra. Se a informação é objetivamente falsa, pensam os adeptos dessa teoria, ela não constitui um exercício legítimo do direito à livre informação.

Outro ponto que merece uma análise mais aprofundada no que diz respeito à liberdade de informação e também à liberdade de expressão está relacionado à exigência ou não de que os fatos ou ideias divulgados, para serem considerados legítimos, terem de se relacionar com uma matéria de interesse público. Se é certo que a liberdade de informação se exerce através da difusão de fatos verdadeiros (pelo menos uma verdade subjetiva), torna-se necessário questionar agora se todos os fatos (verdadeiros) ou formas de expressão podem ser objeto das liberdades de informação e expressão ou somente aqueles que têm transcendência pública.

Para alguns autores, a necessidade de transcendência pública é fixada pelo próprio conteúdo e finalidade da liberdade de informação: a constituição de uma opinião pública robusta, requisito básico de toda sociedade que se pretende democrática (esse raciocínio não seria aplicado à liberdade de expressão diante de sua maior amplitude). Dessa forma, somente os fatos de relevância pública seriam abarcados pelo direito fundamental à liberdade de informação, não os demais. O interesse público se constituiria, assim, em um limite interno do

---

[183] Optando pela veracidade objetiva no que toca à liberdade de informação, podemos mencionar, entre outros, dois grandes autores: Fernando Pantaleón e Tomás de Domingo. Cf. PANTALEÓN, Fernando. *La Constitutción, el Honor y unos abrigos*. *La Ley*, Madrid, n. 2, D-162, p. 1689-1695, 1996,; DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 137.
[184] A respeito da doutrina da *actual malice*, veja-se o Capítulo 4, item 4.2.1 desta obra.
[185] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 138.

direito fundamental à livre informação, o que significa dizer que sua ausência nos colocaria frente a uma conduta alheia a esse direito fundamental. [186]

A posição que prevalece, entretanto, não é essa. Para a maioria da doutrina e jurisprudência constitucional, a finalidade primordial do direito à livre informação e expressão realmente é contribuir para a formação da opinião pública, mas isso não permite concluir que tais direitos fundamentais só abraçam essa hipótese. Na verdade, essas liberdades devem ser vistas sob duas perspectivas: a) se estiverem relacionadas com uma matéria de interesse público, além de se encontrarem protegidas pela Constituição, também deverão ser consideradas como um direito fundamental preferencial em relação aos demais direitos fundamentais (honra, imagem, intimidade, entre outros), em razão de sua dimensão institucional. Essa dimensão institucional não se realizará quando os fatos não forem verdadeiros (no caso da liberdade de informação) ou quando não tiverem relevância pública; e, b) se não estiverem relacionadas com uma matéria de interesse púbico, apesar de se encontrarem tuteladas pela Constituição, não podem ser consideradas como um direito fundamental preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, uma vez que não alcançam sua finalidade primordial.[187]

Mas o que vem a ser o interesse público capaz de legitimar as liberdades de expressão e informação como um direito fundamental preferencial?

O Tribunal Constitucional da Espanha rechaça uma concepção quantitativa e mercantilista do interesse público. Assim, embora o fato possa despertar um interesse do público, isso não significa, só por si, que se trata de um fato de interesse público, uma vez que a liberdade de informação não protege a satisfação de mera curiosidade dos que compõem o público, de forma que nem tudo que desperta a curiosidade alheia, ainda que de um número relevante de pessoas, pode ser qualificado como de interesse público[188].

---

[186] FALCON, Javier Pardo. Los derechos del articulo 18 de la Constitucion Española em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 12, n. 34, p. 155, ene./abr. 1992.

[187] Essa é a opinião de José Muñoz Lorente, Freijedo Bastida, Tomás de Domingo, entre outros. Esse entendimento também ficou estabelecido após a STC 104/1986, do Tribunal Constitucional da Espanha. A Corte Constitucional da Alemanha, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a *House of Lords* da Inglaterra, a Corte Constitucional da Itália também têm adotado esse entendimento, conferindo um caráter preferencial à liberdade de expressão e de informação quando estiverem relacionadas com uma matéria de interesse público. Nos Estados Unidos, entretanto, a liberdade de expressão tem sido considerada um direito fundamental preferencial mesmo nas hipóteses em que não está relacionada a uma matéria de interesse público. Em Portugal, a jurisprudência não tem adotado a doutrina da posição preferencial no que diz respeito à liberdade de expressão e de informação. Cf. LORENTE, José Muñoz. *Libertad de información y derecho al honor em el Código penal de 1995*.Madrid:Tirant lo Blanch, 1999; FREIJEDO, Francisco J. Bastida; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *Libertades de Expresión e información y médios de comunicación.* Sevilla: Editorial Aranzadi, 1999. p. 81; DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 187.

[188] Esse mesmo entendimento, diferenciando interesse público de interesse do público, já foi expressamente acolhido pela *House of Lords* (da Inglaterra), no julgamento do caso *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* [2001] 2 AC 177, HL 229 e também pela Suprema Corte de Apelação do Sul da África, no julgamento do caso *National Media Ltd v. Bogoshi* 1998 (4) AS 1196 (SCA) 1210.

A STC 115/2000[189], ao decidir sobre o tema, determinou o seguinte:

> Para desvendar uma e outra dimensão e valorar se o que foi divulgado tem de ficar reservado ao âmbito da intimidade ou, pelo contrário, pode ser objeto de informação pública, o critério determinante é a relevância para a comunidade da informação que se comunica. Isto é, se nos encontramos ante uns fatos ou circunstâncias suscetíveis de afetar o conjunto dos cidadãos, o que possui um indubitável valor constitucional; e é diferente da simples satisfação da curiosidade humana na vida de outros, potencializada em nossa sociedade tanto por determinados meios de comunicação como por certos programas ou seções em outros (STC 134/1999, Fj 8º).

Na verdade, apesar de o artigo 20 da Constituição da Espanha não estabelecer expressamente nenhuma distinção sobre sujeitos e assuntos públicos e privados, a jurisprudência constitucional tem deduzido, a partir de outros preceitos constitucionais e do sistema de valores que o texto constitucional consagra, que o interesse público de uma notícia existe em função de dois elementos: das matérias sobre as quais versam a notícia e em decorrência do "[...] caráter público da pessoa a que se refere o fato em si"[190]. Conforme afirma Fernandez Segado, de outra forma poderia se afirmar que o interesse público é determinado de forma objetiva no primeiro caso e de forma subjetiva no segundo.[191]

A respeito do caráter público da pessoa, o Tribunal Constitucional da Espanha tem realizado uma tripla classificação[192], considerando, primeiramente, como pessoa pública em sentido estrito as pessoas que ocupam um cargo público. Além dessa situação, a pessoa pode ser considerada uma pessoa pública em razão da atividade profissional que exerce. Apesar de não ocupar um cargo público, uma pessoa pode ser considerada uma pessoa pública em razão do exercício de uma profissão ou atividade com relevância pública (por exemplo, um líder religioso, um representante de um movimento social). Por fim, estariam inseridas no conceito

---

Para Rafael Bustos Gisbert, "[...] se identificarmos interesse público com curiosidade não nos encontraremos diante de uma autêntica transmissão de informação, mas sim diante da transmissão de anedotas de maior ou menor relevância que não enriquecem de modo algum o necessário debate em torno da vida pública nem facilitará o pluralismo necessário para o funcionamento de uma sociedade democrática". GISBERT, *op. cit.*, p. 283.

189 No mesmo sentido, também se encontra a STC 20/1992, de 14 de fevereiro, que considera que a relevância pública da informação não se refere à "[...] simples satisfação da curiosidade alheia, com freqüência mal orientada e indevidamente fomentada".

190 STC 107/1988; STC 51/1989; STC 105/1990; STC 171/1990; STC 219/1992; STC 240/1992.
O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional da Espanha, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, para a sua Suprema Corte, têm considerado que o fator mais importante para se fixar um tema como de interesse público é a matéria e não a pessoa. Se a matéria for importante, seja público ou privado o sujeito envolvido, o tema deve ser comunicado à sociedade. Nos Estados Unidos, ao contrário, dá-se um maior valor à pessoa para caracterizar um assunto como de interesse público, sendo tal postura criticada por alguns autores americanos. Para esses autores, o fato de dar preferência à pessoa favorece o que se denomina de jornalismo superficial, já que muitas informações relevantes, em razão da matéria a ser divulgada, não são publicadas devido a sua menor proteção se comparada com os casos que envolvem matérias relacionadas a temas ligados a pessoas públicas. Cf. MARSHALL, William; GILLES, Susan M. The Supreme Court, the First Amendment and Bad Journalism. *Supreme Court Review*, Chicago, University of Chicago Press, p. 181-3,1994.

191 SEGADO, Franciso Fernandez. *El sistema constitucional español.* Madrid: Dyckinson, 1992. p. 339.

192 DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op.cit.*, p. 197.

de pessoa pública as pessoas com fama ou notoriedade perante a sociedade (artistas em geral, jogadores de futebol famosos, esportistas conhecidos do grande público).

A respeito do assunto, não se pode deixar de destacar, como tem feito o Tribunal Constitucional da Espanha em diversas ocasiões, que essas pessoas devem ser consideradas para todos os efeitos como um particular nas hipóteses em que são divulgados fatos cuja relação seja "[...] desnecessária para a informação e crítica relacionada com o desempenho do cargo público, a atividade profissional pela qual o indivíduo é conhecido"[193].

Ou seja, um político só deve receber um tratamento diferenciado, com menor proteção a sua honra ou intimidade, se a matéria a ser divulgada estiver intrinsecamente relacionada com a sua função pública. Caso contrário, o político deve ser tratado como uma pessoa privada qualquer, devendo as liberdades de expressão e informação relacionadas a esse político ser ponderadas com os seus direitos de personalidade, sem preponderância das liberdades de informação e expressão. Em conclusão, é expressamente reconhecido pelo Tribunal Constitucional da Espanha, no que diz respeito a esse ponto, que não é a pessoa que gera o interesse público da notícia, mas sim o cargo ou profissão que ela desempenha.

Dessa forma, pode-se concluir que, em verdade, mesmo nas hipóteses que versarem sobre pessoas que, a princípio, despertam o interesse público em razão de sua função, atividade, fama ou notoriedade, o interesse público será determinado em função da matéria tratada pela informação, sendo consideradas de interesse público para o Tribunal Constitucional Espanhol somente as informações que possam contribuir para formar a opinião pública pela matéria a que se referem.[194]

A respeito da identificação do que vem a ser matéria de interesse público, o Tribunal Constitucional da Espanha tem apresentado um entendimento casuístico em torno do tema, não apresentando uma resposta objetiva à volta do assunto.[195] Somente a partir de um estudo da jurisprudência constitucional é que se poderá chegar a um entendimento a respeito do que vêm a ser matérias de interesse público.

Para Robert Post existe apenas um acordo no que constitui o centro nevrálgico do que vem a ser interesse público, mas toda a periferia de temas enquadráveis na expressão

---

[193] STC 134/1999.

[194] Nessa direção, quando as informações se referirem a pessoas com fama ou notoriedade, em tese, não haveria interesse público a ser divulgado pela notícia.

[195] O Tribunal Constitucional Espanhol já decidiu que são de interesse público os seguintes assuntos: notícias a respeito do mau funcionamento de organismos públicos: os serviços de imprensa do Ministério da Justiça (STC 6/1988), um estabelecimento penitenciário (STC 143/1991); as informações relativas ao funcionamento dos serviços públicos tal como o funcionamento do tráfego aéreo (STC 171/1990); atividades terroristas (STC 52/2002); campeonato mundial de futebol (STC 20/1990); a evolução de uma doença, no caso a síndrome de imunodeficiência adquirida (STC 20/1992); etc.

permanece vaga e condicionada a percepções ideológica "[...] sujeitas a uma infinita negociação entre a democracia e a vida comunitária".[196]

No *leading case London Artists v. Littler*[197], por exemplo, a Corte de Apelação da Inglaterra deu uma ampla interpretação ao conceito de interesse público, sendo esse entendimento aprovado pela *House of Lords*. Segundo a mencionada Corte de Apelação:

> Eu não poderia... confinar [interesse público] dentro de limites estreitos. Sempre que uma matéria puder afetar o público em geral, podendo o público estar legitimamente interessado nela em razão do que pode acontecer com eles ou com os outros, então ela é uma matéria de interesse público.

Esse mesmo entendimento a respeito de interesse público foi firmado pelo *Justice* Brennan, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Gertz v. Robert Welch, Inc*[198]. Nesse caso, depois de o eminente magistrado expressar que é tarefa dos juízes identificar, no caso concreto, as hipóteses capazes de configurar ou não uma situação que envolve um caso de interesse público, esse magistrado da Suprema Corte asseverou que "[...] o interesse público é necessariamente amplo".

Para Tomás de Domingo são de interesse público "[...] aqueles fatos cujo conhecimento se pode pensar razoavelmente que contribuem para fazer possível a participação do cidadão na vida coletiva"[199]. Esse entendimento já foi expresso pelo Tribunal Constitucional Espanhol com as seguintes palavras:

> O inciso d do número 1 do artigo 20 da Constituição consagra o direito 'a comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão, estabelecendo um tipo de direito fundamental diverso do que consiste em expressar e difundir pensamentos, ideias e opiniões em áreas de interesse coletivo no conhecimento de fatos que sejam necessários para que seja real a participação dos cidadãos na vida coletiva.[200]

A "vida coletiva" mencionada pela decisão[201], segundo Rafael Gisbert, não se limita aos interesses do Estado, mas sim

---

[196] POST, Robert C. The constitucional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell. *Havard Law Review*, New York, v. 103, n. 3, p. 683-4, jan.1990.

[197] [1969] 2 QB 375, CA 391. O fato envolvia um empresário que publicou uma carta sugerindo que o querelante tinha feito parte de uma conspiração para forçar o fim de sua bem sucedida atividade. A *House of Lords* aprovou a ampla abordagem da Corte de Apelação para a questão do interesse público no caso *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* [2001] 2 AC 193, HL 229. Essa ampla abordagem do conceito de interesse público tem sido frequentemente elogiada no Sul da África. Por outro lado, o Direito Australiano adotou uma estreita abordagem a respeito do assunto, entendendo que interesse público se refere à conduta de uma pessoa engajada em atividades que convidam o público à crítica ou discussão. Cf. *Bellino v. Australian Broadcasting Corporation* (1996) 185 CLR 183220.

[198] 418 US 323, 94 s. Ct, 41 L. Ed. 2d 789 (1974).

[199] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 200.

[200] STC105/1983. No mesmo sentido, ainda podemos mencionar a STC 20/1992.

[201] Aqui o autor está se referindo à expressão utilizada pela STC 20/1992, expressão essa utilizada no mesmo sentido manifestado pela decisão transcrita (a STC 105/1983).

> [...] se encontra intimamente conectada com a ideia do pleno desenvolvimento da pessoa humana na sociedade que a cerca e abarcará, por consequência, aspectos da vida social que pouco ou nada têm a ver com o chamado 'interesse estatal'.

Por fim, caberá aos tribunais, em última instância, decidir se a matéria veiculada envolve ou não uma questão de interesse público, não existindo para os tribunais nenhum tipo de condicionamento derivado do juízo prévio realizado pelo informador no momento em que veiculou a notícia.[202]

De todo o exposto até aqui, podemos chegar a algumas importantes conclusões: 1) a liberdade de expressão não se confunde com a liberdade de informação, adotando-se aqui uma concepção dual da liberdade de expressão; 2) a liberdade de expressão se refere a opiniões, pensamentos, juízos de valor, toda manifestação política, religiosa, artística, possuindo, pois, uma natureza abstrata e portanto não condicionada à verdade; 3) a liberdade de informação se refere a fatos, sendo, portanto, condicionada à verdade; 4) informação verdadeira não significa informação objetivamente verdadeira, mas sim uma informação resultante de um processo diligente por parte do responsável pela informação (uma informação subjetivamente verdadeira); 5) os erros meramente circunstanciais não são capazes de afetar a veracidade subjetiva da informação; 6) aceitar a tese da veracidade subjetiva da informação significa fazer uma opção em favor do estímulo do fluxo de notícias necessárias à formação da opinião pública; 7) as liberdades de expressão e informação só serão consideradas como direitos fundamentais preferenciais quando se referirem a temas de interesse público; 8) o interesse público da expressão ou informação é fixado com base em duas premissas: o cargo ocupado pela pessoa objeto da notícia, sua atividade, fama ou notoriedade; a natureza da matéria versada pela informação ou expressão; 9) não há um consenso em relação ao que vem a ser matéria de interesse público, cabendo aos tribunais realizar essa tarefa.

---

[201] REVEL, *op.cit.*, p. 202 et seq; GISBERT, *op. cit.*, p. 283.

[202] GISBERT, *op. cit.*, p. 283.
Interessante abordagem sobre o direito de informação a partir de um caso concreto, é feita por: MIR, Joan Barata. Veracidad y objetividad em el tratamiento de la información: reflexiones a partir del tratamiento informativo, por parte de la BBC del denominado 'Caso Kelly'. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 23, n. 69, p. 289-332, sep./dic. 2003. Para o autor, a informação, quando veiculada por periodistas, está limitada não somente pela verdade, mas também pela imparcialidade, que é considerada aqui como a adoção de uma determinada atitude na apresentação dos diversos pontos de vista em uma determinada matéria, ou seja, aquela atitude que permitirá ao receptor da informação o correto conhecimento e ponderação de cada um dos pontos de vista presentes em um assunto ou controvérsia.

2.3.2 A honra como limitação externa às liberdades de expressão e informação

Enquanto na Espanha o seu texto constitucional (art. 20. 4) optou por inserir expressamente a honra como um limite às liberdades de expressão e informação, nos Estados Unidos, a Primeira Emenda de sua Constituição parece ter adotado uma técnica diferente ao determinar que "[...] o Congresso não pode fazer nenhuma lei que limite a liberdade de palavra ou de imprensa". Em razão da diferença de estrutura dos citados textos constitucionais, alguns autores entendem que, na Espanha, a honra representa um limite externo da liberdade de expressão em sentido amplo, ao passo que nos Estados Unidos a honra reproduz apenas um limite interno dessa liberdade.[203]

Nos Estados Unidos, segundo alguns autores, a jurisprudência se preocupa em verificar se determinada situação está ou não inserida nos limites imanentes da liberdade de expressão. Em caso positivo, sendo a liberdade de expressão um direito fundamental preferencial, em quase todas as situações ela deverá prevalecer sobre os demais direitos fundamentais (e também em relação à honra). Na Espanha, o raciocínio é diverso. A princípio, todas as situações que envolvem fatos ou juízos de valor se inserem no direito fundamental à liberdade de expressão em sentido amplo; todavia, caso tal liberdade seja exercida de forma a violar potencialmente o direito à honra, ficará evidenciado o conflito entre esses direitos fundamentais, sendo a solução desse conflito encontrada a partir da aplicação, ao caso, da ponderação entre os aludidos direitos fundamentais. Enquanto nos Estados Unidos a ponderação é feita para verificar se a situação se enquadra ou não nos limites imanentes da liberdade de expressão, na Espanha a ponderação é feita posteriormente, com o intuito de verificar qual o direito fundamental que deve prevalecer na situação analisada.

Em todos os dois ordenamentos jurídicos, entretanto, a honra é vista como uma decorrência da dignidade da pessoa humana, como um "[...] direito derivado da dignidade humana de não ser escarnecido ou humilhado diante de si mesmo ou diante dos demais"[204]. A Constituição, ao proteger a dignidade da pessoa humana, indiretamente está também tutelando o direito à honra, não permitindo, assim, que alguém seja humilhado ou exposto a declarações vexatórias ou insultantes. A honra, pois, ao mesmo tempo em que é considerada um direito

---

[203] CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresion e informacion y sus limites.* Madrid: EDERSA, [s.d.]. p. 112.
[204] STC 219/92.

fundamental autônomo[205] decorrente da dignidade da pessoa humana[206], é também entendida como uma limitação a outro direito fundamental: a liberdade de expressão em sentido amplo.

Difícil tarefa encontra-se na tentativa de se conceituar o que vem a ser honra, trabalho esse que, se pudesse ser efetivado, poderia facilitar a ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, tendo em vista que, a partir da conceituação de honra, seria possível também estabelecer a sua extensão. Com essa finalidade, apesar de poderem ser vislumbradas várias concepções a respeito do tema, lembrando-se aqui das concepções mais tradicionais que diferenciam honras objetiva[207] e subjetiva[208], entre várias outras, o Tribunal Constitucional da Espanha tem considerado a honra como um conceito indeterminado[209], definindo-a como uma realidade intangível cuja extensão vem determinada em cada sociedade e em cada momento histórico e cujo núcleo essencial em sociedades pluralistas ideologicamente heterogêneas deve ser determinado pelos juízes e tribunais.[210]

Da mesma forma, Pitt-Rivers tem considerado um erro olhar a honra como um conceito único e constante.[211] É que, além de os termos específicos que pretendem significar o que vem a ser honra variarem enormemente entre diferentes sociedades (por exemplo, os termos *baraka* e *indarra* expressam variações com relação à noção ocidental de honra), não sendo possível universalizar ou generalizar uma noção única de honra, esses termos também sofrem variações e redefinições a partir das suas atualizações concretas na interação social.[212]

Na verdade, a dificuldade de se conceituar honra decorre da mesma dificuldade de se definir o que vem a ser dignidade da pessoa humana, uma vez que o significado ontológico de

---

[205] O artigo 18.1 da Constituição Espanhola assim determina que: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen."

[206] Em razão de a honra ser considerada como um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana, surge uma divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do seguinte questionamento: pode uma pessoa jurídica ser sujeito passivo de um crime contra a honra? Para alguns autores, entre eles Carmona Salgado e O`Callaghan Muñoz, não. Se a honra equivale à dignidade humana, pensam eles, a consequência seria a exclusão das pessoas jurídicas ou dos entes supraindividuais da proteção penal. Para outros, entre eles Serrano Gomes, Queralt Jiménez, Bello Landrove e Landescho Velasco, sim. Segundo eles, no fundo de todo ataque a honra das pessoas jurídicas é a honra dos membros que a compõem que está em jogo. Cf. CARMONA SALGADO, Concepción et al. *Curso de Derecho Penal Espãnol.* Parte Especial I. Manuel Cabo del Rosal (dir.). Madrid, 1996. p. 476 et seq.; O`CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Derecho al honor. *Actualidad Civil*, n. 1, 1990, p. 7 et seq.; SERRANO GOMES, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2 ed. Madrid, 1997. p. 252; LANDECHO VELASCO, C. Mª.; MOLINA BLÁZQUES, C. *Derecho Penal Español. Parte Especial Redactado Conforme al Nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995*. 2. ed. Madrid, 1996. p. 158; BELLO LANDROVE, Frederico. Infraciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid,n. 5, p. 730, 1996.

[207] Entendida como o bom nome, a fama que o sujeito desfruta frente à opinião comum da sociedade.

[208] Percebida como amor próprio, estima própria ou consciência que o sujeito tem de seus méritos, valores e virtudes.

[209] Para Victor Bazán, liberdade de informação, honra e vida privada são, em certo sentido, conceitos jurídicos indeterminados. Assim, revelam-se flutuantes e com fronteiras móveis, pois dependem de valorações sociais, jurídicas, políticas e culturais, entre outras coisas, de cada época e contexto geográfico determinados. BAZÁN, Victor. Libertad de Información y Derechos a la Honra y a la Vida Privada: Conexiones e Interferencias. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 5, jul./set. 2008.

[210] STC 171/1990, de 12 de novembro.

[211] PITT-RIVERS, Julian. Postscript: the place of Grace in anthropology. In: PERISTIANY, J. G.; PITT-RIVERS, J. (Eds). *Honor and Grace in Anthropology*. New York: Cambridge University Press, 1992.

[212] ROHDEN, Fabíola. *Para que serve o conceito de honra, ainda hoje?* Campos (UFPR), 2007. v. 7, p. 101-120.

honra tem suas raízes na dignidade da pessoa humana. A respeito da definição de dignidade da pessoa humana, afirma Roberto Adorno que

> [...] é mais fácil entender o que se opõe a dignidade humana do que o que está de acordo com ela [...] Por isso, uma das melhores formas de se explorar o que a dignidade humana realmente significa, é começar pela experiência das indignidades em situações concretas.[213]

Talvez essa seja a solução mais acertada para os casos que envolvem potenciais conflitos com o direito à honra. Somente a partir de situações concretas é que se poderá evidenciar uma lesão em potencial a esse direito fundamental.

Diante dessa dificuldade em conceituar o que vem a ser a honra (e, por consequência, de determinar sua extensão) e do fato de até mesmo ser contraproducente estabelecer uma visão única e invariável desse direito fundamental diante do mundo contemporâneo, já se demonstra a complexidade existente diante da tentativa de se identificar os casos de conflitos entre o direito fundamental à liberdade de expressão em sentido amplo e a honra e de se fixar parâmetros objetivos para a solução desses conflitos. Essa mesma dificuldade acompanhará o intérprete na hora de fazer a ponderação entre os direitos em conflito, destacando-se, pois, que o critério da ponderação de princípios se apresenta como a melhor forma de solucionar casos de conflito envolvendo direitos fundamentais.[214]

Apesar dessa complicação, a doutrina e também a jurisprudência constitucional já conseguiram delimitar alguns *standards* que poderão colaborar no momento da identificação desse conflito e no instante de se fazer a ponderação entre esses dois direitos fundamentais como forma de solucionar o conflito.

A princípio, a respeito do tema, alguns autores consideram importante diferenciar os casos que envolvem um conflito entre a liberdade de expressão e a honra, das situações que concretizam um conflito entre a liberdade de informação e o citado direito de personalidade. Para esses autores, não há conflito entre liberdade de informação e a honra caso se adote a premissa da veracidade objetiva da liberdade de informação. Se a informação sobre fatos é objetivamente verdadeira, segundo eles, não há como essa informação ofender o direito fundamental à honra. A possibilidade de conflito entre esses direitos fundamentais pode ser

---

[213] ADORNO, *op. cit.*, p. 151-168. No original, temos o seguinte texto: "It is easier to understand what is contrar to human dignity than what is in accordance with it. […] That is why one of the best ways to explore what human dignity really means, is to start from the experience of indignities suffered by human beings in concrete situations."

[214] Assim já decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha, veja-se: STC 107/1988; STC 156/1986; STC 199/1987; STC 51/1989; 69/1989; 121/1989; STC 105/1990, entre várias outras.
Em sentido oposto, encontra-se a opinião de Muñoz Machado. Para o autor, a ponderação só pode solucionar conflitos entre direitos fundamentais da mesma importância, não se aplicando ao caso em razão do caráter preferencial da liberdade de expressão. MACHADO, M., *op. cit.*, p. 150.

vislumbrada apenas por aqueles que adotam a tese da veracidade subjetiva como requisito para a liberdade de informação.[215]

Assim, diante do fato de o entendimento majoritário considerar que a veracidade exigida, como requisito da liberdade de informação, retrata apenas uma veracidade subjetiva, um potencial conflito entre as liberdades de expressão e informação e o direito à honra passa a ser um fato não só admissível, mas também provável.

Objetivando delimitar as situações que não estão inseridas na liberdade de expressão em sentido amplo, já se pode afirmar que as afirmações insultantes, vexatórias para a honra alheia, desde que desnecessárias para a formação da opinião pública, não estão incluídas no âmbito de proteção da liberdade de expressão em sentido amplo. Dessa forma, se o caso envolver a manifestação de um pensamento ou a veiculação de um fato insultante e desnecessário, a hipótese não é capaz de materializar uma situação que retrata um conflito entre esses direitos fundamentais, uma vez que essa situação não se encontra protegida pelo ordenamento jurídico. A respeito do tema, decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha que:

> Todo esse conjunto de apelidos e afirmações, sem relação alguma com o tema do programa, constituem sem dúvida insultos no mais estrito sentido da expressão e não tem nada a ver com a crítica, por dura que seja, de uma conduta, mas sim aparecem como meras exteriorizações de sentimentos pessoais alheios à informação sobre fatos ou a informação de uma opinião pública responsável. Se colocam, portanto, fora do âmbito constitucionalmente protegido da livre expressão [...].[216]

Em outra oportunidade, decidiu o mesmo tribunal que:

> O caráter molesto ou ardente de uma opinião ou uma informação, ou a crítica avaliando a conduta pessoal ou profissional de uma pessoa ou o juízo sobre sua idoneidade profissional não constituem por si uma ilegítima intromissão em seu direito à honra, sempre, claro está, que o dito, escrito ou divulgado não sejam expressões ou mensagens insultantes, insídias infamantes ou humilhações que provoquem objetivamente o descrédito da pessoa a quem se refiram (SSTC 107/1988; 171/1990, 172/1990, 40/1992, 223/1992, 173/1995, 3/1997, 46/1998, e AATC 544/1989 e 321/1993).[217]

Por outro lado, em havendo uma situação concreta capaz de materializar uma situação de conflito entre os citados direitos fundamentais, alguns *standards* têm sido estabelecidos pela jurisprudência constitucional para orientar o intérprete a fazer a ponderação de princípios na hora de solucionar o conflito.

---

[215] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 257/8.
[216] STC 105/90.
[217] STC 180/1999.

Primeiramente, há de se diferenciar as hipóteses em que a liberdade de expressão é exercida em um âmbito estritamente particular das hipóteses em que essa liberdade é exercida através dos meios de comunicação de massa ou de forma capaz de alcançar eco em uma multiplicidade de pessoas.[218]

Na primeira situação, diante do princípio da igualdade entre os titulares do direito de expressão em sentido amplo e do direito à honra não existe razão alguma para considerar a liberdade de expressão em sentido amplo como um direito fundamental preferencial em relação ao direito à honra, uma vez que neste caso não se pode falar de "formação de opinião pública", *leiv motiv* dessa especial proteção dos direitos de expressão e informação sobre a honra.[219] Na segunda hipótese, entretanto, a liberdade de expressão em sentido amplo é capaz de adquirir um status de direito fundamental preferencial, necessitando, para isso, que no caso concreto ocorram ainda algumas outras situações.

Se a liberdade de expressão em sentido amplo, por exemplo, estiver relacionada com um tema de interesse geral (em razão da pessoa ou matéria), sendo relevante, portanto, para a formação de uma opinião pública livre, em razão de a liberdade de expressão, nesse caso, ter uma indubitável dimensão de serviço (*dienende Freiheiten*, para os alemães[220]), dimensão essa que não se observa no direito à honra, essa liberdade deverá gozar do máximo de eficácia. Nesse sentido é que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou, ao julgar o caso *Peckering v. Board of Education*, de 1968, que "[...] o valor nuclear da cláusula de liberdade de expressão da Primeira Emenda é o interesse público em ter um debate livre e sem entraves sobre temas de relevância pública"[221].

A liberdade de expressão em sentido amplo também gozará do máximo de eficácia se a matéria, objeto dessa liberdade, estiver relacionada com uma pessoa pública, um funcionário público ou uma pessoa implicada em assuntos de interesse público. Haverá, nesses casos, portanto, um certo rebaixamento da tutela jurídica da honra dessas pessoas, fato que se justifica em razão, principalmente, dos seguintes fundamentos: a) essas pessoas inevitavelmente devem suportar um certo risco de que seus direitos subjetivos da

---

[218] ÁLVAREZ GARCÍA, o*p. cit*., p. 118 et seq.

[219] GERPE LANDÍN, M. et al. El conflicte entre la llibertat d´informacio i el dret a l´honor en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista Juridica de Cataluña*, Barcelona, n. 2, p. 134, 1997.

[220] HARTWIG, Matthias. L´ordinamento radiotelevisivo e gli interventi della giurisprudenza costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca. *Politica del Diritto*, Bolonia, n. 3, p. 429, 1987.

[221] 319 US 563 (1968).
Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando a opinião ou informação é política, o escrutínio da Corte Internacional é mais restrito, todavia, quando a mensagem é menos relevante (por exemplo, diante de um assunto que envolve uma discussão sobre competência desleal), o escrutínio é menor e as possibilidades de restrição por parte do Estado aumentam. BUESO, Laura Díez. La Relevancia Pública en el Derecho a la Información: Algunas Consideraciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 22, n. 66, p. 218, sep./dic. 2002.

personalidade (entre eles o direito à honra), resultem afetados pela difusão de opiniões ou informações de interesse geral, sendo essa exigência uma necessidade do pluralismo político, da tolerância e do espírito de abertura, sem os quais não existe sociedade democrática[222]; e, b) essas pessoas voluntariamente renunciam determinadas parcelas de sua vida privada e, em certas ocasiões, de sua intimidade, por razões patrimoniais, publicitárias ou de imagem, estando sujeitas, pois, a um mais rigoroso controle de suas atitudes.[223]

Apesar de a liberdade de expressão em sentido amplo gozar de uma eficácia máxima nesses casos, por outro lado, ela não é capaz de tutelar críticas desmensuradas e exorbitantes sem contextualização, ou expressões indubitavelmente injuriosas sem qualquer relação com as ideias ou opiniões e que resultam desnecessárias para sua exposição.[224] Nesses casos, simplesmente tais comportamentos críticos não são tutelados pela liberdade de expressão, não se desenvolvem dentro do âmbito protegido pela norma, não formam parte do conteúdo do direito fundamental.

Essas informações que não se encontram tuteladas pela liberdade de expressão em sentido lato são apenas as informações descontextualizadas, desnecessárias à completude da informação. A difusão de conteúdos informativos verdadeiros, ainda que o seu conteúdo seja constrangedor, não pode ser considerada ofensiva à honra. A honra não pode erigir-se, por exemplo, em obstáculo capaz de impedir a divulgação de matérias relacionadas com o resultado de uma investigação objeto de um inquérito policial ou de um procedimento investigativo qualquer, com o início de uma ação penal ou civil contra alguém ou com a determinação de uma prisão provisória contra determinada pessoa. Nesses casos, o dano a honra da pessoa atingida pela matéria informativa ou pela expressão veiculada não se origina da veiculação da notícia, mas sim da própria conduta daquele que foi investigado, acionado em juízo ou preso.[225]

É possível afirmar também que a eficácia da liberdade de expressão em sentido amplo restará debilitada (enfraquecida) nas hipóteses em que a informação ou a expressão difundidas estiverem relacionadas com pessoas privadas que não participaram voluntariamente da controvérsia pública.[226]

A jurisprudência constitucional já vem adotando esses parâmetros objetivos capazes de instruir o intérprete no momento de solucionar esses conflitos entre liberdade de expressão

---

[222] STC 107/1988.
[223] STC 336/1993.
[224] STC 171/1990 e STC 105/1990.
[225] STC 50/1983.
[226] STC 185/1987.

e honra. No caso *Lingens v. Austria*[227], por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos acabou condenando o Estado Austríaco em razão de o Tribunal Regional de Viena ter condenado Ligens, um jornalista, por críticas duramente feitas ao então chanceler da Áustria, Bruno Kreisky, pessoa que foi chamada pelo jornalista de imoral e indigno em razão de sua benevolência com pessoas envolvidas com o nazismo durante a Segunda Guerra Mundial. O Estado Austríaco foi condenado pela Corte Internacional em razão de não observar o direito fundamental à liberdade de expressão previsto no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[228]

Repare que o caso que gerou a condenação do jornalista envolvia críticas pesadas a uma pessoa pública envolvida em um tema de interesse público, justificando-se, pois, uma maior eficácia à liberdade de expressão, fato não observado pelo Tribunal Regional de Viena e que motivou a condenação do Estado Austríaco pela Corte Internacional.

Outro caso interessante foi analisado pelo Tribunal Constitucional da Espanha ao julgar um recurso de amparo interposto por uma pessoa condenada em instâncias inferiores em razão de fazer algumas críticas a policiais que estavam em serviço. Nesse caso, alguns policiais que estavam em serviço e vestiam uniforme funcional entraram em um bar e solicitaram algumas consumações. Um dos clientes do bar comentou em voz alta que os policiais não tinham o direito de estar no bar, mas sim deveriam estar trabalhando no patrulhamento da cidade, já que são pagos para isso. Após essa afirmação, esse cliente saiu do estabelecimento e anotou a matrícula do carro dos policiais. Esses fatos fizeram com que os policiais solicitassem ao crítico freguês sua identidade, levando-o, posteriormente, após alguns acontecimentos não importantes, a prestar alguns esclarecimentos ao comissário de polícia. Mais tarde, o cliente do bar foi condenado pelo juiz do Distrito por duas infrações previstas no Código Penal (arts. 6º e 570), desobediência leve e ofensa aos agentes de polícia, sendo a decisão proferida pelo juiz do Distrito confirmada pelo juiz da Instrução. Em razão dessa condenação, o sentenciado apresentou recurso de amparo ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que a decisão condenatória não observava o direito fundamental à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional absolveu o recorrente, afirmando que:

---

[227] (1986) 8 EHRR 407.

[228] Pelo mesmo fundamento, em razão de um fato muito semelhante ocorrido na Itália, em que um cientista político e professor universitário, Claudio Riolo, criticou duramente o Presidente da Província de Palermo, em artigo publicado na revista mensal *Narcomafie*, sendo condenado a pagar uma alta indenização ao sujeito criticado, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem também condenou a Itália por violação da liberdade de expressão. Nesse caso, entendeu a Corte Europeia que: a) em um debate de interesse público que abordou um assunto de interesse público, envolvendo fatos de extrema gravidade praticados por um político, é de se esperar que os fatos sejam objeto de um exame cuidadoso pela imprensa; e, b) o alto valor da condenação imposta ao crítico, dada a sua situação financeira, é capaz de impedi-lo de continuar a informar o público sobre temas de interesse geral, resultando em uma ingerência desproporcionada à sua liberdade de expressão. Veja-se a respeito a Sentença de 17 de julho de 2008 (Recurso n. 42211/07).

> O demandante, ao divulgar, no interior de um estabelecimento público, as opiniões reservadas acerca da presença dos policiais em serviço, formulou uma crítica ao comportamento dos agentes de autoridade, censurando o que em sua petição era uma falta de zelo no cumprimento dos deveres de vigilância e prevenção, que independentemente de sua carência de fundamento, não pode reputar-se alheia ao exercício legítimo da liberdade de expressão, uma vez que os sujeitos passivos de dita crítica o foram em razão de sua condição de funcionários públicos e por um cidadão a quem assiste a faculdade de julgar, dentro dos limites de correção verbal apontados, o trabalho que, no uso dessa condição, ditos funcionários desempenham.[229]

A crítica, mesmo que dura, está dentro do âmbito da liberdade de expressão, ainda mais se feita a funcionário público, pessoa pública ou relacionada a assuntos de interesse público.[230] A proteção prevista no art. 18.I da Constituição da Espanha só alcança aquelas críticas que, apesar de formalmente dirigidas à atividade profissional de um indivíduo, constitui no fundo uma desqualificação pessoal ao repercutir diretamente em sua consideração e dignidade individual.[231]

Em vários outros casos, os parâmetros mencionados acima foram adotados, destacando-se[232] o caso *New York Times Co. v. Sullivan*[233], caso esse julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e que veio a rebaixar a tutela jurídica da honra dos funcionários públicos, garantindo, nesses casos envolvendo funcionários públicos, uma maior eficácia a liberdade de expressão em sentido amplo, dando origem, assim, ao que se resolveu denominar de doutrina da *actual malice*.

Por fim, não se pode deixar de ressaltar que, mesmo nos casos em que a liberdade de expressão em sentido amplo é considerada um direito fundamental preferencial, a solução de um eventual conflito entre esse direito fundamental e o direito à honra será delineada com a ponderação entre tais direitos, servindo os *standards* mencionados acima apenas para autorizar que a ponderação seja iniciada com o prato da balança inclinando-se em favor da liberdade de expressão, o que não significa que outras circunstâncias do caso concreto poderão inverter o resultado do julgamento. Esse foi o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha a respeito do tema, ao afirmar que:

> A doutrina exposta põe em relevo que a solução dos expressados conflitos passa por uma cuidadosa ponderação das circunstâncias de toda ordem que concorram ao concreto caso que se planta, devendo-se, desde logo, incluir nesse juízo ponderativo o conteúdo da informação, a maior ou menor intensidade das frases, seu tom humorístico ou mordaz, o fato de afetar a honra do denunciante, não em sua faceta íntima e privada, a finalidade da crítica política da

---

[229] STC 65/1991.
[230] Nesse sentido é que a Corte de Cassação da Itália proferiu, em 15 de maio de 2008, que "[...] a crítica é um instrumento de imperativo democrático". Veja-se: Cass. pen., sez. V, 15 maggio 2008, n. 19405. Cf. STC 105/1990.
[231] FERRIZ, *op. cit.*, p. 215.
[232] Diversos casos adotando os parâmetros objetivos expostos acima foram julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Alguns deles já foram explicados na parte desse trabalho que trata da doutrina da real malícia e da reportagem neutra.
[233] 376 US 254 (1964).

> informação e a existência ou inexistência do animus injuriandi. Neste ponto é importante destacar que, ao efetuar a ponderação, deve ter-se também muito presente a relevância que na mesma tem o critério da proporcionalidade.[234]

Outra questão de interesse envolve o questionamento sobre se pode haver conflito entre a liberdade de expressão em sentido amplo e o direito fundamental à honra de uma pessoa jurídica. Em outras palavras: se a pessoa ofendida pela manifestação da liberdade de expressão em sentido amplo é uma pessoa jurídica, poderá ser vislumbrado um caso concreto de conflito entre os citados direitos fundamentais?

A primeira tarefa aqui é esclarecer se a pessoa jurídica pode ser titular de direito fundamental e, em caso de resposta positiva, se a mesma pode ser titular do direito fundamental à honra. A respeito do tema, a Constituição da Alemanha (de Bonn) expressamente prevê, em seu art. 19, III[235], que a pessoa jurídica pode, sim, ser titular de direitos fundamentais.

Na Espanha, apesar de a Constituição Espanhola não fazer tal previsão de forma expressa[236], seu Tribunal Constitucional admitiu essa possibilidade de forma genérica (para pessoas jurídicas públicas e privadas) através da Sentença Constitucional nº 64, de 12 de abril de 1988, afirmando que:

> É indiscutível que, em linha de princípio, os direitos fundamentais e as liberdades públicas são direitos individuais que tem o indivíduo por sujeito ativo e o Estado por sujeito passivo na medida em que tende a reconhecer e proteger âmbitos de liberdade ou prestações que os Poderes Públicos devem outorgar ou facilitar a aqueles. Deduz-se assim, sem especial dificuldade, do art. 10 da Constituição da Espanha, que, em seu inciso 1º, vincula os direitos individuais com a dignidade da pessoa e com o desenvolvimento da personalidade e, em seu inciso 2º, os conecta com os chamados direitos humanos, objeto da Declaração Universal e de diferentes Tratados e Acordos Internacionais ratificados pela Espanha, como são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de 19 de dezembro de 1966, e o Convênio de Roma para a proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950. É certo, não obstante, que a plena efetividade dos direitos fundamentais exige reconhecer que a titularidade dos mesmos não corresponde somente aos indivíduos isoladamente considerados, mas também quando se encontram inseridos em grupos e organizações, cuja finalidade seja especificamente a de defender determinados âmbitos da liberdade ou realizar os interesses e os valores que formam o substrato último do direito fundamental [...] Neste sentido, a jurisprudência deste Tribunal tem assinalado que o direito de os cidadãos a participar nos assuntos públicos o pode exercer os partidos políticos, que o direito de associação o podem exercer não somente os indivíduos que se associam, sim

---

[234] STC 85/1992. Em decisão posterior, a STC 219/1992, insiste-se na aplicação do princípio da proporcionalidade no momento da ponderação.

[235] Segundo esse dispositivo constitucional, "[...] os direitos fundamentais regem também para as pessoas jurídicas nacionais, na medida em que, por sua natureza sejam aplicáveis às mesmas."

[236] Para Lasagabaster e Martín-Retortillo, a Constituição da Espanha reconhece expressamente às pessoas jurídicas alguns direitos fundamentais, como os previstos nos artigos 16 e 27 da Constituição. Além disso, o ordenamento jurídico infraconstitucional faz tal previsão em vários dispositivos: artigo 4.3 da LO 3/1983, de 15 de julho; LO 2/1984, de 26 de março. Há também um dispositivo constitucional que autoriza as pessoas jurídicas a interpor recurso de amparo (art. 162.1.b) da Constituição da Espanha). LASAGABASTER HERRANTE, Iñaki. Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público. In: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (Coord). *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. II. De los derechos y deberes fundamentales. Madrid:[editora], 1991. p. 660.

> também as Associações já constituídas, [...] Em um sentido mais geral a STC 137/1985, de outubro de 1985, tem reconhecido a titularidade de direitos fundamentais as pessoas jurídicas de Direito privado, especialmente no que concerne o direito do art. 18.2 e, com caráter geral, sempre que se trate, como é óbvio, de direitos que, por sua natureza, possam ser exercitados por este tipo de pessoas. A mesma conclusão pode chegar-se no que concerne as pessoas jurídicas de Direito público, sempre que recaem para si mesmas âmbitos de liberdade, dos que devem desfrutar seus membros, ou a generalidade dos cidadãos, como pode ocorrer singularmente respeito dos direitos reconhecidos no art. 20 quando os exercitam corporações de Direito público.

De acordo com essa decisão, a declaração geral e abstrata de aptidão das pessoas jurídicas para serem titulares de direitos fundamentais deve exigir uma delimitação tendo em vista cada um dos direitos fundamentais em concreto. Ou seja,

> Não somente são os fins de uma pessoa jurídica os que condicionam sua titularidade de direitos fundamentais, mas também a natureza concreta do direito fundamental considerado, no sentido de que a mesma permita sua titularidade a uma pessoa moral e seu exercício por esta.[237]

A posição do Tribunal Constitucional da Espanha, assim, é bastante clara: as pessoas coletivas, sem ou com personalidade, podem ser por si mesmas verdadeiros titulares de direitos fundamentais, tornando-se necessário, agora, apenas verificar se a pessoa jurídica pode ser titular do direito fundamental à honra.

Às voltas do tema, já decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha nos seguintes termos:

> [...] através dos fins para os quais cada pessoa jurídica privada tem sido criada, pode estabelecer-se um âmbito de proteção de sua própria identidade em dois sentidos distintos: tanto para proteger sua identidade quando desenvolver seus fins, como para proteger as condições de exercício de sua identidade sob a que recairia o direito à honra. E tanto isso é assim, a pessoa jurídica também pode ver lesionado seu direito à honra através da divulgação de direitos concernentes a sua entidade, quando a difamação a desmerece diante da consideração alheia.[238]

Em outra decisão sobre o tema, assim se expressou o Tribunal Constitucional da Espanha,

> [...] o significado personalista que o direito à honra tem na Constituição não pode traduzir-se [...], por uma imposição de que os ataques ou lesões ao citado direito fundamental, para que tenham proteção constitucional, tenham de estar necessariamente perfeitos e devidamente individualizados ad personam, pois, se fosse assim, isso presumiria tanto como excluir radicalmente a proteção da honra da totalidade das pessoas jurídicas, incluídas as de substrato personalista, e admitir, em todos as suposições, a legitimidade constitucional dos ataques ou

---

[237] STC 139/1995.
[238] *Idem*.

> intromissões na honra das pessoas, individualmente consideradas, pelo mero fato de que os mesmos se realizam de forma inominada, genérica ou imprecisa.[239]

Consolidada, pois, essa ideia de que uma pessoa jurídica pode ser titular de direitos fundamentais, inclusive, do direito fundamental à honra, os mesmos *standards* explicados acima, utilizados para embasar a solução de conflitos entre liberdade de expressão em sentido amplo e direito fundamental à honra de uma pessoa física, podem ser aplicados aos casos envolvendo potencial ofensa à honra de uma pessoa jurídica, tornando-se necessário, portanto, para uma boa solução do conflito, identificar se se trata de pessoa jurídica de direito público ou privado, de um tema envolvendo a liberdade de expressão de um meio de comunicação de massa, de uma questão de interesse público ou não, entre outros *standards* já mencionados acima.

Dessa forma, pode-se concluir com a afirmação de que diante de um conflito entre a liberdade de expressão em sentido amplo e o direito fundamental à honra (de pessoas físicas ou jurídicas), o resultado do problema se dará com a ponderação entre os bens fundamentais em conflito, devendo-se considerar, ao se realizar essa ponderação, os vários *standards* já traçados pela jurisprudência constitucional, parâmetros esses que contribuíram para delinear alguns traços marcantes do conflito e sua conclusão acertada.

2.3.3 A vida privada e a intimidade como limitações externas às liberdades de expressão e informação

Os bens que formam a essência da personalidade são sempre os mesmos: vida, liberdade, integridade (física e moral) e honra.[240] As previsões normativas apenas podem aumentar ou diminuir as manifestações concretas desses bens, mas não a eles mesmos. Assim,

---

[239] STC 214/1991. A respeito do tema, veja-se ainda a STC 176/1995.

[240] Para Luís Roberto Barroso, os direitos da personalidade podem ser classificados em dois grupos: (i) direitos à integridade física, abrangendo o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e, (ii) direitos à integridade moral, abrangendo os direitos à honra , à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e ao direito moral do autor, entre outros. A honra, a intimidade e a própria imagem têm sido considerados, pela teoria jurídica tradicional, como manifestação dos direitos da personalidade, e, no sistema atual dos direitos fundamentais, como expressões do valor da dignidade da pessoa humana. BARROSO, Luís, *op. cit.*, p. 13. Carlos Alberto Bittar, adotando a classificação dos direitos da personalidade proposta por Limongi França, distribui os direitos da personalidade em três grupos: (i) direitos físicos: à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem e à voz humana; (ii) direitos psíquicos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros), à intimidade, ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional); (iii) direitos morais: à identidade pessoal (nome e outros sinais individualizadores), à honra (reputação, ou consideração social), abrangendo a externa ou objetiva e a interna ou subjetiva, às criações intelectuais. Neste sentido: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 63-64.

a vida privada e a intimidade representam apenas uma forma de manifestação da integridade moral (um direito inato ao homem). A vida privada e a intimidade são, pois, um direito personalíssimo e toda pessoa os tem pelo simples fato de ser pessoa.

Enquanto o direito à honra é entendido como o direito que tem toda pessoa de ser respeitada diante de si mesma e dos demais[241] (apesar de já ter sido destacada a dificuldade em conceituar o que vem a ser honra), o direito à intimidade supõe o direito à não interferência dos outros nas esferas pessoal e familiar de terceiros.[242]

Apesar de serem mencionadas, comumente, como expressões sinônimas, vida privada e intimidade representam conceitos diversos, porém com a mesma origem – a integridade moral.[243] Enquanto o conceito de vida privada é mais amplo, genérico, capaz de comportar tudo aquilo que se executa à vista de poucos, familiar e domesticamente, sem formalidade nem cerimônia alguma, portanto, capaz de englobar tudo aquilo que não é ou que não queremos que seja de geral conhecimento; o conceito de intimidade é mais restrito, uma vez que aquilo que se executa à vista de poucos não tem que ser necessariamente íntimo. Intimidade representa, assim, apenas um núcleo da privacidade que protegemos com mais zelo, como mais força em razão de o entendermos como essencial na configuração de nossa pessoa.[244] Todavia, ambos os direitos, no sistema atual de direitos fundamentais, podem ser considerados como expressões do valor da dignidade humana e do livre desenvolvimento e configuração de sua personalidade.[245]

---

[241] ESTRADA ALONSO, E. *El derecho al honor em la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.* Madrid: Cívitas, 1988. p. 46. A honra encerra o valor moral íntimo do homem, a estima dos outros, a consideração social, o bom nome ou boa fama, o sentimento ou consciência da própria dignidade. Neste sentido: DE CUPIS, Adriano. *Trattato di diritto civile e comerciale.* Milano: A Ginffrè, 1973. v. 4, p. 220/230.

[242] BALAQUER CALEJÓN, M. Luisa. *El Derecho Fundamental al Honor*. Madrid:Tecnos, 1992. p. 41.

[243] A jurisprudência alemã apresenta, em três círculos concêntricos, uma tripla graduação de vida privada, desde a mais permissiva até a mais restrita. A mais ampla, que chamam de esfera privada (*Privatsphäre*), compreende todos aqueles comportamentos, notícias e expressões que o sujeito deseja que não cheguem ao conhecimento do público. A segunda esfera, esfera confidencial (*Vertrauensphäre*), abarca aquilo que o sujeito participa a uma pessoa de sua confiança. Finalmente, como círculo concêntrico, aparece a esfera do segredo (*Geheimsphäre*), que corresponde às notícias e fatos que, por seu caráter extremamente reservado, têm que ficar reservado a todos os demais. Neste sentido, entende-se que a intimidade poderia ser representada apenas pelo círculo menor, apresentando-se, assim, como o núcleo da privacidade.

[244] DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 48 et seq. Para Tomás de Domingo, a privacidade é mais ampla que a intimidade, "[...] pois a intimidade protege as esferas em que se desenvolvem as faces mais singularmente reservadas da vida da pesssoa – o domicílio onde realiza sua vida cotidiana, as comunicações nas quais expressa seus sentimentos, por exemplo – a privacidade constitui um conjunto mais amplo, mais global, de faces de sua personalidade que, isoladamente consideradas, podem carecer de significação intrínseca mas que, coerentemente contextualizadas entre si, demonstram um retrato da personalidade do indivíduo que este tem direito a manter-se reservado". DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 282.
Não existe maior dificuldade em conceituar privacidade e diferenciá-la de intimidade. A grande dificuldade exsurge em razão da delimitação proveniente da liberdade que o indivíduo tem em sua configuração, já que cada um de nós elabora nossa vida privada ou nossa intimidade com grau, medição ou caracteres diferentes. O que para uns está inserido num campo de reserva mais extremo, para outros o conhecimento a respeito pode materializar questão de enorme interesse. DELGADO, *op. cit*., p. 50.

[245] LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y* Constitucion. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 317.

A título de exemplificação, podemos dizer que pertence à vida privada de alguém o seu âmbito matrimonial, seus filhos, seus pais, seu estado civil, se vive com os pais ou sozinhos, a inviolabilidade de seu domicílio, a inviolabilidade de suas comunicações. No âmbito da intimidade, estão as suas relações sexuais, os detalhes desta relação, representando a intimidade, de acordo com a voluntariedade do sujeito, as relações existentes e que estão mais distantes das perspectivas dos demais. O indivíduo é quem estabelece os limites da intimidade e da vida privada, porém, a ideia que se tem de intimidade e privacidade varia de uma sociedade para outra, dependendo da cultura local, da educação, da comunidade a qual integramos.[246]

A ideia de privacidade e intimidade como um conceito jurídico surgiu em 1890, a partir da publicação do festejado artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, nos Estados Unidos, na *Havard Law Review*.[247] Nesse artigo, que teve por base a obra de um magistrado norte-americano chamado Cooley[248], os dois então jovens advogados criaram o que resolveram denominar de "o direito a estar só" ("*the right to be let alone*")[249], uma garantia do indivíduo de se proteger frente a qualquer invasão do sagrado recinto de sua vida privada e doméstica.[250] Para os autores do artigo era necessário desvincular o direito à intimidade do direito à propriedade[251] e fundamentá-lo no princípio da inviolabilidade da pessoa.[252]

Posteriormente, já como *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos[253], Brandeis, ao julgar o caso *Olmstead v. United States*[254], em voto divergente, asseverou que os autores

---

[246] DELGADO, *op. cit.*, p. 51.

[247] WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, New York, n. 5, v. IV, dec. 15, 1890.

[248] A expressão *the right to be let alone* é atribuída originariamente ao juiz norteamericano Cooley, na obra *The elements of torts*, de 1873.

[249] Alguns preferem traduzir tal expressão como "o direito a ser deixado em paz".

[250] "The sacret precincts of private and domestica life."

[251] As primeiras medidas jurídicas encaminhadas a proteger a intimidade consistem na proteção de âmbitos reservados ao conhecimento alheio, cujo paradigma é a inviolabilidade de domicílio (propriedade) e das comunicações telefônicas.

[252] Interessante destacar a causa que levou Brandeis e seu amigo de estudos Warren a escreverem tal artigo. Warren, que era casado com a filha de um Senador, Bayard, tinha uma vida privada desregrada e muito custosa. Assim, escreveu tal artigo com o intuito de se livrar do assédio da imprensa. MILLER, Arthur. *The Assault on Privacy*. Michigan: The University of Michigan Press. Ann Arbor., 1971. p. 185 et seq.
Embora o artigo de Brandeis e Warren tenha sido bem recebido pela comunidade acadêmica, o mesmo não aconteceu com os tribunais norteamericanos. A Corte de Apelação de Nova Iorque, por exemplo, decidiu, em 1902, no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Company* que o direito à privacidade não era protegido no sistema do *Common Law*, entendendo que a teoria elaborada por Brandeis e Warren era demasiadamente ampla para permitir qualquer aplicação prática.

[253] Brandeis prestou juramento como juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos no dia 5 de junho de 1916, exercendo tal função até 13 de fevereiro de 1939.

[254] 277 US 438 (1928). Nesse caso, a Suprema Corte dos EUA analisou se a interceptação de comunicação telefônica privada, obtida por agentes federais sem autorização judicial, e, posteriormente, utilizada como prova, constituía uma violação dos direitos do requerido diante das Quarta e Quinta Emendas à Constituição. Por um placar de 5 a 4, a Corte entendeu que nenhuma das citadas emendas foi violada. Esse entendimento da Suprema Corte foi modificado com o julgamento do caso *Katz v. United States*, de 1967. Nesse último caso, a Suprema Corte estadunidense utilizou-se da Quarta Emenda à Constituição para proteger os direitos de uma pessoa que teve suas conversas interceptadas. Nesse caso, a Corte

da Constituição dos EUA, ao proclamarem o direito à busca da felicidade por parte dos cidadãos, desejaram proteger suas crenças, seus pensamentos, suas emoções e sensações. Em sua opinião, os artífices da Constituição Norte-Americana reconheceram, também frente ao governo, o direito de estar só, o mais abrangente dos direito e o mais estimado pelos homens civilizados.[255] A proteção desse direito, segundo Brandeis, deve ser observada diante de qualquer intromissão injustificada do governo na esfera privada do indivíduo, sejam quais forem os meios empregados, devendo ser considerada uma exigência da Quarta Emenda da Constituição Americana, que garante aos cidadãos a seguridade de sua pessoa, de seu domicílio e seus efeitos em face de qualquer intromissão indevida.[256]

Hoje, todavia, essa ideia de privacidade entendida como o direito à estar só se encontra superada.[257] Conforme afirma Steven J. Heyman, o direito à privacidade impõe atualmente "[...] que o indivíduo seja geralmente livre para decidir, por si mesmo, se deve revelar os seus pensamentos, sentimentos e assuntos reservados para outros."[258] Para o autor, os indivíduos são livres para revelar informações pessoais sobre eles mesmos se eles assim escolhem. Isso sugere que deveríamos considerar uma informação como privada levando-se em consideração mais a fonte da informação do que o conteúdo da expressão. Essas regras não caracterizam a noção de que é inerentemente impróprio comunicar informações sobre a vida privada de alguém. Ao contrário disso, elas asseguram que o direito de controlar essas informações pertence propriamente ao indivíduo e que é ele que deverá ter o poder de decidir se vai fazer a comunicação aos outros.[259]

O direito à intimidade tem sua razão de ser, assim, na soberania que deve ser reconhecida ao indivíduo no que toca àquelas ações que carecem de repercussão social, conferindo-lhe o poder de decidir pela exclusão de toda interferência alheia nesses tipos de ações. Esse aspecto tem sido destacado pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo de

---

considerou ilegal a interceptação telefônica realizada pela polícia em uma cabine telefônica sem mandado judicial, considerando ilegais as medidas subseqüentes de busca e apreensão decorrentes da interceptação.

[255] No original, temos: "The right to be let alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men". Esse trecho da decisão da Suprema Corte é destacado na seguinte obra: TRIBE, *op. cit*., p. 1302.

[256] A Corte de Apelações da Georgia, em 1905, foi a primeira corte a reconhecer a existência do direito à privacidade independentemente da expedição de uma lei que o contemplasse.

[257] RODOTÀ, Stefano. *The Right to Privacy*. 1978. p. 149.

[258] HEYMAN, Steven J. *Free Speech and Human Dignity*. New Haven and London: Yale University Press, 2008. p. 163.

[259] *Ibidem*, p. 271. No original, temos o seguinte teor: "Individuals are free to reveal personal information about themselves if they so choose. This suggests that we should consider informational privacy rules to be based more on the source than on the content of the expression. These rules are not predicated on the notion that it is inherently improper to communicate information about an individual´s private life. Instead, they hold that the right to control this information properly belongs to the individual herself, and that she should have the power to decide whether it is communicated to others."
No mesmo sentido encontram-se as lições de Hyman Gross, autor que define o direito de intimidade como o controle sobre o conhecimento dos assuntos pessoais. Ou seja, como o direito de controlar as informações sobre si mesmo. GROSS, Hyman. Privacy and Autonomy. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Eds). *Nomos*, 18: Privacy. New York: Atherton Press, 1971. p. 169.

uma linha jurisprudencial desenvolvida nos últimos trinta anos. No julgamento do caso *Griswold v. Connecticut*[260], após relatar que a Constituição protege o direito à privacidade, a Suprema Corte decidiu pela anulação de uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos, decidindo, por sete votos contra dois, que a mencionada lei violava o "direito à privacidade conjugal" (*right to marital privacy*).

Também com base nesse raciocínio é que a Suprema Corte dos EUA decidiu, no caso *Eisenstadt v. Baird*[261], pela anulação de uma lei de Massachusetts que proibia a distribuição de contraceptivos a pessoas solteiras, permitindo-a apenas a pessoas casadas. Considerou a Corte que tal lei, além de violar o princípio constitucional da igualdade, também violava o direito à privacidade já reconhecido no caso *Griswold v. Connecticut*, uma vez que esse direito proibia o estado de interferir injustificadamente em questões tão fundamentais (íntimas) como a decisão de gerar filhos.

Em um dos casos mais importantes da história do Judiciário Americano, o caso *Roe v. Wade*[262], a Suprema Corte dos EUA decidiu que a maioria das leis que incriminava o aborto era inconstitucional em razão de o direito à privacidade ser suficientemente amplo para tutelar a decisão de uma mulher de encerrar ou não sua gravidez. Estabeleceu a Corte que uma mulher pode abortar, por qualquer motivo, até o sétimo mês de sua gravidez (ou 24 semanas), momento em que o feto se torna viável (capaz de viver, potencialmente, fora do útero da mãe, embora com auxílios artificiais).

Reconhecidos os direitos à privacidade e à intimidade como direitos fundamentais, algumas situações a serem possivelmente vislumbradas podem dar ensejo (apesar de retratarem um acontecimento privado ou íntimo), a dados que, diante de sua veracidade e do interesse público (ou curiosidade) existente, tornam-se suscetíveis de serem comunicados ao público em geral, podendo-se, então, avistar-se aqui um caso clássico de conflito entre dois direitos fundamentais: liberdade de expressão em sentido amplo *versus* direitos à privacidade e à intimidade.

Para solucionar a questão colocada acima, primeiramente há que se estabelecer o que é um dado íntimo ou privado. Alguns autores que pretendem realizar essa tarefa acabam lançando mão de conceitos vazios e com pouca utilidade prática. Para Albaladejo, por exemplo, intimidade é o "[...] poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que

---

[260] 381 US 479 (1965).
[261] 405US 438 (1972).
[262] 410 US 113 (1973).

formam seu círculo íntimo, pessoal e familiar, poder que lhe permite excluir os estranhos de intrometer-se nesses círculos e de dar uma publicidade não desejada pelo interessado."[263]

Na prática, ao se aplicar tal conceito, chega-se à conclusão de que não é fácil concretizar o que é, por exemplo, "círculo íntimo", caindo tal conceito em um extremo vazio sob o ponto de vista pragmático.[264] Daí, alguns autores preferirem, buscando uma solução casuística para o problema, fazer uma enumeração exemplificativa de conteúdos passíveis de ensejar casos que envolvem dados privados ou íntimos, afirmando até mesmo não existir um conceito de dados íntimos ou privados *a priori*.

Nesse sentido é que Lucrécio Rebollo Delgado, em obra que trata exclusivamente do direito fundamental à intimidade, ensina que o conteúdo desse direito fundamental é composto pelas intimidades pessoal e familiar, pela inviolabilidade de domicílio, pela intimidade informática e pelo segredo das comunicações, procurando explicitar em sua obra o que significa cada uma dessas situações.

Com essa mesma finalidade também é que Javier Cremades procura delimitar o conteúdo do direito fundamental à intimidade, ao asseverar que esse direito fundamental abrange:

> 1. Intimidade física:
> - vida sexual.
> - funções fisiológicas de excreção, assim como fatos e atos relativos ao próprio corpo que são tidos por repugnantes ou socialmente inaceitáveis.
> - defeitos, anomalias ou enfermidades físicas não ostensivas.
> - padecimentos físicos intensos.
> - o parto e a agonia de um ser humano.
> 2. Intimidade psicológica:
> - ideias e crenças religiosas, filosóficas, parapsicológicas e políticas que o indivíduo deseja subtrair ao conhecimento de terceiros.
> - aspectos concernentes à vida relacional: amores, simpatias, afetos, etc.
> - defeitos, anomalias ou enfermidades psíquicas não ostensivas.
> - momentos penosos ou de extremo abatimento.
> - atos de fixação ou de modificação do estado civil.
> - condição das relações paterno-filiais.
> - a vida passada de um indivíduo não divulgada, enquanto puder ser motivo de vergonha para este.
> - em geral, todo dado, fato ou atividade pessoal não conhecida pelos outros, cuja difusão produza turbação moral ou psíquica do afetado.
> - comunicações escritas ou orais de tipo pessoal, isto é, dirigidas unicamente ao conhecimento de várias pessoas determinadas e que tenham como conteúdo alguns dos pontos expostos.[265]

---

[263] ALBALADEJO, *Manuel. Derecho civil*. 9 ed. Barcelona:Bosch, 1985. t. I, v. 2. p. 65.

[264] A respeito da dificuldade em apresentar um conceito completo de intimidade, veja-se: ROMERO COLOMA, Aurelia M. *Derecho a la Información y Libertad de Expresión. Especial consideración al proceso penal*. Barcelona: BOSH. p. 48. Segundo a autora: "[...] é muito difícil definir o conceito de intimidade e, sobretudo, chegar a uma delimitação correta e aplicação geral do mesmo, já que a acepção de intimidade varia de uns países para outros, é distinta para distintos níveis socioculturais e difere, inclusive, de umas pessoas para outras, dentro do mesmo país e do mesmo estado sociocultural, segundo a concepção que o indivíduo tenha da vida e dependendo também de seu caráter."

[265] CREMADES, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español.* Madrid: LA LEY-ACTUALIDAD, 1995. p. 203.

Para Eric Barendt, as hipóteses de conflitos entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade (intimidade) podem ocorrer, ao menos, em seis situações: 1ª) quando a imprensa se depara com uma informação confidencial e deseja veicular esse dado[266]; 2º) nos casos que envolvem a revelação da identidade pessoal de alguém que tem direito ao anonimato[267]; 3º) nos casos em que a imprensa objetiva revelar a identidade de uma pessoa que prefere, razoavelmente, o anonimato[268]; 4º) nos casos que envolvem a publicação de fotografias capazes de revelar uma pessoa em uma situação humilhante, difícil de ser enfrentada ou em uma situação íntima[269]; 5º) que retratam pessoas envolvidas direta ou indiretamente em ficções artísticas[270]; e, 6º) casos envolvendo a privacidade de políticos e outras figuras públicas.[271]

Todas essas situações tratadas pelo eminente autor americano foram extraídas de julgados das Cortes Americanas, Inglesas, Francesas, Alemãs e da Corte Europeia de Direitos Humanos e tais situações são capazes de demonstrar que, diante da diversidade de situações que podem provocar uma violação à privacidade, devem ser resolvidas caso a caso, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, variando o resultado da ponderação de cultura para cultura e também de acordo com o tempo vivido pela sociedade, fato que demonstra a enorme complexidade existente em torno do assunto.

Apesar disso, esses julgados poderão indicar, ainda que indiretamente, alguns *standards* com a finalidade de auxiliar o intérprete no momento de enfrentamento de situações desse tipo, além de firmar premissas no sentido de demonstrar que, enquanto nos Estados Unidos e na Inglaterra existe uma tendência mais forte de priorizar a liberdade de expressão, em países como França e Alemanha, o direito à privacidade é tutelado com maior vigor.

---

[266] Quando a imprensa, por exemplo, recebe informações sobre a vida sexual de um homem público ou uma figura pública, informações provindas de uma interceptação telefônica não autorizada pelo Poder Judiciário, informações que tiveram por base documentos utilizados na declaração de imposto de renda de uma pessoa.

[267] Podemos imaginar aqui os casos em que a imprensa identifica, através da reportagem a ser veiculada, a vítima de um crime de estupro, na hipótese de existir um ato normativo proibindo essa identificação.

[268] É o que se dá com as situações em que a imprensa objetiva divulgar a identidade de alguém que acabou de cumprir pena pela prática de um crime, havendo enorme prejuízo pessoal nessa divulgação para reintegrar esse indivíduo na sociedade, motivo esse que pode justificar, razoavelmente, a pretensão ao anonimato.

[269] Por exemplo, uma pessoa acidentada, uma pessoa entrando ou saindo de um hospital, uma pessoa vítima de um homicídio, uma pessoa entrando ou saindo de um bordel ou de um motel, uma pessoa entrando ou saindo de uma clínica de recuperação para drogados ou alcoólatras, uma pessoa em sua festa de casamento.

[270] Tal como uma peça de teatro ou um filme que vise a contar a história de uma determinada pessoa.
A respeito, pode ser citado o caso *Time v. Hiill*, caso esse julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1967 e comentado nesse trabalho no capítulo que trata da teoria da *actual malice*.

[271] Abrangendo aqui situações que, em geral, demandam enorme interesse (leia-se aqui curiosidade) público, destacando-se as corriqueiras situações envolvendo o trabalho dos denominados *paparazzi*, que objetivam perseguir celebridades e divulgar suas intimidades ao grande público.

Em termos de informações confidenciais, a Corte de Apelação da Inglaterra, no caso *A v. B plc*[272], admitiu que o Jornal *Sunday* publicasse uma reportagem que divulgava detalhes de uma relação sexual estabelecida entre um político inglês e duas garotas de programas. Segundo o Lord Woolf CJ, as pessoas públicas, apesar de terem direito à privacidade, devem reconhecer que mesmo os fatos mais triviais relacionados a eles são de enorme interesse público, uma vez que essas pessoas servem de modelos para os demais membros da sociedade. Entendeu ainda o julgador que, se os jornais não forem livres para publicarem histórias pelas quais o público tem interesse, por consequência, menos cópias seriam vendidas, com enorme repercussão para a sobrevivência da imprensa. Além disso, como as duas mulheres envolvidas na matéria eram livres para revelar detalhes de suas relações sexuais a seus amigos, elas também deveriam ser livres para revelar suas relações sexuais à mídia.

A grande crítica que os franceses fariam a esse tipo de raciocínio exposto pela Corte da Inglaterra é no sentido de que, em casos como esse, não se deve questionar se o público tinha ou não interesse na informação, mas sim tornar-se-ia necessário questionar se esse interesse do público é legítimo ou compreensível. Se considerarmos que tudo que é do interesse do público pode ser informado pela mídia, as pessoas famosas e pessoas públicas jamais poderão impedir a publicação de fatos desse tipo com base no direito fundamental à privacidade ou intimidade, esvaziando esse tipo de raciocínio o direito fundamental mencionado.[273]

Ainda em torno das informações confidenciais, a maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Bartnick v. Vopper*[274], considerou que a pessoa responsável por um programa de rádio, com base na liberdade de expressão, tinha o direito de veicular em seu programa a gravação de uma conversa telefônica gravada entre dois líderes sindicais discutindo a respeito do melhor momento para a deflagração de uma greve. Segundo a Corte, apesar de a interceptação telefônica ter sido feita de maneira ilegal, o responsável pelo programa, senhor Vopper, não havia participado da interceptação e a matéria veiculada pelo programa era de considerável interesse público. Um dos juízes, Stevens J, ao falar pela Corte, decidiu que Vopper deveria estar livre para exibir seu programa, independentemente da conduta ilegal do interceptor da conversa, de forma que o interesse em proteger a privacidade

---

[272] [2003] QB 195.
[273] BARENDT, *op. cit*., p. 233-234.
[274] 532 US 514 (2001).

das comunicações não era forte o suficiente para justificar uma sentença impondo indenizações ao responsável pelo programa de rádio.

Em um caso semelhante ao acima narrado, a Corte Suprema Federal da Alemanha[275] decidiu em sentido contrário, dando preferência à privacidade das comunicações telefônicas. O caso envolveu uma reportagem veiculada pela revista *Stern* que publicou a transcrição de uma escuta telefônica clandestina a qual gravou a conversa entre dois líderes da *Christian Democratic Union (CDU),* envolvendo um tema de interesse público – a concorrência de Helmut Kohl, um dos integrantes da CDU, como candidato ao cargo de chanceler federal. Segundo o Tribunal Alemão, independentemente de o conteúdo da conversa ser ou não de interesse público, ocorreu, com a veiculação da reportagem, uma violação ao direito de todos os indivíduos de usar o sistema telefônico sem medo de que suas conversas sejam reproduzidas. Ademais, entendeu a Corte que a revista poderia ter feito uma matéria sobre o assunto sem publicar a transcrição da gravação clandestina.[276]

Ainda sobre situações envolvendo a veiculação de informações confidenciais, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Fresssoz and Roire v. France*[277], admitiu que uma revista editada pela *Le Canard Enchainé* pudesse veicular em suas páginas uma matéria que trazia fotocópias dos documentos que materializavam a declaração de imposto de renda do presidente da *Peugeot*. O objetivo da reportagem, ao veicular os documentos do chefe da *Peugeot* na matéria editada, era demonstrar que, enquanto o presidente daquela marca de automóveis havia concedido para si um aumento de 45% em seus proventos, o aumento concedido por ele aos trabalhadores teria sido de apenas 6,7% no mesmo período.

Após terem sido condenados pelo Judiciário de seu país de origem (a França), o editor da revista e o jornalista responsável pela matéria recorreram à Corte Europeia de Direitos Humanos que considerou que a condenação representava uma desproporcional interferência na liberdade de expressão jornalística, dado que a informação sobre o nível salarial não era considerada como uma informação confidencial. A Corte Internacional entendeu ainda que a reprodução das cópias dos documentos que representavam a declaração de imposto de renda do presidente da *Peugeot* era importante para dar credibilidade à matéria veiculada pela revista.

---

[275] A *Basic Law* da Alemanha não prevê expressamente um genérico direito à privacidade. Três de seus artigos, entretanto, protegem esse direito. Em seu artigo 2º, a Constituição Alemã prevê a cláusula da personalidade. Em seu artigo 10, a Lei Básica garante a privacidade de correspondências e telecomunicações, garantindo a inviolabilidade do domicílio em seu art. 13. A respeito, torna-se interessante consultar: KOMMERS, *op. cit.*, p. 327 et seq.

[276] NJW 1979, 647. Esse caso é analisado na obra de Eric Barendt. Cf. BARENDT, *op. cit.*, p. 234.

[277] (2001) 31 EHRR 2.

No que toca à hipótese de revelação de identidade pessoal, quando esta deve ficar sob sigilo por determinação legal, pode-se mencionar o julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Florida Star v. BJF*.[278] Nesse caso, a Suprema Corte Americana, por maioria, considerou que uma lei estadual que proibia os meios de comunicação de divulgarem a identificação de pessoas vítimas de crimes de estupro não poderia ser aplicada para embasar uma indenização objetivada por *BJF* em face de o jornal *Florida Star* ter revelado a identidade do demandante (vítima de um crime de estupro).

Após *BJF* relatar ao xerife local que tinha sido vítima de roubo e estupro, a autoridade policial, por equívoco, elaborou um relatório que identificou a vítima pelo seu nome completo, disponibilizando-o na sala de imprensa da repartição para qualquer interessado. Um estagiário do jornal *Florida Star*, um pequeno jornal de Jacksonville, Estado da Flórida, que tem uma circulação média de cerca de 18.000 exemplares, após ter acesso ao relatório, enviou à sala de imprensa do jornal um *paper* que transcrevia os fatos copiados textualmente do relatório policial, identificando na matéria o nome completo da vítima (*BJF*). Consequentemente, o nome completo de *BJF* saiu veiculado em uma reportagem divulgada na seção policial do jornal, contrariando a própria política interna do jornal, o qual não permitia, em concordância com a legislação estadual, a identificação de vítimas de estupro em suas reportagens.

BJF, então, ajuizou uma ação perante o Tribunal da Flórida, alegando que o jornal, por negligência, havia violado a mencionada lei estadual, vindo a publicação de sua identidade no jornal causar-lhe enorme sofrimento emocional. Segundo a autora, tornava-se necessário compensar o ato ilícito praticado pelo jornal e o seu sofrimento emocional com a fixação de perdas e danos em seu favor. Após ser julgado procedente o pedido da autora em primeira e segunda instâncias, o caso foi à Suprema Corte dos Estados Unidos que entendeu, por maioria, que a lei estadual não deveria ser aplicada ao caso para obrigar o jornal a pagar uma indenização a *BJF*.

Para a Suprema Corte, se o jornal teve acesso às informações de forma lícita, através de um relatório feito pela autoridade policial e disponibilizado à imprensa, o jornal não poderia ser responsável pelo erro que, em verdade, havia sido cometido pela autoridade policial ao disponibilizar um relatório sobre o crime de estupro com a identificação completa da vítima do crime. Segundo a Suprema Corte, a imprensa está livre para revelar publicamente informações que o Estado tinha boas razões para guardar como sigilosas

[278] 491 US 524 (1989). A respeito desse caso, vale a pena conferir os comentários feitos na seguinte obra: HEYMAN, *op. cit.*, p. 156 et seq.

(permitir que as vítimas relatem infrações sexuais sem medo de se expor) e não o fez por descuido de uma autoridade do próprio Estado.

Para Eric Barendt, atualmente, é bastante improvável que, nos Estados Unidos, a mídia seja impedida de divulgar dados objetivando identificar vítimas de ofensas sexuais e, mais improvável ainda, de crimes em geral, tendo em vista o direito fundamental à liberdade de expressão.[279]

No que diz respeito à publicação de notícias referentes a uma pessoa que prefere o anonimato, pode-se fazer menção ao famoso caso julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, o caso *Lebath.*[280] *Lebath* havia sido condenado por roubar, com o uso de armas, uma base militar, evento que resultou no assassinato de alguns soldados. Pouco antes de ele deixar a prisão, um *broadcaster* queria exibir um documentário com a história que o levou ao cárcere. Argumentando que a exibição do programa iria prejudiciar a sua reinserção na sociedade, *Lebath* ajuizou uma ação visando impedir que o documentário fosse colocado no ar. O Tribunal Estadual de *Mainz* e, posteriormente, o Tribunal Superior de *Koblenz* não acolheram o pedido de liminar. Entenderam que o envolvimento no crime fez com que o autor da ação se tornasse uma personalidade da histórica recente e que "[...] o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração". A Corte Constitucional da Alemanha, entretanto, decidiu-lhe favorável, sustentando que a corte estadual não havia levado em consideração o direito à privacidade, direito esse extraído do direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade garantido no artigo 2º da Lei Básica.

Após afirmar que o direito de personalidade tinha de ser ponderado com o direito à liberdade de expressão, a Corte Constitucional entendeu que o documentário a ser exibido pela televisão poderia ofender a privacidade mais seriamente do que se a matéria fosse divulgada pela imprensa escrita. Para a Corte, o ponto crucial a fim de impedir a exibição do documentário se concentra no fato de o programa não se referir a um evento corrente, mas ressuscitado do passado. Além disso, segundo a Corte, o programa, caso fosse exibido,

---

[279] BARENDT, *op. cit*., p. 235.

[280] 35 BVerfGE 202 (1973). Esse caso é relatado na obra de KOMMERS, *op. cit*., p. 416 et seq. No Brasil, caso semelhante a este foi julgado em sentido contrário pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e envolveu Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*, da Rede Globo. Os desembargadores do Rio de Janeiro reformaram a sentença que condenou a emissora a pagar R$ 250 mil por danos morais a Doca. Entenderam que a emissora deve ter sua liberdade de expressão garantida e que o prgrama se limitou a contar a história de acordo com as provas documentais da época.

poderia prejudicar a reabilitação de *Lebach* perante a sociedade no momento em que ele deixasse a prisão.[281]

Outra importante situação que pode ensejar um real conflito entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão consiste no fato de um meio de imprensa querer divulgar fotografias de pessoas que não consentiram ou não foram consultadas a respeito dessa veiculação.

Diante disso, o direito à privacidade foi assegurado pela Suprema Corte do Canadá, no caso *Aubry v. Canadian Broadcasting Corpn*[282], oportunidade em que essa corte manteve uma decisão proferida pela Corte de Quebec, que havia considerado violação do direito à privacidade de uma mulher o fato de uma revista de arte publicar a fotografia dessa mulher sentada sobre o degrau de uma construção pública. Para a Corte de Quebec, alguns fatores foram importantes para determinar essa decisão: a revista não havia feito nada para tentar a autorização da fotografia junto à pessoa fotografada; a mulher fotografada não era uma figura pública; e, a fotografia não foi tirada em qualquer evento importante que justificasse a publicação.

As decisões abaixo podem identificar como o mesmo tema julgado pelo Judiciário do Canadá pode ser tratado de forma bem distinta se levarmos em consideração algumas decisões americanas e francesas. Enquanto as decisões francesas parecem ficar mais próximas do pensamento do judiciário canadense, as decisões americanas avançam exatamente no sentido oposto.

---

[281] Eis as palavras da Corte: "[...] a divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional, ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social." Entendimento semelhante ao determinado pela Corte Constitucional Alemã no caso *Lebath* foi também firmado em dois conhecidos casos ingleses: o caso *Venables v. News Group Newspapers Ltd* [2001] Fam 430 e o caso *Mary Bell v. O´Brien* [2003] EMLR 850. No primeiro caso, *Jon Venables* e *Robert Thompson*, então com 18 anos de idade (os dois), ajuizaram uma medida judicial objetivando impedir que a imprensa divulgasse fatos relacionados ao crime cometido por eles quando tinham 10 anos de idade, momento em que mataram *James Bulger Preston*. Entendiam os autores que a divulgação desse fato e a identificação, agora, de suas identidades iriam prejudicar sobremaneira sua reabilitação. A Corte Inglesa entendeu que, se a imprensa identificasse os requerentes agora, haveria sérios riscos de os mesmos serem agredidos na rua, motivo pelo qual determinou que não se divulgasse notícias a respeito do fato. No segundo caso, o Judiciário Inglês também proibiu que a imprensa divulgasse notícias capazes de identificar *Mary Bell*, pessoa que havia sido condenada (e que já havia cumprido pena) pelo homicídio de duas crianças. O anonimato da homicida havia sido garantido em razão de salvaguardar a privacidade dela e de sua filha, sendo que a decisão judicial só proibiu a imprensa de divulgar fatos que pudessem conduzir à identificação de *Mary Bell*. Segundo a decisão, a imprensa poderia continuar a comentar o caso, mas não poderia revelar detalhes que levassem à identificação da condenada que já havia cumprido sua pena. Mais recentemente, entretanto, no caso *Re S* (uma criança) [2004] 4 All ER 683, a *House of Lords* recusou conceder uma *injunction* (obrigação de não fazer imposta por uma decisão judicial) para impedir a revelação da identidade de uma mulher acusada de matar sua filha mais velha, bem como a publicação de suas fotografias. Embora a publicidade desses dados pela mídia pudesse infringir a privacidade de seu filho mais novo, a *House of Lordes* não atendeu o pedido.

[282] (1998) 157 DLR 577.

No caso *Shulman v. Group W. Productions*[283], a Suprema Corte da Califórnia assegurou que uma mulher, gravemente ferida após capotar seu carro em uma rodovia da Califórnia, acidente do qual resultou ainda a morte de seu filho, não poderia reclamar que sua privacidade havia sido violada por uma rede de televisão que filmara imagens do acidente e da ferida dentro do helicóptero que havia feito o resgate, momento em que a vítima sentia dores e estava meio confusa a ponto de fazer declarações para a câmera no sentido de que "queria mesmo é a morte". Segundo a Corte, a matéria era digna de ser noticiada (*newsworthy*), já que alguns razoáveis membros da comunidade poderiam ter um legítimo interesse no assunto. A notícia foi apresentada em um programa de entretenimento, não sendo importante, no entender da Corte, que a matéria pudesse ser veiculada com o corte de algumas imagens mais chocantes, pois não seria adequado que o Tribunal agisse como um supereditor de imprensa.

Em um caso semelhante, a *Cour de Cassation* da França, em sentido contrário ao teor da decisão mencionada acima, assegurou que existia uma violação ao direito à privacidade em razão de uma revista semanal francesa ter publicado fotografias de uma atriz saindo do hospital após ter sido atendida para tratar de graves ferimentos ocorridos em um acidente de trânsito.[284]

No mesmo sentido ainda, a Corte de Cassação Francesa entendeu que o fato de duas revistas francesas terem publicado fotos do Prefeito de Corsica momentos depois de seu assassinato era capaz de ferir a privacidade do falecido e de seus familiares. Entendeu a Corte da França que o fato de alguns leitores terem interesse na reportagem não justificava a veiculação de tais fotos, bastando apenas que as revistas publicassem uma foto do prefeito enquanto vivo para ilustrar a reportagem sem prejuízo ao conteúdo da matéria.[285]

Na Inglaterra, o *leading case* a respeito do tema, julgado pela *House of Lords*, envolveu a famosa modelo Naomi Campbell, no caso *Campbell v. MGN*.[286] Nesse caso, a modelo entendeu que sua privacidade havia sido violada em razão de a revista *Daily Mirror* ter veiculado, em uma de suas reportagens sobre a vida da modelo, uma matéria que dizia que Campbell estava se tratando nos Narcóticos Anônimos por ser viciada em drogas, além de revelar detalhes do tratamento feito por ela e trazer fotos dela saindo de um desses encontros dos NA.

---

[283] 74 Cal Rptr 2d 843 (Cal, 1998). Esse caso, entre vários outros, é narrado em detalhes na seguinte obra: O'NEIL, Robert M. *The First Amendment and Civil Liability*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2001. p. 75.
[284] *Chantal Nobel case*, Cass civ 1, 6 June 1987, Bull civ I n. 191.
[285] Cass civ 1, 20 Dec. 2000, D 2001, 885.
[286] [2004] 2 AC 457.

A *House of Lords*, por 3 a 2, entendeu que a publicação de fotografias da modelo contribuiu, poderosamente, em conjunto com as veiculadas informações sobre detalhes de seu tratamento nos Narcóticos Anônimos, para violar a privacidade de Naomi. Segundo o *Lord* Hope, ao falar pela maioria, a fotografia foi capaz de inclinar a balança da ponderação de princípios de forma a considerar que o direito fundamental à privacidade teria sido violado pela liberdade de expressão, não existindo, no caso, um bom argumento para justificar, com base na liberdade de expressão, a publicação da foto da modelo saindo de um de seus encontros nos Narcóticos Anônimos na reportagem. A história relatada pela revista poderia ter sido ilustrada com outras imagens da modelo. A fotografia não acrescentou nada de importante à história, sendo relevante apenas para aumentar o sofrimento da modelo. Para Hope, "[...] não é adequado privar a Senhora Campbell de seu direito à privacidade em razão de ela ser uma celebridade e por ter a sua vida privada notável".[287]

Em discordância, representando os votos vencidos, os *Lords* Nicholls e Hoffmann entenderam que não havia de se falar em violação à privacidade da modelo, uma vez que a mídia estava habilitada para fazer revelações desse tipo, entendendo ainda que a fotografia não exibia a modelo em um situação humilhante, mas apenas retratava a realidade dos fatos.

No que toca à privacidade de políticos, figuras públicas e celebridades, enquanto alguns tribunais têm reconhecido que essas pessoas também têm o direito a ter sua privacidade preservada, limitando o direito fundamental à liberdade de expressão da mídia em certos casos desse tipo, outras cortes têm considerado a privacidade dessas pessoas quase inexistente.

Na França e na Alemanha, por exemplo, tem predominado o entendimento no sentido de que a vida privada dos governantes deve permanecer fora de todo escrutínio, tendo em vista tratar-se de uma informação que não agrega nada de substantivo à qualidade de bom governante, não garantindo a vida privada uma boa gestão pública.[288]

Por outro lado, nos Estados Unidos e na Inglaterra, há uma tendência em considerar legítimo revelar a vida privada de seus governantes tendo em vista a existência de um direito dos integrantes da soberania popular de conhecer as virtudes e defeitos morais daqueles que se candidatam a cargos públicos. Esse raciocínio parte da premissa de que determinadas virtudes privadas vão influenciar poderosamente na qualidade da administração da coisa pública. A honestidade privada será refletida, necessariamente, na honestidade pública; a

---

[287] No original: "[...] it is not enough to deprive Miss Campbell of her right to privacy that she is a celerity and that her private life is newsworthy".

[288] BRAGA, Fernando Urioste. *Libertad de expresión y derechos humanos*. Buenos Aires: Euros Editoriais S.R.L., 2008. p. 182.

veracidade e a moral privada são também, para essa corrente de pensamento, virtudes que influenciam nas tarefas do governo, gozando, assim, o direito à intimidade de pouca eficácia nesses casos.

Alguns importantes casos julgados pelas cortes dos países mencionados acima poderão revelar esse cenário de divergências de entendimentos a respeito da melhor solução para o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade nas hipóteses que versam sobre o direito à privacidade dessas pessoas (políticos, figuras públicas e celebridades).

Na França, a Corte de Apelação de Paris, atendendo às pretensões dos familiares do ex-presidente francês (François Mitterrand)[289] e com base no direito fundamental à privacidade (sigilo médico-paciente), proibiu a venda de um livro escrito pelo antigo médico do ex-presidente francês, Dr. Claude Guber, e publicado após a morte do político, no qual anunciava que Mitterrand havia sofrido muito em seu mandato em razão de um câncer de próstata, afirmando ainda que o então presidente sabia que sofria de câncer desde 1981, guardando essa informação em segredo tanto de sua família quanto do público.

Após a primeira edição de 40 mil exemplares vendidos num único dia, a venda do livro foi proibida pelo tribunal francês e o médico, autor do livro, perdeu sua licença médica por violar o sigilo imposto à relação médico-paciente, sendo condenado também, juntamente com o editor da obra, a pagar 340 mil francos à família de Mitterrand.[290] A Corte de Apelação de Paris rejeitou a tese de defesa baseada na liberdade de expressão (art. 10 da ECHR).[291]

O caso foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos que suspendeu a proibição da venda do livro. Entendeu a corte que, com o passar do tempo desde a morte do ex-presidente, o interesse de sua família em manter a informação revelada pelo livro em sigilo havia enfraquecido, ao passo que a importância do debate público a respeito do assunto havia crescido. Segundo a corte, o fato de terem sido vendidas 40 mil cópias do livro antes de ser proferida a decisão da corte francesa e com a disponibilização do conteúdo do livro na Internet não se justificava mais manter a proibição de vendagem do livro.

Outra importante decisão sobre o tema, na Europa, envolveu a Princesa Caroline de Mônaco. Caroline é a filha mais velha do príncipe Rainier III. Reside em Mônaco, mas vive a maior parte do tempo em Paris. Em razão de integrar a família de um príncipe, Caroline

---

[289] François Mitterrand foi presidente da França de 1981 a 1995. Reeleito em 1988, governou a França até 1995, um ano antes de sua morte por câncer de próstata no ano de 1996.

[290] CA of Paris, 27 May 1997, JCP 1997, II, 22894, note Derieux.

[291] Em tom crítico, Patrick Wachsmann, elenca esse caso, entre outros, como exemplos de restrições à liberdade de expressão ocorridas na França e que não seriam aceitas em outros países que tutelam esse direito fundamental de forma mais sólida. WACHSMANN, Patrick. La Liberté D´Expression. In: CABRILLAC, Rémy et al. *Libertés et Droits Fondamentaux.* 10. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 361-388.

preside certas causas humanitárias ou fundações culturais e representa a família em alguns eventos sociais.

Após ter sua imagem exposta por numerosas vezes em revistas populares (tablóides) alemãs, Caroline, com base no direito fundamental à privacidade, ajuizou várias ações nos tribunais germânicos contra esses tablóides, por inúmeros fatos: em razão de uma revista alemã veicular fotos dela jantando com um ator famoso na extremidade final do jardim de um restaurante em Saint-Rémy-de-Provence, no Sul da França, afirmando a reportagem que se tratava de um novo romance da princesa; por causa de outra revista alemã mostrar fotos dela com seus filhos menores em locais públicos; em razão de a imprensa alemã mostrá-la esquiando em suas férias em Zürs, na Áustria; por mostrá-la jogando tênis ou fazendo compras em um supermercado, acompanhada de seguranças, entre outras situações.

Após o julgamento dos casos em instâncias inferiores do Judiciário Alemão, os fatos chegaram à Corte Constitucional da Alemanha, quando foi firmado o entendimento no sentido de que Caroline, por se tratar de uma figura da sociedade contemporânea por excelência, deveria tolerar esse tipo de assédio, não se justificando, pois, uma medida capaz de impedir a mídia de fazer tais publicações. Segundo o Tribunal Alemão, as fotos foram tiradas enquanto a autora e seus familiares estavam em locais abertos ao público. Dessa forma, mesmo que as constantes perseguições por fotógrafos possam tornar a vida da princesa difícil, esse fato surge de um desejo legítimo da imprensa de informar o público em geral.

Entretanto, em relação à fotografia publicada pela imprensa alemã, que mostrava a princesa jantando com um ator famoso no jardim de um restaurante localizado no Sul da França, em razão de a situação demonstrar, de forma clara, a intenção de a princesa ficar em um local reservado, longe do público, a Corte Constitucional garantiu a ela uma *injunction* para proibir posteriores publicações de fotos tiradas enquanto eles estavam naquele lugar.

Por outro lado, a Corte Constitucional deferiu em parte a queixa constitucional da princesa no que diz respeito à publicação de fotos da princesa com seus filhos menores, entendendo que o caso aqui deveria ser visto sob uma outra ótica, concernente ao cuidado e educação de crianças, conforme prevê o art. 6º da Lei Básica da Alemanha.[292]

---

[292] Artigo 6º da Lei Básica Alemã: 1. O casamento e a família receberão proteção especial do Estado. 2. A manutenção e a educação dos filhos constituirão um direito natural e um dever inalienável dos pais. O Estado velará pelo cumprimento dessas obrigações. 3. Os filhos só poderão ser separados da família, contra a vontade dos seus responsáveis, em virtude de lei, quando estes falharem no cumprimento do seu dever ou quando aqueles estiverem ameaçados de abandono por outras circunstâncias. 4. Toda mãe terá direito à proteção e à assistência da comunidade. 5. A lei assegurará aos filhos não havidos da relação do casamento as mesmas oportunidades dos filhos nascidos do matrimônio no que se refere ao seu desenvolvimento físico e moral e à sua posição social.

Diante de a maioria dos julgados contrariarem as expectativas de Caroline de Mônaco, a princesa levou o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sob o argumento de que o seu direito à privacidade não estava sendo observado pelas Cortes Alemãs.

Essa corte internacional, ao analisar a situação (caso *Von Hannover v. Germany*)[293], entendeu que o Tribunal Constitucional da Alemanha havia violado o direito de a princesa ter sua vida privada reservada, conforme garante o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[294]

Segundo a Corte, os fatos veiculados pela mídia alemã a respeito da princesa não envolvem a disseminação de ideias, mas a publicação de fotografias, tornando-se necessário ainda distinguir situações que veiculam fatos relacionados a políticos no exercício de suas funções, informações essas capazes de contribuir para o debate em uma sociedade democrática, de reportagens que anunciam, como no caso, detalhes da vida privada de uma pessoa que não exerce função pública.

Para a Corte de Estrasburgo, a veiculação de fotografias pelos tablóides alemães serviu apenas para satisfazer uma curiosidade popular com relação à vida privada da princesa Caroline de Mônaco, não contribuindo em nada para um debate de interesse geral. Acrescentou a Corte que a fotografia tinha sido tirada sem o conhecimento e sem o consentimento da princesa, não sendo justo dar à princesa, como fez o Tribunal Alemão, menos proteção à sua privacidade sob o mero argumento de que ela é considerada como uma figura da sociedade contemporânea e em razão de a fotografia ter sido tirada enquanto ela estava em um local público (e não isolado).

Esse critério adotado pela Corte Alemã, no entendimento do Tribunal Internacional, é bastante vago para dar à requerente (uma princesa) uma orientação suficiente sobre como proteger sua privacidade, não justificando, ainda, a intrusão que havia ocorrido em seu direito fundamental.

O aspecto mais importante dessa decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é de que a corte determinou, diferentemente dos casos mais comuns (como o caso Campbell), a proibição de a imprensa divulgar fotos da princesa em situações que não a retratavam em uma

---

[293] (2004) 16 BHRC 545.

[294] Art. 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

situação humilhante ou difícil, mas que demonstravam Caroline em situações comuns de seu dia a dia.

Nesse sentido, a corte diferenciou os casos que materializam, de um lado, a veiculação de notícias políticas ou outras notícias públicas importantes, das hipóteses que evidenciam, de outro lado, a divulgação de meros comentários sobre celebridades, considerando que esses últimos tipos de matéria, por ofenderem mais comumente a privacidade, devem ser menos protegidos pela liberdade de expressão. Criou a corte, com esse raciocínio, uma aproximação normativa do que vem a ser interesse público. Em sua visão, o interesse público somente pode ser invocado como defesa da mídia diante de uma situação em que haja a veiculação de matérias confidentes ou privadas, propriamente, nos casos em que a publicação revelar reportagens pelas quais o público *deveria* ter um interesse.[295]

Por fim, pode se afirmar que mais da metade dos códigos nacionais de ética da imprensa reconhecem, em seus respectivos artigos, o conceito de vida privada e intimidade. Uns códigos admitem a vida privada, mas a delimitam e a subordinam ao interesse público (tais como os códigos de: Coreia do Sul, Chile, Egito, Finlândia, Ghana, Grécia, Jamaica, Paquistão, Suécia, Turquia e Venezuela). Três códigos procuram distinguir a diferença entre o que é de interesse público e mera curiosidade pública como: Áustria, Birmânia e Libéria. Há ainda códigos que não limitam em nada o direito à vida privada das pessoas. Um exemplo disso: Áustria, Bélgica, Estados Unidos, Índia, Malta e Noruega.[296]

O mesmo ocorre com os códigos éticos latino-americanos, destacando-se aqui os Códigos de Colômbia, Chile, Panamá, Peru, entre outros.

Na Europa, os códigos éticos europeus também afirmam que a imprensa deve respeitar a vida privada e a intimidade das pessoas. Nesse sentido, pode-se destacar o Código de Imprensa e Diretrizes para Seções Redacionais da Alemanha (artigo 8º), o Código Deontológico da Profissão Periodística na Espanha, a Carta dos Deveres dos Periodístas na Itália, entre outros. O Código do Reino Unido faz menção à vida privada e à intimidade, afirmando que: "As investigações e intrusões na vida privada de pessoas sem o seu

---

[295] BARENDT, *op. cit*., p. 244.
Posição interessante a respeito do tema é a sustentada por Tomás Domingo. Segundo o autor, não há possibilidade de existir um real conflito entre o direito fundamental à liberdade de informação e o direito fundamental à intimidade. O autor desenvolve todo o seu raciocínio a respeito do assunto com base em uma premissa: se o assunto é íntimo, não há interesse público em conhecê-lo. Por outro lado, se há interesse público em conhecer uma determinada matéria, isso significa dizer que esse tema não é íntimo. Assim, em sua conclusão, afirma que, caso se trate de interesse público, sua veiculação está autorizada com base na liberdade de informação. Caso contrário, em se tratando de uma matéria íntima, por consequência não há interesse público e também não estaria autorizada a sua veiculação devido ao direito fundamental à intimidade. DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit., p.* 285 et seq. O autor cita várias decisões do Tribunal Constitucional da Espanha para tentar justificar seu raciocínio.

[296] BARROSO, Porfirio; TALAVERA, María del Mar López. *La Libertad de Expresion y sus Limitaciones Constitucionales*. Madrid: Editorial Fragua, 1998. p. 115.

consentimento, não são aceitáveis em geral, e sua publicação somente estará justificada quando houver interesse público".[297]

De todo o exposto, na busca da delimitação de critérios objetivos para solucionar eventuais conflitos entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade, podem-se firmar, ao menos, os seguintes *standards*:

a) se o fato, privado ou íntimo, diz respeito a uma personalidade pública (funcionário público ou pessoas conhecidas do público em geral) ou a pessoas implicadas em assunto de relevância pública, a eficácia do direito fundamental à intimidade deverá ser mais restrita, justificando-se tal entendimento em razão do interesse geral em torno da notícia. Nesse caso, a liberdade de expressão em sentido amplo goza de uma maior eficácia legitimadora;

b) por outro lado, as pessoas privadas, isto é, aquelas que não gozam de notoriedade ou cujo nome ou atividade não são de conhecimento geral, devem gozar de um âmbito maior de privacidade ou intimidade, sendo tal *standard* um fator impeditivo de conhecer transcendência pública a fatos ou condutas que só lhes dizem respeito;

c) há uma tendência nos Estados Unidos em dar preferência à liberdade de expressão quando o tema versar sobre uma matéria de interesse público, havendo uma interpretação ampla a respeito do que vem a ser interesse público;

d) na França, mesmo havendo interesse público na notícia, há uma tendência em conceder maior eficácia ao direito de privacidade;

e) não há um conceito normativo que procure explicar o que vem a ser interesse público. Se para a Corte Constitucional da Alemanha há interesse público na divulgação de uma matéria que envolve informações a respeito de pessoas públicas que estão em locais públicos, para a Corte Europeia de Direitos Humanos não se inserem na definição de interesse público os casos que representam meras curiosidades despertadas no público em relação à vida alheia de pessoas famosas ou públicas, mesmo estando essas pessoas em locais públicos.

f) a veiculação de fotografias não deve ser tratada da mesma forma que as situações em que a mídia informa apenas fatos, revelando a veiculação de fotografias uma forma mais perniciosa em relação à privacidade alheia.

g) a solução de conflitos entre esses dois direitos fundamentais é bastante complexa, especialmente diante da enorme diversidade de situações que podem surgir no

---

[297] *Ibidem*, p. 115-116.

> mundo real. Devem ser levados em consideração, para uma boa solução de conflitos desse tipo, todas as características do caso concreto, a cultura local e o momento em que surge o conflito, tornando-se necessário dar uma importância maior à *ponderação ad hoc* para solucionar conflitos desse tipo.

Vistos alguns limites externos à liberdade de expressão, torna-se importante analisar agora algumas correntes de pensamento existentes em torno das maneiras de solucionar eventuais conflitos entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e da personalidade.

3 FORMAS DE SOLUCIONAR EVENTUAIS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA PERSONALIDADE

3.1 **Introdução**

Os abusos eventualmente praticados no exercício indevido da liberdade de expressão em sentido amplo são passíveis de correção, de exame e análise pelo Poder Judiciário, com a consequente responsabilização civil e penal do autor do ilícito.

Isso decorre do fato de o exercício abusivo da liberdade de expressão em sentido lato ser capaz de ofender outro direito fundamental: os direitos da personalidade.

Daí se dizer que os direitos da personalidade, certamente, constituem um fundamento de restrição da liberdade de expressão em sentido amplo, sendo também, igualmente, objeto de restrição com base no livre exercício dessa liberdade e na promoção das diversas finalidades subjacentes à liberdade de expressão, as quais devem ser efetivamente consideradas no processo de ponderação, precluindo um excessivo efeito inibitório (*chilling effect*) sobre a esfera pública.[298]

Essa colisão entre os direitos fundamentais mencionados acima pode se dar *previamente* (antes do exercício efetivo da liberdade de expressão) ou *posteriormente* (depois do exercício efetivo da liberdade de expressão). Antes de uma matéria, um pensamento ou uma informação serem publicados ou manifestados, pode-se vislumbrar essa publicação como capaz de causar potenciais prejuízos irreparáveis, pretendendo-se que o Judiciário impeça, previamente, antes de se materializar a liberdade, o exercício da liberdade de expressão em respeito aos direitos da personalidade. Essa possibilidade é excepcional, mas também de enorme dificuldade. A doutrina e a jurisprudência já consagraram essa hipótese como uma situação excepcional[299] em razão de os direitos fundamentais serem, de antemão, ilimitados e também pelo fato de qualquer restrição a um direito exigir ordem judicial que só deverá ser determinada mediante o devido processo legal.[300]

---

[298] MACHADO, J., *op. cit*., p. 51.

[299] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 129-152. A tese que ora se apresenta só analisa as hipóteses de conflitos *a posteriori* envolvendo a liberdade de expressão, não as situações de conflitos prévios.

[300] CARVALHO, *op. cit*., p. 51.

Em regra, eventuais violações causadas pelo exercício abusivo da liberdade de expressão só ensejará uma análise *a posteriori*, resolvendo-se a questão com a responsabilização civil ou penal do autor do ilícito.

No Brasil, já está sedimentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o exercício ilegítimo da liberdade de expressão configura a prática de um ato ilícito, sendo capaz, assim, de gerar, para o autor do ilícito, uma responsabilização civil ou penal.

Na verdade, diante de uma questão que, a princípio, envolve uma colisão posterior entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade, podemos imaginar a ocorrência, em tese, de pelo menos algumas situações: (i) a liberdade de expressão pode ter sido exercida de forma a ofender outro direito fundamental de forma desarrazoada, portanto, capaz de configurar a prática de um ato ilícito; (ii) a liberdade de expressão pode ter sido exercida licitamente, sem qualquer ofensa aos direitos da personalidade; (iii) a liberdade de expressão pode ter sido exercida de forma razoável, mas o seu exercício pode ter gerado um desconforto aos direitos da personalidade de outrem; (iv) no caso concreto pode ocorrer um conflito real entre a liberdade de expressão e alguns dos direitos da personalidade, resolvendo-se esse conflito real pela aplicação do princípio da ponderação de interesses.

Com o objetivo de apresentar uma solução ideal para os casos de conflito real entre os direitos fundamentais ora estudados, três são as correntes doutrinárias existentes.[301]

A primeira vertente doutrinária considera que os direitos da personalidade têm um valor absoluto. Em caso de conflito entre os direitos da personalidade e o direito fundamental à liberdade de expressão, a preponderância absoluta daqueles excluiria o direito à liberdade de expressão. Essa corrente de pensamento tem sido denominada de *regime de exclusão*, justificando-se essa denominação pelo fato de se excluírem os demais direitos, beneficiando, sempre, os direitos da personalidade.

Buscando uma segunda linha de interpretação, encontra-se a teoria da *concorrência normativa*. Essa teoria, apesar de reconhecer todos os direitos fundamentais como relativos, considera que, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a liberdade de expressão deve ser considerada sempre como um direito preferencial. Vários são os fundamentos utilizados para considerar a liberdade de expressão como direito preferencial. Entre eles, encontra-se o argumento que sustenta que liberdade de expressão tem uma dimensão social, não sendo um bem jurídico apenas individual como a honra, ou que tal direito materializa uma instituição política fundamental.

---

[301] O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2004. p. 9.

Por fim, objetivando uma terceira linha de raciocínio, encontram-se aqueles que entendem que, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, não se pode dar preferência, em abstrato, a um desses direitos, devendo a solução ideal ser extraída do caso concreto a ser analisado, aplicando-se, como solução para o caso concreto, o princípio da ponderação de interesses.[302]

Diante desse cenário de controvérsias jurídicas e em presença da complexidade do tema, torna-se relevante analisar a situação encontrada no âmbito do Direito Constitucional de alguns países e no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro, o que será estudado no desenvolvimento desse trabalho.

A princípio, já se pode afirmar que, nesse cenário, é controversa a questão da possibilidade de se estabelecer uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais. De um lado encontram-se autores que defendem a impossibilidade de um escalonamento[303], em tese, dos Direitos Fundamentais, por dois motivos relevantes: (i) a questão da indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, haja vista a igual relevância e fundamentabilidade de cada um dos Direitos Fundamentais previstos e (ii) o princípio da unidade da Constituição, que considera todos os direitos fundamentais frutos de um mesmo poder. Para outros autores, entretanto, alguns Direitos Fundamentais seriam dotados de uma relevância intrínseca para o ser humano ou para a sustentação das bases democráticas e republicanas, motivos pelos quais gozariam de um status de direitos preferenciais em relação aos demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, tanto a corrente de pensamento que vislumbra os direitos da personalidade como preferenciais quando colidirem com a liberdade de expressão, quanto a tese oposta, que sustenta que a liberdade de expressão deve ter preferência em relação aos direitos da personalidade, parecem enquadrar-se dentro da corrente sustentadora da possibilidade de existirem direitos fundamentais preferenciais. Por outro lado, a corrente que sustenta posição diversa, justificando-se com base na unidade da Constituição e indivisibilidade dos Direitos Fundamentais só poderá aceitar a tese que sustenta a necessidade de se aplicar a verdadeira ponderação de interesses para solução do conflito aventado.

---

[302] Essa é a corrente de pensamento adotada em Portugal. Fazendo um breve comentário a respeito dessa corrente, encontra-se a seguinte obra: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 136.
A Corte Europeia de Direitos Humanos, entre outros casos, ao julgar o caso *Lehideux e Isorni v. França* (55/1997/839/1045, ECHR, 23.09.1998), aplicou o princípio da proporcionalidade ao vislumbrar um conflito real entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso do direito) da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

[303] ANDRADE, *op. cit.*, p. 108.

3.2 **A liberdade de expressão nos EUA**

Os Estados Unidos (doutrina e jurisprudência) adotam expressamente a tese que sustenta a preferência de alguns direitos fundamentais sobre outros. Havendo conflito entre liberdade de expressão e outro direito fundamental (direitos da personalidade), a liberdade de expressão é analisada como um direito preferencial (*preferred position*)[304], tornando-se imprescindível, pois, diante da importância do tema, fazer uma análise em torno da doutrina que considera a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial para que possamos entender o tratamento dado a esse direito fundamental nos EUA.

3.2.1 A doutrina dos direitos fundamentais preferenciais: duas vertentes

A doutrina que considera admissível a existência de direitos fundamentais preferenciais, permitindo, portanto, uma hierarquia entre os direitos fundamentais, não é unívoca.

Para a doutrina dos direitos fundamentais preferenciais originada da Suprema Corte dos Estados Unidos, a preferência concedida a determinados direitos fundamentais não supõe uma prevalência absoluta de um direito fundamental quando comparado com outros direitos da mesma natureza, mas simplesmente lhes confere uma posição mais forte ou uma maior eficácia na hora de proceder ao *balancing*, à ponderação dos interesses em conflito.[305]

Desta forma, para essa doutrina, havendo colisão entre direitos fundamentais, se um dos princípios envolvidos no conflito for considerado preferencial, a solução do conflito se dará pela ponderação de princípios; todavia, no momento de se fazer essa ponderação, o prato da balança inicia a ponderação conferindo mais peso ao direito fundamental preferencial,

---

[304] Daí afirmar Dworkin que "[...] os Estados Unidos estão isolados, mesmo entre outras democracias, no extraordinário grau de proteção constitucional conferido à liberdade de expressão (e de imprensa)." DWORKIN, Ronald. The Coming Battles Over Free Speech. *New York Rev. Books*, New York, p. 58, june 11, 1992.
É interessante observar que as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, conhecida esta como órgão judicial mais poderoso do mundo, são sempre tomadas pelo voto da totalidade de seus membros. Por outro lado, diversamente do que se dá entre nós, as decisões da Suprema Corte Norte-Americana não costumam citar obras doutrinárias. De ordinário, as citações que se fazem são as de outras decisões da própria Corte. Pode-se, aliás, afirmar que lá, diferentemente do que ocorre aqui, a doutrina é que se deixa influenciar pelos pronunciamentos judiciais. Muitas obras doutrinárias nada mais são que tentativas de sistematizar a jurisprudência da Suprema Corte, ainda que às vezes ela seja criticada.

[305] BAS, Alexandre H. Català I., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2001. p. 409.

situação essa que pode ser perfeitamente invertida diante das circunstâncias do caso concreto.[306] Trata-se, em verdade, de uma preferência apenas *prima facie*, mas não de uma preferência absoluta entre os direitos fundamentais.

A preferência concedida à liberdade de expressão estaria justificada, para essa corrente de pensamento, em razão de seus fundamentos filosóficos, quais sejam: a) a importância da liberdade de expressão para a descoberta da verdade; b) a liberdade de expressão vista como um aspecto de autossatisfação (*self-fulfilment*); c) a liberdade de expressão como forma de garantir uma participação efetiva na democracia[307]; e, d) suspeita do governo, já que os governos têm fortes razões para ter medo dos impactos das ideias, sendo, pois, naturalmente tentados a repreendê-las.[308]

Essa doutrina, entretanto, não expressa a única forma de evidenciar uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Admitindo uma hierarquia entre princípios constitucionais para solucionar eventuais conflitos entre esses princípios, mas com base em fundamentos diversos aos levantados pela teoria norte-americana, alguns autores entendem que os direitos fundamentais são simples projeção de valores[309] e, portanto, apenas representam um meio para oferecer proteção jurídica a um valor que, por definição, é um fim em si mesmo. Assim, se toda teoria de valores supõe uma ordem hierárquica entre os valores, é preciso concluir que os direitos também se encontram ordenados hierarquicamente.[310]

Segundo esse entendimento, em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele será sempre resolvido, independentemente das circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, em favor do direito fundamental de hierarquia superior, portanto, embasando-se em um critério prévio e rígido de hierarquização. Aqui não há, entre os direitos fundamentais, apenas uma preferência *prima facie*, mas sim uma preferência definitiva e em abstrato.

---

[306] Representado em números, poderíamos afirmar que, havendo um conflito entre um direito fundamental preferencial e um direito fundamental que não é preferencial, o primeiro entra com peso 2 e o último com peso 1 na balança da ponderação. Isso não significa dizer que o direito fundamental que entra com mais peso vai sempre ser preferido. As circunstâncias do caso concreto podem inverter o prato da balança, fazendo prevalecer, no caso, o princípio fundamental não preferencial.

[307] A liberdade de expressão vista como um meio para alcançar a democracia tem sido o principal fundamento para justificar a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial.

[308] Entre todos esses fundamentos apresentados, o argumento que relaciona a liberdade de expressão como meio para a efetivação da democracia é o mais utilizado para colocar a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial. Veja-se a respeito: DWORKIN, *O direito... op. cit.*, p. 311 et seq. Veja-se também: BARENDT, *op. cit.*, p. 6 et seq. Nesse mesmo sentido, podemos destacar a seguinte obra: JONES, *op. cit.*, p. 26.

[309] Sobre a concepção dos direitos fundamentais como ordem de valores, recomenda-se: CARA, *op. cit.*, p. 81 et seq. Para alguns autores, por exemplo J. Habermas, esta doutrina constitucional é completamente equivocada. Para o autor, os direitos fundamentais não podem ser considerados nem tratados como valores. Em razão de estarem tipificados na Constituição e possuírem força normativa, estão revestidos de um caráter deontológico, que é radicalmente diverso e incompatível com o caráter teológico próprio dos valores. HABERMAS, *op. cit.*, p. 314 et seq. No mesmo sentido manifesta-se: GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. USA: State University of New York Press, p. 269 et seq.

[310] EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*. E.D. 114-945 (1985). p. 478. EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Tratado de derecho constitucional*. *Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada com legislación, jurisprudência y doctrina*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 475.

Deste modo, a restringibilidade dos direitos que se encontram na parte mais alta da escala hierárquica é mínima, aumentando-se à medida que alcança direitos fundamentais localizados na escala inferior. Por consequência, uma lei não pode restringir direitos superiores em maior medida que outros inferiores, de forma que o índice de proteção que possui qualquer direito encontra seu limite máximo no limite mínimo do índice de proteção que possuem os direitos de classe imediatamente superior[311]. Em segundo lugar, a escala hierárquica previamente fixada permite resolver conflitos de direitos para os quais não existe harmonização possível, sem que se requeira, em todos os casos, sacrificar um deles em benefício do outro.[312]

No Brasil, José Souto Maior Borges parece adotar esse entendimento, ao declarar que "[...] a CF, base empírica da ciência dogmática, corrobora portanto a proposta doutrinária pela hierarquização dos princípios, [após afirmar que] [...] as palavras da CF, elas mesmas, visam significar [...] a valoração constitucional dos princípios."[313]

Na mesma direção encontra-se a posição do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem a aplicação harmônica dos princípios pode se encontrar no "[...] reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios." Segundo ele, "[...] embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, obviamente não terão a mesma hierarquia axiológica."[314] E acrescenta:

> Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior

---

[311] *Ibidem*, p. 488.

[312] SERNA; TOLLER, *op. cit.*, p. 10.

[313] BORGES, José Souto Maior. Pro-Dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 140-146, 1993.
Apesar de Paulo Murillo Calazans se referir à liberdade de expressão como *norma normarum*, adotando expressão cunhada por Paulo Bonavides utilizada para definir os princípios e afirmar que "[...] a liberdade de expressão se consubstancia no mais elevado entre todos os direitos fundamentais que norteiam a vida nas sociedades democráticas[...]", o autor não adota a tese de que a liberdade de expressão ocupa uma posição hierárquica superior aos demais direitos fundamentais. Para o autor, a liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, está sujeita à ponderação. Neste sentido, afirma o autor que: "A liberdade de expressão compreende um duplo aspecto e destarte deve ser concebida e ponderada em face de outros valores constitucionais de igual jaez, de acordo com o grau de profundidade e a seara de incidência sobre os quais se projetam seus efeitos [...]." A respeito, torna-se necessário consultar: CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 70.
Interessante destacar aqui duas outras correntes de pensamento. 1) Uma primeira corrente entende que uma norma constitucional pode ser considerada inconstitucional se infringir outra norma da Constituição positivadora de direito supralegal (direito natural), estabelecendo, pois, uma hierarquia entre normas constitucionais. Neste sentido: BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 67-8. Em crítica contundente a essa teoria, indica-se a leitura de: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta.* O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 215.
2) Uma outra vertente similar a essa doutrina entende ser possível estabelecer uma hierarquia material entre as normas integrantes da Constituição, fixando um conceito de normas constitucionais de teor secundário e normas constitucionais de maior importância valorativa, estabelecendo um escalonamento hierárquico dentro da própria Constituição. Essa teoria foi sustentada, segundo Bachof, no constitucionalismo germânico por Krüger e Giese. BACHOF, *op. cit.*, p. 54 et seq.

[314] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 59, 1990.

> importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.
> Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.
> Isto posto, na hipótese de uma instituição vir a ser informada por dois princípios constitucionais, poderá ocorrer:
> a) que esses princípios se harmonizem plenamente não haverá qualquer problema, pois ambos se aplicam com igual eficácia;
> b) que esses princípios não se harmonizem integralmente – e, neste caso, prevalecerá o de maior hierarquia axiológica, aplicando-se o de menor hierarquia no que não colidir;
> c) que esses princípios sejam incompatíveis – e, neste caso, o princípio de maior hierarquia axiológica prevalecerá sempre que o legislador constitucional não houver optado pelo de menor hierarquia, excepcionando expressamente a incidência do princípio superior.

Com este mesmo objetivo é que Miguel Angel Ekmekdjian propõe a classificação dos direitos fundamentais em uma ordem hierárquica abstratamente estabelecida, fixando primeiramente os direitos fundamentais mais relevantes numa escala decrescente de importância, nos termos seguintes:

> 1) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, prohibición de vejámenes y humillaciones, torturas, mutilaciones, etc.);
> 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la preservación de la salud, a la integridad física y sicológica, etc.);
> 3) derecho a la libertad física;
> 4) derecho al honor;
> 5) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.);
> 6) derecho a la información;
> 7) derecho de asociación;
> 8) los restantes derechos personales, primero los ‘derechos fines’ y luego los ‘derechos medios’;
> 9) los derechos patrimoniales.[315]

Após estabelecer essa ordem hierárquica entre os direitos fundamentais, o autor afirma que os efeitos e implicância dessa teoria são fecundíssimos para a hermenêutica jurídica, asseverando, a título de exemplo, que é muito maior o índice de restringibilidade do direito de comerciar (categoria 9 em sua escala) que o direito à liberdade física (categoria 3).[316]

Pedro Serna e Fernando Toller, a respeito do tema, argumentam que as diferentes hierarquizações propostas pela doutrina ora estudada, ainda que gozem de certa justificabilidade em termos constitucionais, encontram-se fortemente marcadas por

---

[315] EKMEKDJIAN, De nuevo... *op. cit.*, p. 487.
[316] *Ibidem*, p. 488.

condicionamentos ideológicos[317], o que nos parece acertado, justificando-se, assim, o afastamento dessa vertente doutrinária do cenário brasileiro[318].

3.2.2 A doutrina norte-americana dos direitos fundamentais preferenciais

Os Estados Unidos adotam expressamente a tese que sustenta a preferência de alguns direitos fundamentais sobre outros. Havendo conflito entre liberdade de expressão e outro direito fundamental (direitos da personalidade), a liberdade de expressão é analisada, *prima facie*, como um direito preferencial (*preferred position*).

Essa doutrina pôde ser construída através da análise do princípio do devido processo legal (substantivo[319]), princípio esse expresso na Quinta[320] e na Décima Quarta[321] Emendas à Constituição dos Estados Unidos e que pode ser estudado sob duas versões completamente diferentes, porém complementares entre si: a procedimental, instrumental ou intrínseca (*procedural due process of law*)[322] e a substantiva ou material (*substantive due process of law*), interessando-nos, nesse momento, apenas a última versão do princípio.

Nesta variação, de origem indefinida[323], o princípio do devido processo legal encontra-se relacionado ao controle judicial de razoabilidade dos atos normativos, provindos do Legislativo, Executivo e Judiciário, constritores dos direitos de vida, propriedade e liberdade. Com base nesse princípio, o Judiciário está autorizado a examinar a razoabilidade dos atos

---

[317] SERNA; TOLLER, *op. cit.*, p. 7.

[318] No Brasil, apesar das posições de José Souto Maior Borges e Diogo de Figueiredo, parece prevalecer o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais constituem uma ordem concreta de valores, não entendido isso como uma escala hierárquica material predeterminada pela Constituição, mas sim como um conjunto de princípios que entram frequentemente em colisão e que definem suas relações de prioridade nos casos concretos mediante o procedimento da ponderação.

[319] Apesar de atualmente já se encontrar sedimentado no direito norteamericano, a era do devido processo legal substantivo só foi inaugurada a partir de 1905, com o julgamento do caso *Lochner v. New York* - 198 US 45 (1905). Através do caso Lochner ficaram estabelecidas duas premissas: 1) foi inaugurada a era do devido processo legal substantivo; 2) foi estabelecida a intervenção mínima nas liberdades contratuais e na propriedade.

[320] A Quinta Emenda da Constituição Norte-Americana dispõe que: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá, pelo mesmo crime, ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado, em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

[321] A Décima Quarta Emenda afirma que: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

[322] TRIBE, *op. cit.*, p. 663 et seq.

[323] A indefinição da origem do devido processo legal substantivo é bem analisada por: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo*: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. A Linha da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 2 et seq.

normativos capazes, de alguma forma e em algum momento[324], de limitar ou restringir um direito fundamental.

Diferente, pois, de sua versão procedimental, frequentemente sintetizado como o direito de ser ouvido[325], o princípio do devido processo legal substantivo autoriza o Judiciário a analisar se o conteúdo de um ato normativo que venha, eventualmente, a restringir um direito fundamental é ou não razoável.

O teste da razoabilidade do ato normativo constritor do direito fundamental, todavia, não se fundamenta num único padrão, variando de acordo com o direito fundamental constrito. É o direito fundamental objeto da restrição que vai delinear como será feito o teste de razoabilidade do ato normativo constritor.

Na *Era Lochner*[326], época do *economic substantive due process of law*[327], se a restrição imposta se referisse aos direitos fundamentais de liberdade (contratual) e propriedade, o ato constritor do direito fundamental deveria passar, no crivo de sua razoabilidade, por um exame muito mais minucioso, o escrutínio estrito[328], ao passo que, se a

---

[324] A respeito do momento em que se dever aferir se o ato normativo que restringe direito fundamental é ou não idôneo e necessário, torna-se interessante analisar os critérios *ex ante* (que analisa a constitucionalidade da norma com base em conhecimentos vigentes à época da elaboração da norma) e *ex post* (que faz a citada análise levando-se em consideração o momento da apreciação de sua constitucionalidade). Neste sentido, torna-se interessante consultar: PULIDO, *op. cit*., p. 729.

[325] VIEIRA, Norman. *Constitutional Civil Rights*. In a Nutshell. 3rd ed. St. Paul, Minn.:Thompson West, 1998. p. 40 et seq.

[326] O Direito Constitucional Norteamericano pode ser dividido em três etapas: numa primeira etapa (Fundação - 1787), temos a construção da Constituição Original, o *Bill of Rights* e a determinação inicial da Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*. Numa segunda etapa (Reconstrução - 1887), temos as emendas da Reconstrução decorrentes de lutas sangrentas. Numa etapa final (*New Deal* - 1937), temos o *New Deal*. Neste sentido: ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. In: MOREIRA, Luiz (Coord. e super.). *Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 54.
Nos anos de 1898 a 1937, a Suprema Corte dos EUA sedimentou, após analisar vários casos que envolviam a edição de atos normativos capazes de restringir direitos fundamentais, que esses atos, quando capazes de intervir na vida social e econômica e, de uma forma ou de outra, restringissem a liberdade contratual ou o direito de propriedade, deveriam ser considerados inconstitucionais, em razão de não serem considerados razoáveis, com fundamento no devido processo legal substantivo. A tendência de invalidar toda lei que interferisse na liberdade contratual e na propriedade privada marcou esse período de intervenção mínima como a Era *Lochner*, em razão do julgado *Lochner v. New York* - 198 US 45 (1905), julgado esse que estabeleceu, em primeira mão, essa premissa de intervenção mínima. Nesse caso, uma lei de Nova York que limitava o tempo de trabalho dos padeiros em 60 horas semanais (10 horas por dia), como uma medida sanitária de proteção à saúde dos trabalhadores, foi julgada inconstitucional pela Suprema Corte. A maioria da Corte, vencidos os juízes Harlan e Holmes, entendeu que a lei objeto de impugnação era inconstitucional porque consubstanciava uma interferência arbitrária e desnecessária na liberdade contratual que deve existir entre o empregador e o empregado, liberdade esta protegida pela Décima Quarta Emenda. Em outro caso, *Coppage v. Kansas*, julgado em 1915, entre os vários casos analisados e julgados de forma semelhante pela Corte, a Suprema Corte julgou como inconstitucional, por violar a liberdade de contrato já consagrada no caso *Lochner*, uma Lei do Kansas que proibia acordos contratuais por meio dos quais os empregados se comprometiam com seus empregadores a não se associarem a sindicatos, enquanto vigente o contrato de trabalho. Apesar de se ter fixado com o caso *Lochner* o *standard* de intervenção mínima (no tocante à propriedade privada e à liberdade contratual), alguns julgados representam exceções a essa regra. Neste sentido, torna-se interessante analisar o caso *Muller v. Oregon* – 208 US 412 (1908), caso em que a Suprema Corte declarou a validade de uma lei que limitava o tempo de trabalho feminino.

[327] Por mais ou menos quarenta anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve a aplicação do devido processo legal substantivo apenas no campo econômico, não o aplicando nas demais áreas. Daí falar-se em *economic substantive due process of law*.

[328] Para a Suprema Corte Norte-Americana, uma lei infraconstitucional que venha a limitar um direito fundamental pode passar por escrutínios diversos para a análise de sua constitucionalidade. Assim, podemos destacar o *strict scrutinity* (a mais severa das três formas está relacionada aos casos de raça e aos esforços estatais para regular direitos de estrangeiros),

restrição se referisse a outros direitos fundamentais que não estivessem relacionados aos dois direitos acima mencionados, a análise a ser feita para identificar sua razoabilidade seria muito mais superficial.[329]

No primeiro caso, a Corte exigia que os fins pretendidos pelo poder público fossem demonstrados de forma clara e diretamente relacionados aos meios adotados, aplicando-se, pois, o escrutínio estrito. Ao mesmo tempo, nos casos em que os atos normativos abarcavam restrições a direitos fundamentais de natureza não econômica, bastava, para ser considerada a restrição como razoável, fazer o teste da mera razoabilidade, sem o grau de exigência da restrição envolvendo os direitos de liberdade e propriedade. Havia necessidade, nos casos de mera razoabilidade, de uma correlação entre o fim pretendido e o meio adotado, mas essa correlação não precisava ser tão evidente, clara, como nos casos analisados sob o critério do escrutínio estrito.

Essa diferença de padronização adotada pela Suprema Corte impõe na prática que o ato normativo constritor sujeito ao fraco teste da relação racional seja constantemente aprovado, uma vez que quase todas as leis podem, de alguma forma, mostrar-se relacionadas com algum fim que um estado pretende perseguir. Por outro lado, o ato normativo constritor do direito fundamental à liberdade quase nunca é aprovado no teste do escrutínio estrito, porque pode ser encontrado, frequentemente, um meio menos restritivo que atenderia de forma adequada à essência da política perseguida pelo estado.[330] A título de exemplo, a proibição por parte de um estado de protestos de rua não-populares pode facilitar a manutenção da lei e da ordem nas ruas, mas isto não justificaria tal proibição, uma vez que

---

o *intermediate (heightend ou semisuspect) scrutinity* (escrutínio intermediário, em que a Corte já o aplicou em casos envolvendo imigrantes e crianças) e o *ordinary (minimum) scrtutinity* (mais brando). A respeito das diferentes hipóteses de escrutínio, veja-se: CHEMERINSKY, *op. cit.*, p. 540-1. Interessante análise a respeito dos tipos de escrutínios também é feita por: GUNN, T. Jeremy. Deconstructing proportionality in limitations analysis. *Emory International Law Review*, New York, 19:465, p. 478 et seq., 2005. Alguns autores brasileiros apontam as diferenças entre os escrutínios mencionados acima: SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Romer v. Evans: 'O Amor que não ousa dizer o seu nome'. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 175. BINENBOJM, *op. cit.*, p. 8.

329 Apontando as diferenças entre os escrutínios, ensina Robert. M. Bastress que: "A Suprema Corte tem formulado toda uma série de 'standards de controle de constitucionalidade' ou testes que identificam, por uma parte, as hipóteses em que o escrutínio judicial é apropriado e, por outra, as formas em que este deve ser exercitado. No sistema constitucional norteamericano, em que existem múltiplos níveis de poder, uma ampla porcentagem de leis que se editam e as atuações realizadas pelos poderes políticos do Estado se controlam desde o ponto de vista de um *standard* mais relaxado: os tribunais não anularão ditas leis quando existe, ao menos, uma certa racionalidade detrás dela, o que ocorre quase sempre. Em outros contextos, o Tribunal estabelece um *standard* mais rigoroso na hora de realizar o controle de constitucionalidade. Nesse segundo tipo de escrutínio, põe o acento em que os interesses do Estado tenham algum grau de importância e questiona a respeito da existência de alguma medida alternativa para alcançar dito interesse que seja menos lesivo aos valores constitucionais que têm provocado o controle de constitucionalidade. Este último aspecto tem sido denominado de formas diversas, mas a denominação mais habitual tem sido de 'princípio da alternativa menos restritiva'." BASTRESS, Robert M. El principio de "la alternativa menos restrictiva" em Derecho constitucional norteamericano. *Cuadernos de Derecho Publico*, Madrid, n. 5, p. 240, sept./dic., 1998.

330 *Ibidem*, p. 241. Segundo o *princípio da alternatividade menos restritiva*, o Estado só poderá restringir as liberdades individuais quando não podem alcançar um determinado objetivo de outra forma.

protestos políticos são protegidos pelo teste do interesse cogente e meios menos rigorosos de prevenir desordens desse tipo estão disponíveis.[331]

Com esse tipo de raciocínio, ficou estabelecida, ao menos implicitamente, uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais. Uns[332], considerados mais importantes[333], quase nunca poderiam ser restringidos por uma lei infraconstitucional, ao passo que outros, relegados a um nível de menor importância, poderiam ser restringidos com maior facilidade e menos argumentação.

Alguns casos processados e julgados podem demonstrar o padrão do escrutínio estrito adotado pela Suprema Corte em matérias envolvendo restrições aos direitos de liberdade e de propriedade. Assim, podemos mencionar, entre outros, além do caso *Lochner v. New York* e *Coppage v. Kansas*[334], o caso *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*[335], quando a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei do Estado de Nebraska que regulamentava o peso padrão dos pães vendidos no Estado, por violar a cláusula do devido processo legal.

Em sentido diverso, demonstrando situações que exigiram apenas uma análise de mera razoabilidade do ato normativo capaz de restringir direitos fundamentais outros, podemos trazer a lume os casos *Buchanan v. Warley*[336], *Mayer v. Nebraska*[337] e *Perce v. Society of Sisters*[338].

Assim, se o direito fundamental objeto da restrição é que direciona a aplicação da razoabilidade à lei, evidenciando, conforme mencionado acima, dois padrões de decisão, já começa a existir aí uma tendência em estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais, apesar de não existir ainda, nesse momento (*Era Lochner*), uma base teórica sólida que reconhecesse, de forma expressa, a hierarquização dos direitos fundamentais.

Essa premissa adotada pela Suprema Corte de admitir apenas uma intervenção mínima do Estado, na seara dos direitos fundamentais de liberdade contratual e propriedade, sob pena de violação do princípio do devido processo legal substantivo, considerando as liberdades

---

[331] DWORKIN, Freedom´s… *op. cit.*, p. 64.
[332] Liberdade (contratual) e propriedade.
[333] Segundo Bruce Ackerman, "[...] o direito à propriedade e à livre negociação ocupava uma posição primordial no que dizia respeito ao entendimento absorvido da Fundação e da Reconstrução." ACKERMAN, *op. cit.*, p. 168.
[334] No caso *Coppage v. Kansas*, julgado em 1915, entre os vários casos analisados e julgados de forma semelhante pela Corte, a Suprema Corte julgou como inconstitucional, por violar a liberdade de contrato já consagrada no caso *Lochner*, uma Lei do Kansas que proibia acordos contratuais por meio dos quais os empregados se comprometiam com seus empregadores a não se associarem a sindicatos, enquanto vigente o contrato de trabalho.
[335] 261 US 525 (1923).
[336] 245 US 60 (1917).
[337] 262 US 390 (1923).
[338] 268 US 510 (1925).

(econômicas) como um direito preferencial, durou até 1937[339], momento em que foi colocado em prática um plano econômico chamado *New Deal*[340]. Esse plano econômico tinha como principal meta o fim do Liberalismo Econômico. O Estado, sob o ponto de vista das metas politicamente adotadas, deveria passar, então, a intervir diretamente na economia para evitar crises, baseando-se nas ideias do economista inglês John M. Keynes.[341]

Essa diretriz política adotada pelo *New Deal* conflitava, de forma manifesta, com a posição conservadora (liberal) de defesa da propriedade e da liberdade econômica assumida pela Suprema Corte, fato esse que fez com que ela, nos anos de 1935 e 1936, por várias vezes[342], declarasse a invalidade de normas editadas por decorrência da política do *New Deal*.

Esse embate fez com que o presidente dos Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, sugerisse um plano ao Legislativo que propugnava pelo aumento do número de integrantes da

---

[339] Daí se afirmar que o ano de 1937 marcou uma linha divisória para a Constituição Americana. Neste sentido: TRIBE, *op. cit.*, p. 769.

[340] Plano Econômico implementado nos Estados Unidos entre 1933 e 1937. Cabe destacar que, antes do *New Deal*, o sistema federativo colocado em funcionamento pela Constituição de 1787 era dominado pela doutrina do federalismo dualista. Segundo essa doutrina, tanto o Governo Federal quanto os estaduais se atribuem uma área de poder rigorosamente circunscrita. Assim, desde que permaneçam dentro de seus respectivos limites, seus atos são válidos, mas, se ultrapassarem tais limites, serão nulos. O federalismo dualista, dessa forma, exige que se trace uma linha divisória separando a área em que o Governo Federal pode operar daquela sobre a qual os Estados têm jurisdição exclusiva, tarefa essa atribuída à Suprema Corte dos EUA, de modo que a resolução dos conflitos, entre a autoridade federal e a estadual, é uma questão judicial. Exemplo clássico para ilustrar essa doutrina do liberalismo dualista encontra-se no julgado *Hammer v. Dagenhart*, geralmente conhecido como *Child Labor Case* (Caso do Trabalho dos Menores) – 247 US 251 (1918). Tratava-se da constitucionalidade de uma Lei do Congresso que proibia o transporte no comércio interestadual de mercadorias produzidas por uma fábrica que empregava crianças abaixo de determinada idade. O objetivo do Congresso, ao aprovar tal lei, era ajudar a abolição do trabalho dos menores, negando os mercados do comércio interestadual àqueles que procuravam tirar proveito dessa exploração. Isso, porém, segundo decidiu a Suprema Corte, estava além do poder do Legislativo Federal. Pela aprovação desse estatuto, o Congresso estava procurando principalmente regular a maneira pela qual os estabelecimentos fabris se conduziam. Isso era matéria essencialmente de interesse local cuja regulamentação era reservada aos estados. O resultado obtido pela Suprema Corte americana em casos como o *Hammer v. Dagenhart* ajustava-se perfeitamente à teoria do *laissez-faire* da função governamental que dominava o pensamento político e econômico nos EUA antes da grande depressão do início da década de 1930, já que proibir a intervenção federal num caso como o do trabalho dos menores era excluir a possibilidade de qualquer regulamentação efetiva a respeito do assunto. Isso era exatamente o que exigiam os defensores do *laissez-faire*. Desta forma, o conceito do federalismo dualista, tal como foi aplicado pela Suprema Corte, era um complemento necessário do *laissez-faire* nos EUA. Após o *New Deal*, entretanto, a Suprema Corte dos EUA abandonou o conceito de federalismo dualista, eliminando restrições à ação federal impostas pela sua rigorosa observância do federalismo dualista. A título de exemplo, podemos mencionar que, em 1940, a Suprema Corte, ao decidir que uma lei do Congresso regulamentando a indústria carbonífera era válida, afirmou que "o Congresso, segundo a cláusula de comércio, não é impotente para tratar do que pode ser considerado como funestas consequências do laissez-faire. Ele tem autoridade para tomar medidas a fim de mitigar aquilo que, no seu julgamento, são abusos da competição ruinosa" – *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 US 381, 396 (1940). Em 1941, a Corte Suprema foi ainda mais longe e revogou expressamente a sua decisão tomada no Caso do Trabalho dos Menores. A respeito da matéria torna-se importante consultar: SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 67 e 213.

[341] O ideário de Adam Smith (no sentido de que a satisfação dos interesses individuais dá lugar, como consequência inexorável, à satisfação do interesse geral, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais) foi sendo substituído pelas metas de Keynes (com políticas mais interventoras).

[342] Entre janeiro de 1935 e maio de 1936, a Corte foi chamada a se pronunciar em dez grupos de casos sobre a constitucionalidade de atos normativos do *New Deal*, posicionando-se em oito desses casos contra o governo; pela inconstitucionalidade do ato. Neste sentido, podemos citar alguns casos: a) *Panamá Refining Company v. Ryan* – 293 US 388 (1935); b) *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Company* – 295 US 330 (1935); c) *Schechter Poultry Corp v. United States* – 295 US 495 (1935). A respeito desse último caso, torna-se interessante salientar que foi uma das últimas aplicações importantes em que a Suprema Corte aplicou o conceito de federalismo dualista. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 209.

Corte (*Court-packing Plan*)[343]. Segundo Roosevelt, era necessário "injetar sangue novo" no poder judiciário para que se pudesse resolver melhor as complexidades da vida moderna.[344]

Não obstante o plano de Roosevelt de aumentar o número de juízes da Corte ter sido rejeitado pelo Congresso, esse ideário produziu bastante eficácia em relação aos membros desse Poder, que passaram a ter uma atuação muito mais retraída.[345] Com esse plano, Roosevelt conseguiu, de fato, limitar a atuação da Corte na análise de constitucionalidade dos atos normativos advindos com a política do Novo Acordo.[346]

Desse modo, podemos afirmar que as Cortes que sucederam ao *Court-paking Plan* não mais confirmaram a premissa de proteção à liberdade econômica (contratual) e à propriedade como direito preferencial, permitindo restrições a esses direitos sem a necessidade de um escrutínio estrito.

No caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*[347], uma camareira de hotel, Parrish, com seu marido, ajuizou uma ação contra o hotel por entender que o que lhe havia sido dado em pagamento por serviços prestados violava uma lei do Estado de Washington que garantia às mulheres um salário mínimo semanal. A Corte do Estado de Washington julgou a demanda favorável a Parrish e o hotel apelou à Suprema Corte. Essa Corte, então, entendeu, expressando a opinião do *Justice* Hughes, que a Constituição permitia a restrição da liberdade contratual por uma lei estadual nos casos em que essa restrição visasse a proteger uma comunidade, à saúde, à segurança ou aos grupos vulneráveis de pessoas, como no caso das mulheres.

Com essa decisão (por 5 a 4), a Suprema Corte modificou completamente seu entendimento já expressado em um caso semelhante julgado na época da *Era Lochner*, o caso *Adkins v. Children´s Hospital.*[348]

---

[343] Segundo esse plano, ficava o Presidente autorizado a indicar um membro a mais do número existente de juízes ao Tribunal sempre que um juiz que tivesse servido por, pelo menos, dez anos, deixasse de se aposentar dentro de seis meses após ter completado setenta anos, limitadamente ao número de 15 juízes. KEYNES, Edward. *Liberty, Property and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process.* University Park, Pennsylvania, 1996. p. 132, nota de rodapé n. 16.

[344] *Ibidem*, p. 132.
KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. *The American Constitution. Its origins and development.* 7th ed. New York: W. W. Norton Company, 1991. v. 1, p. 483.

[345] Bruce Ackerman chega a afirmar que, no início dos anos 40, a Corte reconstituída não se contentou apenas em rejeitar algumas poucas decisões do passado, mas sim rejeitou doutrinas fundamentais que moldaram o corpo jurisdicional da Constituição apenas uma década antes. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 71.

[346] KELLY; HARBISON, *op. cit.*, p. 486.

[347] 300 US 379 (1937).

[348] 261 US 525 (1923). Nesse julgado, a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade de uma lei federal que havia fixado um salário mínimo para as mulheres, em razão de essa lei violar a liberdade contratual protegida pela Quinta Emenda da Constituição Americana. Segundo a Corte, a fixação de um salário mínimo restringe artificialmente o lado do empregador na negociação. Nesse julgado, um dos juízes afirmou expressamente que: "[...] dos três princípios fundamentais em que repousa o Governo, e para os quais o Governo existe, a proteção da vida, a liberdade e a propriedade, o principal deles é a propriedade".

Outro caso capaz de evidenciar a modificação de entendimento da Suprema Corte, após a pressão realizada pelo Poder Executivo, vem retratado no julgamento de *Nebbia v. New York.*[349]

Nesse caso, foi discutido se o Estado de Nova Iorque poderia, sem ferir a Constituição, fixar o preço do leite através de um Conselho, medida necessária para amenizar uma grave crise enfrentada, a partir de 1931, pelos produtores de leite.

Entendeu a Corte, através do juiz Roberts, que essa lei não violava a Constituição e que o Legislador tinha legitimidade para adotar uma medida desse tipo, havendo, pois, em casos assim, uma presunção de constitucionalidade da lei[350], presunção essa que só poderia ser afastada em caso de comprovado excesso por parte do Legislador.

Após a Corte se afastar de seu entendimento expressado na *Era Lochner*, outros direitos fundamentais passaram a ter um tratamento preferencial, referindo-se aqui às liberdades previstas na Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana.[351]

Na verdade, essa preferência pelos direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda se deu pela aceitação, na Suprema Corte, de duas doutrinas: a do teste do perigo claro e iminente (*clear and present danger*) e a da incorporação seletiva (*selective incorporation*[352]).

A primeira teoria surgiu com o julgamento do caso *Shenck v. United States*[353]. Nesse julgado, ficou estabelecido pela Suprema Corte, através do voto do juiz Oliver Wendell

---

[349] 291 US 502 (1934).

[350] KEYNES, *op. cit.*, p. 134.

[351] Segundo a Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, "[…] congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances". De forma traduzida, temos que: o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

[352] TRIBE, *op. cit.*, p. 772.

[353] 249 US 47 1919. Esse paradigmático caso pode ser resumido da seguinte maneira: quando, em 1917, tropas estadunidenses encontravam-se em combate nas distantes terras da França, o então Secretário-Geral do Partido Socialista, Charles T. Schenck, e seu partidário, imprimiram e fizeram circular, entre os homens chamados e aceitos para o serviço militar pela Lei de 18 de maio de 1917, 15 mil folhetos, intimando-os a que resistissem à convocação para a guerra, descrevendo os convocados que aceitavam a convocação como "pouco menos que um réu". A resistência à mobilização, argumentavam, é tanto um direito como um dever dos norteamericanos. Em face desse fato, foi apresentada uma denúncia contra os responsáveis pela feitura e distribuição dos folhetos (Comrade Schenck e Baer, também membro da comissão executiva do Partido Socialista), com base em três artigos da Lei de Espionagem (Espionage Act), de 15 de junho de 1917. A acusação apresentada em face dos responsáveis acusavam-nos de: (i) causar e procurar causar insubordinação nas forças navais e militares, obstruindo o serviço de recrutamento e alistamento dos EUA, quando estes se achavam em guerra com o Império Alemão; (ii) utilizar o correio para expedição de matéria de remessa proibida pelo Capítulo VII, parágrafo 2º, da Lei de Espionagem; e, (iii) o uso ilegal do correio para expedição da mesma matéria, como antes. Os réus foram considerados culpados, sendo condenados pelos crimes descritos em todos os três artigos da denúncia, e invocaram, em defesa, (i) a Primeira Emenda à Constituição, que proíbe ao Congresso elaborar qualquer lei que venha a cercear a liberdade de expressão, (ii) além de tentarem afastar suas responsabilidades pela feitura e remessa dos folhetos aos recrutas. Quanto ao argumento fático levantado pela defesa, as provas colhidas durante a instrução do feito, busca e apreensão, evidenciavam a participação dos réus. Em depoimento, o próprio Schenck afirmou ser o secretário-geral do Partido Socialista e que se encontrava encarregado do centro de operações de onde foram enviados os documentos.

Holmes, que a liberdade de expressão, apesar de tutelada constitucionalmente na Primeira Emenda, pode ser restringida somente quando for capaz de causar um perigo claro e iminente.[354]

Isso significa dizer que, se existisse uma lei com o objetivo de restringir um direito fundamental previsto na Primeira Emenda, essa lei infraconstitucional, para ser considerada razoável sob o ponto de vista do devido processo legal substantivo, deveria evidenciar que essas liberdades foram restringidas em razão de um perigo claro e iminente, não bastando, portanto, passar por um teste de simples razoabilidade.

Esse critério, na verdade, acaba aproximando o teste de razoabilidade com o acréscimo dessa outra exigência do *clear and present danger* de outro teste, o do escrutínio estrito mencionado acima, uma vez que, para a lei constritora do direito fundamental ser considerada como razoável, ela teria que atender a esse acrescido requisito. A exigência a mais fez com que os direitos fundamentais da Primeira Emenda fossem considerados como superiores aos

---

Descobriu-se ainda um livro no local, capaz de demonstrar de forma cristalina uma resolução partidária (de 13 de agosto de 1917) pela qual deviam ser impressos 15 mil circulares no verso de uma das circulares já utilizadas, a fim de serem remetidas aos recrutas, ficando provado também que Schenck teria acompanhado pessoalmente os trabalhos de impressão, além da existência de outras provas que evidenciavam os fatos que serviram de base à acusação (pagamento pela postagem no correio, grande quantidade da circular em questão na sala particular de Schenk). No tocante à outra acusada, a ré Baer, havia prova de que a mesma era membro da comissão executiva do Partido Socialista e que as minutas dos despacho eram dela. O documento objeto da acusação, em um dos lados impressos, transcrevia a primeira parte da Décima Terceira Emenda, afirmando que a idéia ali materializada foi violada pela Lei de Conscrição e que um conscrito é pouco melhor que um sentenciado. Numa linguagem apaixonada, anunciava que a conscrição era o despotismo em sua pior forma e um monstruoso erro contra a humanidade, no interesse da escolhida minoria de Wall Street. Aduzia "[...] não submeter-se à intimidação". No outro lado da folha, intitulava "Defenda seus direitos", asseverando o texto: "[...] se não afirmar e defender seus direitos, você está ajudando a negar ou menosprezar direitos que todos os cidadãos e residentes dos Estados Unidos têm o solene dever de conservar". A Suprema Corte dos EUA ratificou, nessa oportunidade, a condenação dos sediosos, argumentando o juiz Holmes, em nome do Alto Tribunal, que, em muitos lugares e tempos ordinários, os acusados, ao afirmarem tudo o que diziam na circular, atuavam dentro de seu direito constitucional; todavia, todo ato depende das circunstâncias que o rodeiam e de onde o mesmo se desenvolve. Segundo o juiz Holmes, quando uma nação se encontra em guerra, muitas coisas que se poderia dizer em tempo de paz constituem tão grande obstáculo a seu esforço que não se tolerará enquanto homens lutam em guerra, não podendo, dessa forma, corte alguma considerá-las protegidas por qualquer direito constitucional. Nesta direção, entendeu a corte que, provada uma real obstrução do serviço de recrutamento, os réus poderiam ser considerados responsáveis pelas palavras causadoras desses efeitos. Se a Lei de Espionagem, em seu parágrafo 4º, pune as conspirações realizadas com a finalidade de obstrução tanto quanto a real obstrução, o ato de falar ou distribuir folhetos com a intenção de obstruir impõe uma condenação. As palavras contidas na lei são "obstruir o serviço de recrutamento ou alistamento", podendo entender-se que se referiam apenas a dificultar a obtenção de voluntários.
O caso *Abrans v. Unitd States* - 250 US 616 (1919), também foi importante para estabelecer essa teoria. Nesse julgado, ficou estabelecido que, enquanto não houver um perigo claro e iminente de atitudes violentas ou revoltas armadas, a liberdade de expressão deve ser tolerada. Esse julgado ainda foi importante para estabelecer outra referência jurisprudencial em torno da liberdade de expressão, *standard* conhecido como mercado de idéias (*marketplace of ideas*), com a afirmação do *Justice* Holmes ao declarar que: "[...] the best test of truch is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market." Ou seja, "[...] o melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento ver-se aceito na competição do mercado."

[354] Para William F. Buckley, Jr. e L. Brent Bozell, a doutrina do perigo claro e iminente é útil e, provavelmente, a melhor que possuímos, pois apesar de não fornecer padrões objetivos e invariáveis para todas as situações, como já provou a experiência da Suprema Corte, seu significado central é claro e útil quando aplicado tanto às ações quanto à expressão. Neste sentido: DE BUCKELY JR. , William; BOZELL; L. Brent. *McCarthy and his enemies.* Chicago, 1954. p. 316-35.
A maioria da corte não abraçou imediatamente o teste do perigo claro e iminente. Apesar dos esforços de Holmes (primeiramente) e Brandeis, a maioria da Corte continuou por um bom tempo a igualar o teste do perigo claro e iminente ao teste mais tradicional da *bad tendency*, que permitia restrição à liberdade de expressão quando ela causasse nocivos resultados.

outros direitos fundamentais que não precisavam atender a nada mais que à exigência da mera razoabilidade, exigência justificada pela relação existente entre o direito fundamental à liberdade de expressão e democracia.[355]

Abordando esse aspecto é que Murray Dry ensina que:

> During the period that is identified with the Court´s Lochner decision 198 U.S 45 (1905), from 1905 to 1937, the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments were interpreted to protect a very strong 'liberty of contract'. When the Court reversed itself and became more accepting of government regulations of the economy, it maintained a closer scrutiny over other rights.[356]

Assim, se uma lei constritora dos direitos fundamentais passasse pelo teste da mera razoabilidade, ela seria considerada como constitucional. Por outro lado, se a restrição se referisse aos direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda, a lei constritora só seria considerada razoável se fixasse uma restrição aos direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda em razão de um perigo claro e iminente .[357]

Por sua vez, a doutrina da *selective incorporation* só pode ser entendida a partir do conhecimento da origem da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, bem como de sua interpretação.[358]

A Décima Quarta Emenda dos Estados Unidos surgiu como uma tentativa de impor aos Estados que concedessem aos negros os mesmos tratamentos conferidos aos brancos.[359]

---

[355] BARENDT, *op. cit.*, p. 155.
Para Dieter Grimm, ex-juiz do Tribunal Constitucional a República Federal da Alemanha, fica difícil de conceber uma democracia sem garantias adicionais para o funcionamento do processo democrático, destacando-se a liberdade de expressão e informação como as mais importantes entre essas garantias constitucionais. GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 8, out./dez. 2006.

[356] "Durante o periodo que é identificado como Court Lochner, de 1905 a 1937, as Cláusulas do Devido Processo da Quinta e Décima Quarta Emendas são interpretadas para proteger de maneira mais forte a 'liberdade contratual'. Quando a Corte modificou seu entendimento e começou a aceitar mais as regulações goveranamentais na economia, ela manteve um escrtutínio severo em relação a outros direitos." DRY, Murray. *Civil Peace and the Quest for Truth. The First amendment Freedoms in Political Philosophy and American Constitutionalism*. New York: Lexington Books, 2004. p. 175.

[357] Torna-se interessante aqui salientar que no caso *Whitney v. Califórnia*, 274 US 357 – 1927, o *Justice* Brandeis advogou o uso do teste do perigo claro e iminente anunciado por Holmes, declarando que a aprovação do estatuto não impedia a aplicação de tal *standard*. Implicitamente, ele assegurou que a corte poderia requerer mais que uma demonstração de razoabilidade em sua análise a respeito da constitucionalidade do estatuto que poderia violar a liberdade de expressão. Apesar de o *Justice* Brandeis votar pela condenação de Whitney, seu voto foi fundamentado em um caráter técnico, pois Whitney tinha apelado de sua condenação com base no *due process ground* e não com base em uma violação à Primeira Emenda.

[358] A respeito das 13ª e 14ª Emendas, Bruce Ackerman entende que a Reconstrução Republicana da União foi um ato de criação constitucional tão importante quanto o da Fundação em si. Para o autor, os republicanos não apenas introduziram novos princípios dentro da lei suprema, como também reestruturaram o próprio processo de sua criação, reestruturando a União a partir do zero. Cf. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 63 et seq.

[359] Décima Quarta Emenda: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Apesar de a proibição da escravatura surgir com a Décima Terceira Emenda[360] à Constituição dos EUA, materializando os ideais nortistas que motivaram a Guerra de Secessão[361], essa emenda, só por si, diante de uma interpretação restrita imposta geralmente pelos estados do Sul, não impediu que os estados realizassem atos discriminatórios e denegatórios de direitos civis aos libertos, fato esse que motivou o surgimento de uma nova emenda, a Décima Quarta.

Os estados, geralmente os do Sul, entendiam, interpretando restritivamente à Décima Terceira Emenda[362] à Constituição dos Estados Unidos, que a mesma tão somente proibia a escravidão, mas de forma alguma impedia que os Estados negassem alguns direitos civis aos libertos ou que lhes concedessem, em relação aos brancos, um tratamento discriminatório. Segundo os sulistas, uma coisa é a proibição da escravidão, garantida pela Décima Terceira Emenda, outra completamente diferente é obrigar os Estados a garantirem aos negros livres um tratamento igual ao concedido aos brancos.

Diante desse impasse, a propositura de uma nova emenda, a Décima Quarta[363], foi vista como uma forma de garantir aos negros, de forma expressa, um tratamento igualitário[364]. Essa garantia de igualdade concedida pela Décima Quarta Emenda obrigava que os Estados, em caso de necessidade de restrição à vida, liberdade ou bens de qualquer pessoa (negros e brancos), tivessem que fundamentar razoavelmente seus atos constritores, sendo repetida, assim, a fórmula do devido processo legal, já consagrado na Quinta Emenda[365], também na Décima Quarta Emenda.

Outro debate então surgiu: quais seriam os direitos contidos na expressão "vida, propriedade e bens" prevista na Décima Quarta Emenda? Esses direitos não poderiam significar a tutela do *Bill of Rights* no âmbito estadual, uma vez que o *Bill of Rights* (as primeiras dez emendas da Constituição dos EUA) não se aplicava aos Estados, mas apenas representava limites ao governo nacional, entendimento esse já sedimentado desde o

---

[360] Décima Terceira Emenda: 1. Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição ou um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado. 2. O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias.

[361] Essa Guerra (também conhecida como Guerra Civil) começou em 1861 e foi até 1865. Aqui se destaca a figura de um advogado de Illinois chamado Abraham Lincoln, Presidente dos Estados Unidos que, no ano de 1863, proclamou a liberdade de todos os escravos nos Estados rebeldes.

[362] Essa emenda foi ratificada em 1865.

[363] Essa Emenda foi proposta em 1866 e ratificada em 1868.

[364] CURTIS, Michael Kent. *Free Speech, "The People´s darling privilege"*. Struggles for Freedom of Expression in American History. Durham and London: Duke University Press, 2000. p. 359.

[365] A Quinta Emenda da Constituição Norte-Americana dispõe que: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

julgamento do caso *Barron use of Tiernan v. Baltimore*[366], destacando-se aqui ainda os julgados *Hallinger v. Davis*[367] e *Jack v. Kansas*[368].

Assim, compreendia-se que o devido processo legal da Quinta Emenda destinava-se ao governo nacional e o da Décima Quarta, somente aos governos estaduais. Esse entendimento, todavia, trazia uma enorme disparidade, pois se a Corte podia aplicar o teste da razoabilidade em leis federais cerceadoras dos Direitos Fundamentais previstos no *Bill of Rights*, a mesma não podia examinar a razoabilidade de leis da mesma natureza no âmbito estadual, já que a quase totalidade dos Direitos Fundamentais está situada nas oito primeiras emendas, oponíveis, portanto, apenas ao governo nacional.

Essa incoerência acabou fazendo com que a Corte firmasse o entendimento no sentido de que os termos "vida, propriedade e bens", previstos na Décima Quarta Emenda, poderiam englobar os direitos (não todos) previstos no *Bill of Rights*, de forma que as leis estaduais que viessem a restringir os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* pudessem também ser submetidas ao teste da razoabilidade.[369]

Neste sentido, entendeu a Corte, no julgamento do caso *Twining v. United States*[370], que apenas os direitos previstos no *Bill of Rights* que tivessem um caráter de fundamentalidade é que seriam englobados pela Décima Quarta Emenda, abordagem essa conhecida como *seletive incorporation*.

No caso *Gitlow v. New York*[371], a Corte reconheceu que a Décima Quarta Emenda, pelo princípio do devido processo legal, amparava a garantia da liberdade de expressão,

---

[366] 32 US (7 Pet.) 32 (1833). Neste caso, John Barron, proprietário de um lucrativo cais (desembarcadouro) abrigado em Baltimore, ajuizou uma ação indenizatória em face do prefeito de Baltimore, alegando ter sofrido prejuízos consideráveis em razão do desvio do curso de um rio causado pela construção de uma rua pelo município. Segundo o autor da ação, em razão da obra municipal, ele teve que construir uma barragem de areia e terra próxima ao seu cais, obra necessária para represar a água e permitir o ancoramento de navios de maior porte. Em primeiro grau, a justiça determinou que o município pagasse ao autor uma indenização de $ 4,500, entendimento esse modificado pela Corte de Apelação. A Suprema Corte, ao analisar o caso, decidiu que as garantias do *Bill of Rights*, no caso concreto, a garantia prevista na Quinta Emenda, são restrições aplicáveis apenas e tão somente ao governo federal, não se aplicando aos Estados, motivo pelo qual julgou o pedido do autor improcedente.

[367] 146 US 314, 319 (1892).

[368] 199 US 372 (1905).

[369] Como ministro da Suprema Corte, durante quase trinta anos, foi o *Justice* Hugo L. Black que proclamou, praticamente sozinho, a tese de que todo o *Bill of Rights*, em consequência da Décima Quarta Emenda, era aplicável em todo o território nacional. Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 43.

[370] 211 US 78, 97 (1908).

[371] 268 US 652 (1925). Nesse caso, Benjamin Gitlow, um socialista descendente de uma família de judeus-eslavos e eleito para a Casa Legislativa Estadual como membro da facção mais esquerdista do Partido Socialista, tinha sido condenado criminalmente por anarquia depois de publicar um "*Left Wing Manifesto*". A Corte manteve sua condenação com base no entendimento de que o governo pode suprimir ou punir a expressão quando ela defende diretamente uma destruição ilegal do governo. Segundo o Acórdão, "não se pode, razoavelmente, exigir que determine o Estado o perigo de cada manifestação segundo o delicado equilíbrio de uma balança de ourivesaria. Uma simples centelha revolucionária, conservada algum tempo no borralho, pode atear fogo capaz de crepitar em conflagração generalizada e destruidora. Não se pode acusar o Estado de agir arbitrariamente quando o mesmo procura extinguir a centelha antes de se transformar esta em chama ou resplandecer na conflagração". Em seu voto dissidente, o *Justice* Stone, seguido pelo *Justice* Brandeis, proclamou, em favor da liberdade de expressão, que: Gitlow não apresentou um perigo porque somente uma pequena

prevista na *Bill of Rights*, também em face dos Estados, modificando radicalmente, portanto, o *standard* estabelecido anteriormente com o julgamento do caso *Barron v. Baltimore*.

Ao estabelecer esse novo *standard*, a Corte determinou que:

> For present purposes we may and do assume that the rights of freedom of speech and freedom of the press were among the fundamental personal rights and liberties protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the states.

Essa conclusão foi ratificada nos julgamentos de vários outros casos, entre eles *Stromberg v. Califórnia*[372], *Near v. Minnesota*[373], *DeJonge v. Oregon*[374], *Wolf v. Clorado*[375] e *Gideon v. Wainwright.*[376]

Com esse entendimento de incorporação seletiva, ou seja, de declarar que apenas alguns direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* estão incorporados seletivamente na Décima Quarta Emenda, a Corte, na verdade, acabou fixando, ainda que de forma implícita, uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Uns, em razão de sua fundamentalidade, estão inseridos seletivamente na Décima Quarta Emenda, outros, menos fundamentais, não o estão ali inseridos.[377]

Até aqui, portanto, a preferência concedida a alguns direitos fundamentais (propriedade e liberdade contratual, em razão da exigência do escrutínio estrito, e liberdades previstas na Primeira Emenda, com base nas teorias do risco claro e iminente e incorporação seletiva) era determinada de forma apenas implícita, não se fundamentando em uma base teórica explicitamente desenvolvida.

Expressamente, a doutrina da posição preferencial surgiu através da nota de rodapé número 4 do voto proferido pelo *Justice* Harlan Fiske Stones[378] no caso *United States v. Carolene Products Co*[379], julgado pela Suprema Corte a 25.4.1938.

---

quota de uma minoria de pessoas esteve presente no manifesto e porque ele direcionou sua revolta a um indefinido tempo futuro. E acrescentou: "[...] se, a longo prazo, as crenças manifestadas na ditadura do proletariado estão destinadas a ser aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único sentido da liberdade de expressão é de que ela deve ter sua vez e seguir seu caminho." No original, temos: "[…] if in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way."

372 283 US 359 (1931).

373 283 US 697 (1931).

374 299 US 353 (1937).

375 338 US 25 (1949).

376 372 US 335 (1963).

377 Primeiramente, foram inseridas na Décima Quarta Emenda apenas as Liberdades previstas na Primeira Emenda, em razão de sua natureza de fundamentalidade. Com o passar no tempo, porém, vários foram os direitos fundamentais incorporados seletivamente na Décima Quarta Emenda. Hoje, entende-se que os direitos previstos nas oito primeiras emendas foram incorporados à Décima Quarta Emenda, o que representa praticamente todos os direitos contidos no *Bill of Rights*, já que a Nona e a Décima emendas não enunciam direitos. Cf. TRIBE, *op. cit.*, p. 775.

378 Essa nota de rodapé é a mais famosa nota de rodapé do Direito Constitucional Americano. Neste sentido: LINZER, Peter. *The Carolene Products footnote and the preferred position of individual rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan*

Antes de analisarmos essa nota de rodapé, torna-se necessário entender o caso julgado pela Suprema Corte. O caso *United States v. Carolene Products Co*. diz respeito à discussão em torno da constitucionalidade de uma antiga lei federal[380] que proibia o comércio interestadual de um produto conhecido como *"filled milk"*.

Objetivando a declaração de inconstitucionalidade da citada lei, foi arguida pela companhia que pretendia embarcar um produto da mesma natureza, chamado *Milnut*, uma espécie de leite desnatado misturado com óleo de coco, que a lei proibitiva violava o *Commerce Clause* e o *Due Process Ground*. Esses argumentos foram acatados pela *United States District Court for the Southern District of Illinois* para considerar a lei inconstitucional, sendo esse julgado confirmado pela *Seventh Circuit Court of Appeals*.

Argumentavam os produtores de *Milnut* que o *Filled Milk Act* era inconstitucional ainda, porque o Congresso não podia regular comércio interestadual, matéria afeta à atribuição estadual pela Décima Emenda.[381]

A Suprema Corte, todavia, modificou a decisão inferior ao considerar a lei questionada compatível com a Constituição, em razão de a mesma restringir a liberdade contratual de forma razoável, levando-se em consideração para tanto uma evidência substancial de saúde pública[382], não sendo ela, portanto, considerada arbitrária ou irracional. [383]

Em seu voto, o *Justice* Stone declarou a existência de uma presunção básica de constitucionalidade das leis, ao menos no tocante à legislação regulatória que viesse a afetar transações comerciais ordinárias. Dessa forma, não havia necessidade de se realizar, em casos desse tipo, um escrutínio estrito para verificar a constitucionalidade da lei, apenas exigindo-se que a lei constritora tivesse uma base razoável para a sua existência, não se tornando necessário exigir uma relação clara e direta entre os fins e os meios.[384]

Fiske Stone. Constitutional Commentary 12, n. 2 (Summer 1995): 277-303. Academic OneFile. Gale. CAPES. 14, apr. 2008. p. 2. Linzer sugere que somente duas outras notas de rodapé produziram o mesmo impacto no Direito Constitucional Americano. A nota de rodapé n. 11 do caso *Brown v. Board of Education*, 347 US 483, 494 N. 11 (1954), que citou que a ciência social e a pesquisa psicológica suportam que a educação separada não pode "separar mas igualar", e a nota de rodapé n. 10 do caso *Katzenbach v. Morgan*, 348 US 641, 651 n. 10 (1966), em que o *Justice* William Brennan propôs uma teoria no sentido de que o Congresso poderia expandir a garantia constitucional da Décima Terceira, Décima Quarta e Décima Quinta Emendas (o *Enabling Clauses*), mas não poderia restringi-la.

379 304 U.S. 144 (1938).

380 *Filled Milk Act*, Pub L. N. 67-513, 42 Stat. 1496 (1923).

381 Dispõe a Décima Emenda que: "[...] os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo."

382 A decisão da Corte levou em consideração um extenso relatório elaborado pelo Congresso. Nesse relatório, havia evidências no sentido de demonstrar que estava sendo fortemente comercializado um produto derivado do leite do qual a nata havia sido substituída por óleo vegetal, resultando um produto de custo reduzido, com aparência e sabor muito semelhante ao leite, mas sem as vitaminas e nutrientes do leite, portanto, capaz de causar danos à saúde pública.

383 Cabe destacar que, sob a antiquada noção de devido processo legal substantivo (em vigor na Era *Lochner*), a Corte quase certamente teria achado o *Filled Milk Act* inconstitucional, em razão de o mesmo infringir o livre mercado econômico.

384 O *Justice* Stone, pela maioria da Corte, escreveu: *Even in the absence of such aids, the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be*

Ocorre que, após fazer essa afirmação no corpo de seu voto, o juiz Stone declarou, em nota de rodapé (a de número 4), procurando diminuir o alcance do raciocínio desenvolvido em seu voto, que a mera exigência de um escrutínio simples não se aplicaria a outros direitos fundamentais, mas tão somente às liberdades econômicas e à propriedade.

Segundo seu entendimento, expressado na famosa nota de rodapé[385], três tópicos encontram-se ressalvados do escrutínio simples[386]: a) a legislação que ataca nitidamente uma proibição constitucional, seja ela especificada nas dez primeiras Emendas à Constituição Americana ou esteja incorporada na Décima Quarta Emenda ou às não enumeradas, contidas na liberdade genérica desta emenda; b) a legislação que restringe o processo político, de forma a se esperar que diminua a possibilidade de obstar atos normativos indesejados; c) a legislação que alcança determinadas minorias isoladas e discretas, sejam elas raciais, sexuais, étnicas ou religiosas.[387]

No que toca ao primeiro tópico, maior interesse do trabalho, torna-se necessário estabelecer que são várias as Emendas à Constituição Americana que prescrevem proibições ao Congresso, de forma que eventual restrição imposta pelo legislador infraconstitucional a essas proibições exigiria, no entender de Stone, um escrutínio estrito, afastando-se, então, aquela presunção básica de constitucionalidade das leis. Aqui, na verdade, ao contrário, subsistiria, em relação à lei constritora, uma suspeita inerente ou uma presunção de invalidade.[388]

A título de exemplo, podemos citar o que foi determinado pela Primeira Emenda à Constituição Americana, ao estabelecer que

---

pronounced unconstitutional unless in the light of the facts made known or generally assumed it is of such a character as to preclude the assumption that it rests on some rational basis within the knowledge and experience of the legislators.

385 Interessante abordagem a respeito da nota de rodapé nº 4 é feita por ACKERMAN, Bruce. *Op. Cit.*, 2006, p. 165 e seguintes.

386 Eis o inteiro teor da nota de rodapé n. 4: "There may be a narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appear on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.
It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.
Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious or national, or racial minorities; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry."

387 WALLMEYER, Elizabeth J. *Filled Milk, Footnote Four and the First Amendment: An Analysis of the Preferred Position of Speech After the Carolene Products Decision.* Fordhan Intell Prop. Media e Est. LJ, 2002. v. 13:1019, p. 1031.
Em razão disso é que Peter Linzer afirma, em relação à nota de rodapé n. 4, que: "[...] in broad terms the first paragraph deals with express rights, the second with the political process and the third with unpopular minorities". A respeito: LINZER, *op. cit.*, p. 2.
Interessante salientar que a nota de rodapé n. 4 de Stones foi adotada por somente quatro membros (Stone, Hughes, Brandeis, Roberts) de uma reduzida Corte de sete juízes. Não acataram o raciocínio de Stone, os juízes Butler, Black e McReynolds. Os juízes Cardoso e Reed não participaram da decisão.

388 KEYNES, *op. cit.*, p. 135.

> O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Dessa forma, se o legislador infraconstitucional objetivar restringir a proibição expressada no texto constitucional, o produto de seu trabalho exigirá um escrutínio estrito. O raciocínio é simples. Se a proibição expressada pela Constituição representa a regra, as exceções a essa regra devem ser demonstradas de forma fundamentada[389], através de uma relação clara e direta entre os fins e os meios.

Sobre o tema, ensina Elizabeth J. Wallmeyer que:

> Stone teria proposto, em sua nota de rodapé, uma ideia no sentido de afirmar que existe um bifurcado *standard* de revisão para o legislador, havendo uma estreita presunção de constitucionalidade da lei quando essa lei objetiva derrubar uma específica proibição prevista na Constituição. Dentro do contexto da jurisprudência da Primeira Emenda, esse conceito de elevada revisão constitucional tornou-se conhecido como a 'Doutrina da Posição Preferencial', significando que uma tentativa de regular as liberdades da Primeira Emenda eram presumivelmente inconstitucionais. [390]

Essa exigência de um bifurcado *standard* de revisão para o legislador já havia ficado evidenciada em *Near v. Minnesota.*[391] Nesse caso, um editor de jornal havia sido condenado por publicar artigos com traços antissemitas criticando funcionários públicos locais com base em um estatuto estadual que autorizava o Judiciário a proibir previamente publicações periódicas maliciosas, escandalosas ou difamatórias. A Suprema Corte reverteu a condenação e considerou o estatuto como uma violação à Primeira Emenda, rotulando-o como "a essência da censura". A Corte reconheceu que o primeiro propósito da Primeira Emenda é justamente o de prevenir restrições prévias.[392] Por essa razão, esse princípio poderia ser muito poucas vezes excepcionado neste sentido. Implicitamente, ficou estabelecido, no pronunciamento da Corte, que restrições prévias poderiam ser consideradas presumivelmente inconstitucionais por violar a Primeira Emenda, podendo, consequentemente, requerer um elevado *standard*

---

[389] LINZER, *op. cit.*, p. 3.

[390] WALLMEYER, *op. cit.*, p. 1031. Em seu texto original, afirma a autora que: "Stone proposed the idea that a bifurcated standard of review existed for legislation, and that a narrower presumption of constitutionality existed when legislation appeared to fall within a specific prohibition of the constitution. In the context of First Amendment jurisprudence, this concept of heightened constitutional review became known as the 'Preferred Position Doctrine', meaning that attempted regulation of First Amendment freedoms was presumptively unconstitutional."

[391] 283 US 697 (1931).

[392] Segundo Hughes, que redigiu o Acórdão, "[...] o fato de, durante cerca de 150 anos, ter havido quase total ausência de tentativas de impor censura prévia às publicações relativas aos desmandos de autoridades públicas é significativo da profunda convicção de violarem tais restrições o direito constitucional. As autoridades públicas, cujo caráter e procedimento estão sujeitos ao debate e à livre discussão na imprensa, encontram remédio contra as acusações falsas que lhe forem imputadas nas ações baseadas nas leis de difamação por meio da imprensa, que dispõem sobre a reparação e a punição, e não em procedimentos para restringir a publicação de jornais e periódicos."

para que fosse reconsiderado racionalmente o resultado dessa presunção. Assim, a Corte aproximou-se da noção de que regulações afetando as liberdades garantidas pela Primeira Emenda ou relacionadas ao valor por ela protegido poderia requerer um *standard* mais minucioso, mais exigente, para que a lei constritora fosse considerada constitucional.[393]

No caso *Thornhill v. Alabama*[394], a Suprema Corte utilizou-se pela primeira vez, de forma expressa[395], do entendimento firmado por Stone em sua nota de rodapé número 4 para absolver *Thornhill*, pessoa anteriormente condenada pela Corte do Município de Tuscaloosa[396]. Segundo a Corte local, em razão do estatuto do Alabama proibir grevistas de fazer piquetes, com a intenção ou propósito de influenciar outros trabalhadores, Thornhill deveria ser condenado por violar esse estatuto na posição de presidente de uma união local. Após a condenação ser mantida pela *Circuit Court of Tuscaloosa County*, a Suprema Corte reverteu o julgado considerando o entendimento expressado no primeiro parágrafo da famosa nota de rodapé n. 4 do caso *Carolene Products*. Segundo o juiz Frank Murphy, da Suprema Corte, a Primeira Emenda da Constituição dos EUA protege a liberdade de expressão em relação a fatos e circunstâncias de disputas trabalhistas, devendo, portanto, tal estatuto ser considerado inconstitucional. Esse julgado incluiu o piquete como forma de liberdade de expressão e declarou que a proteção dessa liberdade visa assegurar "[...] a liberdade de discutir pública e transparentemente todas as questões de interesse público sem restrição prévia ou medo de punição subsequente."[397]

Vários outros julgados contribuíram para esclarecer o primeiro parágrafo da nota de rodapé número 4 e firmar os direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda da Constituição Americana como direitos fundamentais preferenciais, destacando-se aqui os

---

[393] WALLMEYER, *op. cit.*, p. 1027.
[394] 310 US 88 (1940).
[395] A primeira vez que a Corte utilizou-se, de maneira implícita, do princípio exposto na nota de rodapé n. 4 foi no caso *Schneider v. State* – 308 US 147 (1939). Por oito votos a um, a Corte invalidou uma série de leis locais que proibiam a distribuição de panfletos nas ruas e calçadas. O *Justice* Roberts, um dos que adotou a nota de rodapé n. 4, escreveu a opinião da Corte. Embora, em seus fundamentos, não tenha mencionado a nota de rodapé n. 4 de forma expressa, ele abraçou o princípio ali exposto, ao escrever que a municipalidade pode ordenar regulações para atender ao interesse público de saúde, da segurança, ou por motivo de conveniência pública, mas não pode reduzir liberdades individuais asseguradas pela Constituição. Se a legislação infringe essas liberdades, ele disse, a Corte "[...] deveria ser astuta para examinar os efeitos dessas restrições e recusar a legislação[...]", e deveria "[...] avaliar substancialmente as razões desenvolvidas em favor da regulação". Dessa forma, a Corte *implicitamente* adotou a idéia de que a legislação que restringe liberdades individuais não traz consigo uma presunção de constitucionalidade. Depois dessa decisão, a maioria da corte abraçou o princípio que se materializa na exigência de um escrutínio estrito para analisar a constitucionalidade das leis que restringem direitos previstos na Primeira Emenda.
[396] CURRIE, David P. The Constitution in the Supreme Court: The Preferred Position Debate, 1941-1946, 37. *Catholic University Law Review*, 39, 1987.
[397] O'BRIEN, David. *Constitutional Law and Politics*. 4th ed. New York: WW. Norton Co., 1999. p. 384. No original: "[…] the liberty to discuss publicly and truthfully all matters of public concern without previous restraint or fear of subsequent punishment".

casos *Jones v. Opelika*[398], *Prince v. Massachusetts*[399], *Thomas v. Collins*[400] e *Kovacs v. Cooper*[401].

Em *Jones v. Opelika*[402], a Suprema Corte dos EUA anulou uma lei do município de Opelika, Alabama, que exigia uma licença prévia para que fosse permitida a venda de livros e a distribuição de panfletos na rua, lei essa que prejudicou Jones, uma testemunha de Jeová, que pretendia realizar tais tarefas. Em seu voto dissidente, o *Justice* Stones entendeu que a lei era inválida por dois motivos: a) ao exigir o pagamento de uma taxa para que as pessoas pudessem vender livros, uma vez que essa exigência restringe a liberdade de expressão e de imprensa; e, b) em razão da exigência de uma licença para disseminação de ideias quando, como no caso, a licença é revogada à vontade, sem causa, e ao desenfreado juízo de um funcionário público, também por ferir os citados direitos constitucionais.

Em seu voto, o *Justice* Stone, pela primeira vez, afirmou expressamente que a liberdade de expressão e religião ocupam uma posição preferencial[403], ao afirmar que:

> […] the first amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary the Constitution, by virtue of the First and the Fourtheenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position.

A opinião de Stone, no caso *Carolene Products*, evidenciou uma dramática reviravolta e um abandono da tese que visava à proteção da liberdade econômica e do direito de propriedade. Além do mais, ela assinalou uma significante alteração no devido processo legal substantivo razoável. Da metodologia de Stone, segundo o professor Edward Keynes, ficou subentendido que a Corte não mais poderia seriamente valorar se o bem-estar público seria capaz de justificar a supressão de direitos preferenciais. Esses direitos deveriam ser tratados

---

[398] 319 US 103 (1943).
[399] 321 US 158 (1944).
[400] 323 US 516 (1945). Neste julgado, ficou consignado no voto do relator, o juiz Rutledge, que: "Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto à Suprema Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha desse limite, tarefa sempre delicada, é-o ainda mais quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda […]. Esta prioridade confere a estas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. É o caráter do direito, não da limitação, que determina o *standard* que vai orientar a escolha. Por esses motivos, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo potencial, mas por um perigo evidente e atual."
[401] 336 US 77 (1949).
[402] Enquanto no caso *Thornhill* a Corte declarou implicitamente que o os direitos da Primeira Emenda deveriam ser vistos sob um escrutínio estrito, o termo *"preferred position"* foi primeiramente utilizado pelo voto dissidente do *Chief Justice* Stone no caso *Jones v. Opelika.*
[403] Os direitos previstos na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos foram firmados como preferenciais pela Suprema Corte, de forma expressa, em outros vários casos, tais como os seguintes: *Murdock v. Pennsylvania*, 319 US 105 (1943*); Follett v. Town of McCormick*, 321 US 573 (1944); *Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946); *Saia v. New York*, 334 US 558 (1948).

como virtualmente absolutos, em vez de direitos subjetivos condicionados ao razoável exercício do poder de polícia. Diferentemente do entendimento que existia a respeito do devido processo substantivo razoável, o duplo *standard* de Stone deveria separar agora liberdades pessoais não enumeradas da intrusão governamental. Simultaneamente, a metodologia de Stone garante o fim da liberdade contratual e outros direitos econômicos não enumerados.[404]

No caso *Prince v. Massachusetts*, a Suprema Corte manteve válida uma lei de Massachusetts, que proibia que meninas menores de 12 anos vendessem livros e outros objetos em via pública, para condenar Sara Prince, Testemunha de Jeová que levava uma menina de 9 anos sob sua guarda, ao centro da cidade, para que a mesma proclamasse o evangelho, prática essa que envolvia a distribuição de literatura do gênero em troca de contribuições voluntárias. Apesar de a defesa alegar que a mencionada lei violava o direito à liberdade de religião, a Suprema Corte, por cinco votos a quatro, manteve a condenação de Prince, com o *Justice* Rutledge escrevendo o voto majoritário.

Em seu voto, o juiz Rutledge reconheceu expressamente que as liberdades da Primeira Emenda ocupavam uma posição preferencial, embora considerasse que o direito de praticar religião livremente não inclui o direito de expor crianças a doenças ou até mesmo à morte. Segundo o magistrado, entre os direitos fundamentais preferenciais previstos na Primeira Emenda, todos possuem a mesma hierarquia, não havendo um direito mais preferencial, de forma que a liberdade de consciência não pode ser considerada mais preferencial do que a liberdade de opinião, como objetivava a apelante.[405]

Enfim, a doutrina da posição preferencial surgida com a conhecida nota de rodapé nº 4 do caso *Carolene Products* foi sedimentada pela Suprema Corte dos EUA na década de 1940[406], ficando estabelecido, assim, que os direitos fundamentais previstos na Primeira

---

[404] KEYNES, *op. cit.*, p. 135.

[405] Segundo a apelante, duas são as liberdades em jogo, todas elas consideradas como preferenciais: a liberdade que os parentes têm de ensinar aos filhos menores os princípios e as práticas da fé (liberdade de opinião) e a liberdade que as crianças têm de observar esses ensinamentos, pregando os evangelhos, distribuindo informativos religiosos (liberdade de consciência). Sustentava a apelante, como parte de seu raciocínio, que entre essas liberdades, todas preferenciais já que previstas na Primeira Emenda, preferia aquela. Essa tese não foi aceita pelo juiz Rutledge. O objetivo da defesa, na verdade, era diferenciar essas liberdades para mostrar que o entendimento da Suprema Corte no caso *Meyer v. Nebraska*, em que a Corte considerou inconstitucional uma lei do Estado de Nebraska que proibia o ensino de língua estrangeira para crianças que não tivessem atingido ainda a *high school* (liberdade de opinião), com muito mais razão deveria se aplicar ao caso para considerar inconstitucional uma proibição legal que impedisse as crianças de exercerem sua liberdade de consciência.

[406] Foram também importantes para a sedimentação dessa doutrina na década de 40 os casos: *Murdock v. Pennsylvania* – 319 US 105 (1943), *Martin v. City of Struthers* – 319 US 141 (1943), *West Virginia State Board of Education v. Barnette* – 319 US 624 (1943), *Kovacs v. Cooper* – 336 US 77 (1949), entre outros. No caso *Kovacs v Cooper*, citado anteriormente, apesar de a Corte aludir à "[...] posição preferencial da liberdade de palavra numa sociedade que deseja a liberdade para todos[...]", por outro lado, a Corte manifestou opinião menos entusiástica a propósito da liberdade de expressão, afirmando, em acórdão redigido pelo juiz Reed, não se exigir que "[...] os legisladores sejam insensíveis às exigências de

Emenda da Constituição dos Estados Unidos são considerados preferenciais em relação aos demais direitos fundamentais[407], não havendo, todavia, hierarquia entre esses direitos fundamentais preferenciais. Por sua vez, esse valor preferencial concedido aos direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda não lhes concede uma preferência absoluta em caso de efetivo conflito com outros direitos fundamentais que não são preferenciais, mas apenas confere a esses direitos um peso mais forte no momento em que for realizada a devida ponderação como solução do conflito.

Para Bruce Ackerman, na época do *laissez faire*, a liberdade de expressão era garantida em razão da proteção concedida à livre negociação. Se os produtores de pão e leite tinham o direito constitucional de vender o que quisessem a qualquer comprador que achasse o seu preço razoável, os produtores de jornais e livros também teriam o mesmo direito à liberdade de livre mercado.[408]

Todavia, com o surgimento do *New Deal*, como os produtores de ideias já não podiam mais exigir a sólida proteção legal destinada aos proprietários, diante da legitimidade recém-fundada das tentativas contínuas do governo nacional de administrar o livre mercado de forma evidente "[...] era necessária uma nova e urgente retórica de liberdade. E foi precisamente nesse momento que a 'especificidade' [que compõe o primeiro parágrafo da nota de rodapé nº 4 do caso *Carolene Products*] preencheu a lacuna existente."[409]

Em suma, com a nota de rodapé nº 4, agora,

> Os tribunais modernos poderiam expressar o seu respeito ao *New Deal* e, ao mesmo tempo, afirmar que a garantia específica que emanava da 1ª emenda, com relação à liberdade de expressão, ainda assegurava proteção especial "ao livre mercado das ideias [...]
> Como a liberdade constitucional do cidadão norte-americano de realizar transações comerciais pessoais no mercado entrou em colapso, o seu direito de viver livre da ameaça da prisão arbitrária e do processo criminal ilegal, o seu direito de escolher suas convicções políticas e religiosas, livre do controle invasivo do Estado, foi amplamente protegido. Além dessas liberdades individuais, a Corte fez uso das 'especificidades´ da 1ª Emenda [conteúdo do primeiro parágrafo da nota de rodapé nº 4] para ressaltar a importância da autodefinição política em um mundo sem as proteções constitucionais que a propriedade privada havia anteriormente proporcionado.[410]

---

conforto e conveniência dos cidadãos. Dar predomínio à liberdade de palavra, sem considerar os direitos de outrem, seria injusto e arbitrário."

[407] Apesar de a doutrina da posição preferencial se encontrar sedimentada na Suprema Corte neste período, tendo como seus grandes defensores os juízes Murphy, Rutledge, Douglas e Black, alguns juízes não a aceitavam. Neste sentido, podemos citar os juízes Frankfurter e Jackson. Para este último, que inicialmente havia aceito a doutrina da posição preferencial, não se poderia atribuir a alguns direitos fundamentais posição preferencial sem relegar os demais à posição de segundo plano (Brinegar v. united States, 338 US 160 (1949)).

[408] ACKERMAN, *op. cit.*, p. 173.

[409] *Ibidem*, p. 174.

[410] *Ibidem*, p. 174-175.

Entretanto, logo após a Segunda Guerra Mundial[411], os EUA começaram uma Guerra Fria com a União Soviética, instalando-se em território norte-americano um cenário de medo de todas as coisas comunistas (era do *Red Scare*). Neste período, o senador McCarthy, um senador fanaticamente direitista, criou o Comitê de Investigação de Atividades Antiamericanas (em 1950), tendo esse Comitê o objetivo de perseguir todos os cidadãos americanos que simpatizassem com as ideias de esquerda. Foi o tempo da caça às bruxas.

Embora os EUA já fossem conhecidos como os campeões da democracia, o marcatismo foi uma violência aos direitos individuais. À luz desse cenário, a Suprema Corte dos EUA abandonou a doutrina da posição preferencial[412], considerando a liberdade de expressão de certos cidadãos uma ameaça à segurança nacional.[413]

Na confecção dessa mudança, a Corte, na década de 50, sob a liderança do Chefe de Justiça Vinson, retornou ao teste do perigo claro e iminente (de Holmes e Brandeis), esquecido por mais de uma década, materializando esse retorno através do julgamento do caso *Dennis v. United States.*[414]

Na verdade, o *Justice* Vinson, nesse caso, reintroduziu o teste do perigo claro e iminente para a Corte, mas, em sua maneira, essa doutrina conferia menos proteção à liberdade de expressão do que a versão do teste do perigo claro e iminente lançado por Holmes (e depois abraçado por Brandeis) no caso *Shenck v. United States*, em 1919. Para Vinson, como requisito para restringir a liberdade de expressão, o perigo não precisava ser iminente (ou atual) e o governo não precisava esperar até a rebelião ser executada. Pelo contrário, bastaria a existência de um perigo remoto para justificar, para o governo, a supressão da liberdade de expressão.[415]

Em seu voto no caso *Dennis v. United States*, disse o Juiz-Presidente Vinson (pela maioria) que o perigo claro e iminente não podia significar que

---

[411] Que durou de 1939 a 1945.
[412] WALLMEYER, *op. cit.*, p. 1041.
[413] O caso *Osman v. Douds*, 339 US 846 (1950) já demonstra evidente limitação à doutrina do perigo evidente e atual de Holmes e Brandeis.
[414] 341 US 494 (1951), caso em que esse *standard* foi utilizado para condenar Eugene, secretário geral de um partido comunista nos EUA no ano de 1951, num processo contra onze líderes comunistas e que foi declarada a constitucionalidade da Lei Smith (de 1940). Este caso só envolvia a palavra e não qualquer ato aberto de sabotagem ou de procedimento ilegal. Os acusados haviam organizado pessoas para ensinar e ensinavam, eles próprios, a doutrina Marxista-Leninista, contida principalmente em quatro livros: *Fundamentos do Leninismo*, por Stalin (1924), o *Manifesto Comunista*, por Marx e Engels (1948), *o Estado e a Revolução*, por Lenine (1917), e *a História do Partido Comunista da União Soviética* (1939) Outros vários casos, em que o padrão acima também foi analisado, podem ser citados: *Yates v. United States* – 354 US 298 (1957); *Sacales v. United States* – 367 US 203 (1961); e, *Noto v. Unite States* – 367 US 290 (1961).
[415] WALLMEYER, *op. cit.*, p. 1042.

> [...] o Governo, para agir, deve esperar até que o golpe de Estado esteja pronto para ser executado, todos os planos feitos, aguardando-se apenas o sinal para a deflagração do movimento. Se o Governo tem conhecimento de que um grupo, que pretende derrubá-lo pela força, está tentando convencer os seus membros à ação, é obrigado a agir, quando se oferecer a oportunidade. Não merece resposta o argumento de que o Governo não precisa preocupar-se, porque é forte e possui vastos poderes para derrotar a rebelião, e facilmente dominará a revolução. Não é essa a questão. Certamente, uma tentativa de derrubar o Governo pela força, ainda que desde o começo esteja fadada ao insucesso, devido ao número e poder inadequado dos revolucionários, é uma ameaça suficiente para ser prevenida pelo Congresso. Os danos advindos à Nação em consequência de tais tentativas, tanto física como politicamente, tornam impossível medir a sua validade em termos da probabilidade de bom êxito ou do caráter imediato de uma tentativa capaz de vingar.

Os juízes Black e Douglas, entretanto, continuaram a abraçar a teoria da posição preferencial, mesmo que tal terminologia não fosse expressamente utilizada. Black chegou a afirmar que uma restrição à Primeira Emenda exige mais que uma medida razoável, porque sem tal *standard* a Primeira Emenda poderia proteger somente expressões ortodoxas que não necessitavam de proteção. Segundo Black, o princípio da posição preferencial da liberdade de expressão já era um princípio constitucional sedimentado pela Corte, existindo esperança, segundo ele, que em tempos de calma, quando a pressão, a paixão e o medo cedessem, que tal princípio fosse restaurado pela Corte.[416]

Para Black, com esse julgamento, foi diluída a Primeira Emenda a ponto de torná-la pouco mais que uma advertência ao Congresso.

Durante o período da *Red Scare*, entretanto, a maioria da Corte parece realmente ter abandonado qualquer ideia que conferisse uma posição preferencial à liberdade de expressão[417], adotando uma percepção no sentido de que qualquer ameaça ao governo autorizava suprimir a liberdade de expressão.[418]

---

[416] Parte de seu voto dissidente no caso *Dennis v. United States.*

[417] Comentando a decisão dada pela Suprema Corte no caso *Dennis v. United States*, ensina o Professor John Frank, da Universidade de Yale, estar a Corte utilizando nessas hipóteses a presunção de constitucionalidade das leis estaduais contra as liberdades civis, ou algo muito próximo dela. Cria-se, desta forma, um círculo vicioso. "Um congressista vota uma lei, esperando que a Suprema Corte a examine cuidadosamente; e alguns juízes, então, a validam, porque, presumidamente, o Congresso pensou detidamente no que estava fazendo. O resultado é que a responsabilidade primária para a proteção de nossa liberdade escapa a qualquer de nossas instituições". Neste sentido: FRANK, John P. *Review and basic liberties.* In Supreme Court and Supreme Law. Edmond Cahn (Ed.). Indiana: Indiana University Press, 1954. p. 134.

[418] Entre outros exemplos, podemos citar o caso *Yates v. United States*, 354 US 298 (1957). Nesse caso, em 1951, 14 pessoas foram acusadas por violar o *Smith Act*, em razão de serem membros do Partido Comunista dos EUA na Califórnia. Em razão de o *Smith Act* estabelecer como ilegal a defesa ou a organização visando à destruição ou à ruína do Governo dos EUA pela força, *Yates* alegou que o estatuto proibia apenas uma tentativa de ação, enquanto sua participação teria sido apenas passiva. A Suprema Corte entendeu que, para que o *Smith Act* fosse violado, pessoas deveriam ser encorajadas a fazer algo, mais do que meramente serem induzidas a acreditar em alguma coisa. No caso *Scales v. United States*, 367 US 203 (1961), *Scales* foi condenado, sendo tal condenação confirmada pela Corte, por violar uma cláusula (conhecida como *membership clause*) do *Smith Act* (de 1940), que teria estabelecido como ilegal a conduta de fazer parte de uma organização (no caso o *Communist Party of the United States*) que defendia a derrota do Governo dos EUA por força de violência, tendo conhecimento desse propósito. Cabe destacar que *Scales* foi o último réu condenado com base no *Smith Act*. Neste sentido, torna-se necessário consultar: SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *First Amendment Law*. 2nd ed. New York: Foundation Press, 2002. p. 48. Semelhante aos dois casos anteriormente citados, podemos mencionar ainda o caso *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961).

Podemos concluir assim que, no tocante à liberdade de expressão, primeiramente a Corte adotou o teste do perigo claro e iminente de Holmes-Brandeis (em 1919), aceitando a doutrina da posição preferencial de Stone posteriormente (em 1938), entendimento esse sedimentado na década de 1940. Portanto diante do cenário político de medo das coisas comunistas (*Red Scare*), a Corte abandonou o princípio da posição preferencial da liberdade de expressão e voltou a adotar, porém com algumas diferenças, através do *Justice* Vinson, o teste do perigo claro e iminente. Sob essa vertente, o teste protegia, de forma menos intensa, a liberdade de expressão do que o teste adotado na década de 20.

Resta-nos agora fazer duas indagações: a) atualmente, a Corte Constitucional Norte-Americana continua entendendo a liberdade de expressão como um direito preferencial? Ou seja, o entendimento manifestado por Stone na nota de rodapé nº 4 do caso *Carolene Products* continua a ser adotado atualmente pela Suprema Corte dos EUA? b) a doutrina da posição preferencial, elaborada pela Suprema Corte dos EUA, encontra aprovação nas Cortes Constitucionais de outros países?

No tocante ao primeiro questionamento, ensina Elizabeth J. Wallmeyer que a liberdade de expressão continua, sim, a ocupar uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, em razão de existir uma aceitação comum de que a Primeira Emenda deve ocupar um lugar especial na sociedade contemporânea tendo em vista sua importância para o funcionamento de um Estado Democrático. Para a autora, mesmo que a doutrina não encerre uma questão tranquila a respeito do tema, as ideias e valores promovidos pelas decisões concernentes à Primeira Emenda durante o período da *preferred position* continuam a vigorar ainda hoje, havendo, entretanto, uma tendência atual de conferir menos proteção a certos discursos, como por exemplo discursos de ódio[419] (*hate speech*), discursos pornográficos[420] e indecências na Internet, não podendo esses tipos de discursos ser explicados com base em uma teoria estática sobre o papel da Primeira Emenda.[421]

---

[419] A respeito do tema: DOWNING, John D. H. *'Hate speech' and 'First Amendment absolutism' discourses in the US*. Discourse Society, 1999; 10; 175. Disponível em:<http://das.sagepub.com/cgi/content/abstract/10/2/175>.

[420] A Suprema Corte tem definido algumas formas de expressão que o Estado pode proibir por serem consideradas "pornográficas": expressão pornográfica é aquela que, tomando por base os *standards* atuais da comunidade em seu conjunto, apela a termos lascivos, descritos de uma forma claramente ofensiva à conduta sexual especificamente definida por lei e carece de valor artístico, literário, político ou científico sério. Veja-se, por exemplo, *Miller v. Califórnia*, 413 US 15, 24 (1973).
Para várias autoras feministas, a pornografia é vista como uma forma de discurso do ódio especificamente dirigido contra as mulheres. Cf. DWORKIN, Andréa. Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality. *Harvard Women´s Law Journal*, New York, n. 9, 1 ss., 1985. MACHADO, J., *op. cit*., p. 191. Interessante ressaltar que o *hate speech* não tem como objetivo exclusivo a questão racial. BOYLE, *op. cit.*, p. 490.
Discussão também interessante envolve a questão de se a Primeira Emenda protege ou não a realização de strip-tease em casas noturnas. A respeito, torna-se interessante analisar o seguinte artigo: *Decency and Comunity Values: defining first amendment protection of nude dancing.* Artigo publicado na Suprema Court Debates, v. 3, n. 1, p. 1-32, janeiro de 2000.

[421] WALLMEYER, *op. cit.*, p. 1051.

No tocante à segunda indagação, podemos afirmar que a doutrina da *preferred position* foi adotada por várias Cortes Constitucionais, sendo, entretanto, rejeitada por outras.

3.2.3 A doutrina norte-americana dos direitos fundamentais preferenciais em outras cortes constitucionais

A Corte Constitucional da Alemanha e a Corte Europeia de Direitos Humanos têm considerado que a liberdade de expressão só pode ocupar uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais quando esse direito estiver relacionado a matérias de interesse geral ou político.[422] Consideram, entretanto, que em todas as situações, em casos em que a liberdade de expressão e informação podem ocupar uma posição preferencial e em outros casos que não envolvem essa preferência[423], será necessário considerar, para se realizar uma adequada ponderação entre os interesses em conflito, todas as circunstâncias do fato concreto: a característica da expressão, sua amplitude, o fato de a expressão ser verdadeira ou falsa e o grau de risco imposto pela expressão deverão ser considerados.[424]

Demonstrando a preferência concedida à liberdade de expressão, no caso Luth[425], a Corte Constitucional da Alemanha concluiu que a liberdade de expressão representava uma

---

[422] BARENDT, *op. cit.* p. 159.
Posição geralmente adotada também pela Suprema Corte dos EUA. Todavia, a Suprema Corte dos EUA também tem considerado a liberdade de expressão um direito preferencial quando esse direito não se refere a temas de interesse geral, uma vez que a liberdade de expressão se fundamenta também na autossatisfação pessoal.

[423] Em alguns julgados, embora a liberdade de expressão não fosse considerada um direito fundamental preferencial, ela entrou no jogo da ponderação. Neste sentido podemos citar o caso *Livro sobre a Guerra* (BverfGE 90, 1-22, julgado em 11 de janeiro de 1994), caso que envolvia a análise de uma proibição da divulgação de um livro no qual atribuía aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, a Corte, diante do conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e à proteção da juventude, manifestou-se pela prevalência, após a devida ponderação, do direito fundamental à liberdade de expressão. A Corte declarou que os jovens somente poderiam se tornar adultos maduros e conscientes de suas escolhas se pudessem basear as discussões em diferentes opiniões, inclusive as erradas, sobre os mesmos fatos.

[424] BARENDT, *op. cit.*, p. 159

[425] BverfGE 7, 198, julgado em 15 de janeiro de 1958. O caso citado pode ser resumido da seguinte forma: Erich Lüch, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, organizou, em 1950, um boicote contra o filme "*Unsterbliche Geliebte*" (a amante imortal) feito pelo cineasta Veit Harlan, este de passado nazista. As partes prejudicadas com os embaraços criados por Lüch obtiveram decisão da justiça estadual de Hamburgo, que determinou a imediata cessação do boicote, considerando-o ilegal e embasando sua decisão no art. 826 do BGB. Este dispositivo legal dispõe que "quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano". Não satisfeito com o teor do julgado, o autor do boicote, Erich Lüch, interpôs queixa constitucional perante o Tribunal Constitucional, que lhe deu ganho de causa, revertendo o resultado do julgado anterior. Entendeu o julgado que cláusulas gerais do Direito Privado, como os "bons costumes" referidos no artigo citado do BGB, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre os quais se assenta a Constituição, levando-se em consideração os direitos fundamentais, o que não fora observado pela Corte de Hamburgo. Neste julgado evidenciou-se que, para se realizar uma ponderação de bens jurídicos, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso concreto. A respeito do caso, torna-se interessante consultar: SCHABE, Jürgen. *Compilación de Sentencias. Cincuenta Años de Jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Traducción Marcela Anzola Gil. Ediciones Juridicas Gustavo Ibánez, 2003. p. 132-137.

importante contribuição para o debate público sobre uma matéria de interesse geral[426], sendo, pois, intitulada de um grau de proteção maior do que a liberdade de expressão analisada em um contexto de disputas privadas ou para proteger um interesse econômico particular.[427]

Nesse contexto, a Corte Constitucional assegurou no caso citado que a proteção à reputação do produtor do filme e seu interesse econômico não eram suficientes para restringir o direito ao boicote realizado por Luth, já que esse boicote representava uma manifestação da liberdade de expressão para influenciar a opinião pública e para demonstrar que os simpatizantes do Nazismo não poderiam esperar uma fácil reabilitação após a Guerra da Alemanha.

No caso Soldados Assassinos[428], a Corte Constitucional da Alemanha, ao aplicar a ponderação, reverteu o resultado de um julgado que havia condenado algumas pessoas pela prática de crime contra a honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com a afirmação de que "soldados são assassinos" ou de que "soldados são potenciais assassinos". A Corte entendeu que, no caso, deveria prevalecer o direito fundamental à liberdade de expressão, tendo em vista que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não seria capaz de excluí-las do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Segundo a Corte Constitucional, os manifestantes teriam o direito de tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as melhores circunstâncias à disseminação de suas ideias.

Em certa passagem do julgado, fica cristalinamente demonstrada a preferência concedida à liberdade de expressão quando ela estiver relacionada à formação de opinião pública:

> Faz diferença se o direito fundamental da liberdade de expressão foi usado no contexto de uma discussão particular, onde se perseguem interesses pessoais, ou no contexto de uma questão que toque essencialmente a opinião pública. Se a expressão controversa for uma contribuição à formação da opinião pública, vale uma presunção a favor da liberdade do discurso, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 198 [208,212]; 61, 1 [11]). Caminhos divergentes deste necessitam consequentemente de uma fundamentação que considere a importância constitutiva da liberdade de expressão para a democracia, na qual se enraíza a regra da presunção [...].[429]

---

[426] Para Donald P. Kommers, o caso Luth representa a chave do Direito Constitucional Alemão, uma vez que estabeleceu a doutrina da liberdade de expressão em uma objetiva ordem de valores, além de ficar demonstrada a relação entre direitos fundamentais e o direito privado. Mais particularmente, ainda evidenciou a razão básica de um regime de liberdade de expressão, traçando as dimensões individuais e sociais desse direito fundamental, entre outros temas importantes. Cf. KOMMERS, *op. cit.*, p. 361.

[427] BARENDT, *op. cit.*, p. 159.

[428] BverfGE 93, 266-312, julgado em 10 de outubro de 1995.

[429] SCHWABE, *op. cit.*, p. 424.

No caso *Schmid-Spiegel*[430], julgado em 1961, a Corte Constitucional da Alemanha também conferiu enorme importância à liberdade de expressão quando relacionada a temas políticos.

Neste caso, em um aparecimento público em Stuttgart, em novembro de 1953, Schmit, um juiz de uma alta corte estadual, fez uma forte declaração sobre um tema político. No curso de sua fala ele observou que 95% da imprensa na Alemanha era controlada por empregadores hostis para negociar com sindicatos trabalhistas. Reagindo ao seu discurso, a revista semanal *Der Spiegel* acusou esse juiz de simpatizante comunista em um artigo intitulado "*Arrested on the Volga*".

O juiz Schmid, escrevendo em um jornal diário, contraditou a revista com um violento ataque verbal, acusando-a de mentir sobre ele e comparando sua reportagem política como pornografia no campo moral. A revista, então, conseguiu uma condenação por calúnia contra Schmid no *Göttingen Superior Court*, sendo tal condenação confirmada em grau de apelação pela *Celle Court of Appeals*.

Schmid ajuizou uma queixa constitucional contra as mencionadas decisões com base na liberdade de expressão, direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição da Alemanha.

Sua queixa foi considerada justificada pela Corte Constitucional, que entendeu que os julgamentos anteriores falharam em reconhecer a importância constitucional do processo de formação de opinião pública e, por consequência, não consideraram a influência do direito fundamental à liberdade de expressão na interpretação e aplicação do estatuto que prevê os crimes contra a honra.

Entendeu a Corte Constitucional que os tribunais inferiores deveriam ponderar os direitos em conflito – honra e liberdade de expressão –, e não apenas analisar os fatos e circunstâncias exclusivamente sob o ponto de vista do direito à honra e o interesse afetado pela injúria, sem considerar a particular natureza da contenda e do valor da liberdade de expressão como um elemento constituinte para a formação da opinião pública.

A Constituição da Alemanha garante, em seu artigo 5º, que todos têm o direito de expressar e disseminar suas opiniões livremente, podendo fazê-lo por meio oral, por escrito ou por meio visual.

Segundo entendimento da Corte Constitucional expressado nesse caso, a liberdade de expressão não pode ser limitada pela característica insurgente das palavras utilizadas.

---

[430] 12 BVerfGE 113. Esse caso é analisado em: KOMMERS, *op. cit.*, p. 369 et seq.

Reconheceu a Corte Constitucional, como já havia reconhecido a Suprema Corte dos EUA no caso *Cohen v. Califórnia*[431], que a expressão de percepções políticas encontra-se na fronteira entre o emocional e o racional e que a linha clara não pode ser extraída dessa fronteira sem inibir da robusta expressão diversos aspectos políticos.

Esse caso também foi importante porque estabeleceu o *standard* denominado de contra-ataque teórico da expressão. A partir desse caso, a Corte Constitucional da Alemanha firmou o entendimento no sentido de que uma pessoa teria o direito de empregar uma linguagem abusiva, sobretudo na arena política, para defender seus interesses contra críticas amargas e enganosas, caso esse tipo de linguagem fosse necessário para compensar o ataque sofrido.[432]

Outro julgado da Corte Constitucional da Alemanha que demonstra a importância dada pela corte à liberdade de expressão e à necessidade de análise de todas as circunstâncias do caso concreto foi o caso *Blinkfüer*[433], julgado em 1969.

Como no caso *Luth*, já mencionado, o caso *Blinkfüer* também envolveu uma discussão em torno da constitucionalidade ou não de um boicote. *Blinkfüer* era uma pequena circulação jornalística pró-comunista semanal que noticiava programas de rádio e televisão no Leste da Alemanha. A poderosa empresa jornalística *Axel Springer* enviou uma circular para empresários que vendiam jornais e anunciavam propagandas em seus estabelecimentos recomendando-lhes que não divulgassem programas relacionados à empresa *Blinkfüer* sob pena de suspender-lhes a venda do poderoso jornal *Springer*.

A empresa boicotada foi bem sucedida em uma ação ajuizada contra a poderosa *Springer* nas cortes inferiores ao alegar injusta competição, demanda essa ajuizada com base no art. 823 do BGB, que determinava que "[...] uma pessoa que, intencionalmente ou negligentemente, injuria ilegalmente a vida, o corpo, a mente, a liberdade, a propriedade ou outros direitos de qualquer pessoa deverá compensá-la pelo dano decorrente de sua conduta".

---

[431] Nesse caso, Cohen foi condenado por violar um princípio geral vigente na Califórnia, princípio esse que proíbe o *disturbing-the-peace*, não permitindo, assim, que um sujeito, maliciosa e intencionalmente, perturbasse a paz ou tranquilidade das pessoas ou de seus vizinhos com a prática de condutas consideradas ofensivas. O condenado, Cohen, teria usado, no corredor do Palácio de Justiça de Los Angeles, local onde se encontravam presentes mulheres e crianças, uma jaqueta com os dizeres "Fuck the Draft", com o objetivo precípuo de demonstrar seu descontentamento com a Guerra do Vietnã, sendo, por isso, condenado em primeiro grau pela Justiça da Califórnia.
A Suprema Corte modificou o teor do julgamento entendendo que a razão da Corte da Califórnia para condenar Cohen era simplesmente indefensável. Considerou a Corte Suprema que a primeira e a Décima Quarta emendas da Constituição dos EUA impedem os estados de manter punições pelo uso público de expressões consideradas impróprias ou inadequadas em relação ao que o Estado considera como certo ou adequado em termos de discurso dentro do corpo político. Entendeu a Suprema Corte que o uso de expressões consideradas impróprias pode refletir um defeito ou apenas um ponto de vista contrário, não materializando, portanto, um motivo ensejador para uma condenação.

[432] KOMMERS, *op. cit.*, p. 372.

[433] 25 BVerfGE 256. Esse caso é analisado em: KOMMERS, *op. cit.*, p. 372 et seq.

A Alta Corte Federal de Justiça, porém, reverteu o julgado antes favorável à empresa boicotada, assegurando que o boicote estava amparado constitucionalmente pela liberdade de expressão, direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Alemã, fato que fez com que o editor da pequena empresa ajuizasse uma queixa constitucional perante a Corte Constitucional Federal.

A Corte Constitucional, ao analisar o caso, entendeu que o boicote realizado pela poderosa empresa *Springer* não se encontrava amparado pelo direito fundamental à liberdade de expressão, uma vez que tal boicote se fundamentou na poderosa posição econômica da empresa ao ameaçar suspender a entrega de seus jornais, posição econômica essa que, só por si, seria suficiente para privar os empresários de decidir livremente.

Entendeu a Corte que havia uma diferença nítida entre o caso ora estudado e o caso *Luth*, que também envolveu uma discussão em torno do direito de se realizar um boicote, tendo em vista que, no caso *Blinkfüer*, o boicote não foi realizado com base em argumentos intelectuais capazes de influenciar a opinião pública. O boicote realizado pela empresa *Springer* foi feito com base em seu poder econômico, não se encontrando amparado pela liberdade de expressão.

Segundo a Corte, a liberdade da livre disputa intelectual é um pré-requisito absoluto para o funcionamento de uma democracia livre porque ela sozinha garante a discussão pública e política de ideias relacionadas ao público em geral.

No caso, como as pessoas relacionadas ao boicote determinado pela empresa *Sprinnger* eram econômica e legalmente dependentes da empresa que recomendara o boicote, a recomendação feita pela circular enviada às empresas foi considerada um meio impróprio e inadequado para gerar uma discussão intelectual de admissibilidade e possibilidade de publicação de programas de rádio e televisão no Leste da Alemanha, aspecto esse capaz de diferenciar, de forma essencial, o que foi analisado do caso *Luth*, também julgado pela Corte.

A Corte Constitucional, enfim, acabou entendendo que a *Springer Company* havia violado o direito de a pequena empresa *Blinkfüer* disseminar suas ideias.

Por sua vez, a Corte Europeia de Direitos Humanos[434], por repetidas oportunidades, tem proclamado a importância da liberdade de expressão numa sociedade democrática, afirmando que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade, uma das condições principais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um

[434] Essa Corte (*European Court of Human Rights*) é também conhecida como Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Corte de Estrasburgo.

de seus integrantes, demonstrando também uma preferência à liberdade de expressão apenas quando estiver relacionada com assuntos públicos, de interesse geral ou de interesse político.

Para o TEDH, a liberdade de expressão e informação alcança seu objetivo maior quando exercida com relação a assuntos desse tipo. Nesses casos, qualquer ingerência feita à liberdade de expressão e informação tem de estar justificada por uma "necessidade social imperiosa", necessidade essa que precisa ser provada de maneira conclusiva, ou seja, com base em algum dos limites expressamente reconhecidos no segundo parágrafo do art. 10[435] da Convenção Europeia de Direitos do Homem.[436] Esse artigo, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, tem de ser interpretado de forma restrita, devendo ser proporcional ao objetivo pretendido, pois assim exige uma sociedade democrática.

Sob esse aspecto, na sentença proferida no caso *Fressoz y Roire*, de 21 de janeiro de 1999, determinou a Corte Europeia que:

> 1. A liberdade de expressão constitui um dos pilares fundamentais de uma sociedade democrática [...]
> 2. A imprensa joga em um papel decisivo em uma sociedade democrática, e, ainda não deve ultrapassar certos limites [...] sua função é difundir – de maneira coerente com seus deveres e obrigações – informações e ideias em todos os temas que sejam de interesse público [...].
> 3. Como princípio geral, a 'necessidade' de qualquer ingerência na liberdade de expressão tem de ser estabelecida de modo conclusivo [...] As autoridades nacionais gozam de uma certa margem de apreciação em sua consideração sobre se existe uma 'necessidade social' para a restrição [...]. A margem nacional de apreciação se encontra sujeita ao interesse de uma sociedade democrática em manter uma imprensa livre (parágrafo 45).

Em outro caso, *Observer and Guardian v. The United Kingdom*[437], julgado pelo Plenário da Corte Europeia de Direitos do Homem, ficou consignado que:

> A proteção conferida pelo artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é essencial; esta foi sempre a abordagem do Tribunal Europeu nos seus acórdãos: Sunday Times I, Barthold, Lingens.
> A defesa da democracia não pode ser alcançada sem liberdade de expressão. Os países da Europa Oriental que têm jogado fora o jugo do Estado totalitário entenderam bem isso. O Tribunal Europeu, através de todas as suas anteriores decisões, demonstrou o seu apego à proteção da liberdade de expressão e da prioridade que é conferida a esse direito fundamental.

---

[435] 1- Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2- O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção de honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial.

[436] BAS, *op. cit.*, p. 164 et seq.

[437] Julgado em 24 de outubro de 1991, pelo Plenário da Corte.

Na mesma direção, no caso *Handyside*[438], a Corte afirmou que a garantia da liberdade de expressão era primeiramente entendida pra proteger a disseminação de ideias políticas. Posteriormente, no caso *Sunday Times v. United Kingdom*[439], essa mesma Corte declarou que a restrição a ser feita à liberdade de expressão dependeria do interesse público envolvido, sendo mais restrita a margem de restrição em casos que envolvessem interesses públicos ou políticos.

Nesse caso, a Corte entendeu que o exercício da liberdade de expressão se insere dentro da expressão "político" em sentido amplo e certamente envolvia a discussão de uma matéria de interesse público. A Corte expressou sua hostilidade à lei inglesa que proibia, de forma absoluta, qualquer publicação capaz de prejudicar o mérito de uma ação próxima a ser julgada (lei de *contempt*). Se restrições à liberdade de expressão são "necessárias numa sociedade democrática", por outro lado, essas restrições somente podem ser determinadas à luz de todas as circunstâncias do caso concreto, não podendo ser previstas em abstrato. Nesse processo concreto de sopesamento, terão que ser considerados a importância ou relevância do interesse público e o grau de risco da liberdade de expressão.[440]

Em outro caso, a Corte de Estrasburgo, confirmando a preferência da liberdade de expressão quando relacionada com matéria de interesse público, de interesse geral ou de interesse político, declarou que, se a liberdade de expressão é preciosa para todos, ela o é particularmente para os partidos políticos e os seus membros ativos, uma vez que eles representam os seus eleitores, assinalam as suas preocupações e defendem seus interesses. Por isso, segundo o TEDH, as ingerências na liberdade de expressão de um homem político, membro de um partido da oposição, impõem um controle dos mais estritos.[441]

Um grande número de casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos teve por objeto a atuação dos poderes públicos, analisando a liberdade de expressão em relação a críticas a cargos públicos[442], em relação a determinadas instituições do Estado (Executivo[443],

---

[438] (1976) EHRR 737.

[439] (1979) EHRR 245. O caso retrata a situação de um jornal inglês, o *Sunday Times*, que pretendia publicar um artigo sobre fatos relacionados com um julgamento em curso, estabelecendo a responsabilidade do fabricante e vendedor de um medicamento (talidomida) que, tomado por mulheres grávidas, provocou malformação nos filhos. Os tribunais ingleses interditaram a publicação por *contempt of Court*, na medida em que a publicação poderia prejudicar o julgamento, inclusive dificultando as negociações para um acordo amigável. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que houve, no caso, violação do art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem naquela interdição, uma vez que o jornalista tinha o direito de informar o público e era-lhe difícil falar do acontecimento sem fazer referência ao problema da responsabilidade que constituía o seu aspecto fundamental.

[440] BARENDT, *op. cit.*, p. 159.

[441] Acórdão Incal, de 9 de junho de 1998, R 98, § 46.

[442] SsTEDH Lingens de 8 de julho de 1986; Oberschlick de 23 de maio de 1991; Schwabe de 28 de agosto de 1992.

[443] SsTEDH Castells 23 de abril de 1992 e Piermont de 27 de março de 1995.

Judiciário[444], Exército[445], Forças de Segurança[446]), a assuntos *sub judice*[447] ou sobre as atividades de serviços secretos de segurança.[448]

Outros julgados trataram de questões de indubitável interesse público, tais como: a educação sexual dos jovens[449], o início de movimentos racistas e xenófobos[450], a violência praticada por terroristas[451], opiniões de políticos sobre questões de interesse público, especialmente em campanha eleitoral.[452]

Em todos esses casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos colocou em destaque que a liberdade de expressão e informação alcança seu objetivo quando é exercida relacionada a esses tipos de assunto, temas essenciais para um sistema democrático, sistema esse que exige uma sociedade informada.[453]

No caso *Thorgeir Thorgeirson*, julgado em 25 de junho de 1992, a Corte Europeia entendeu que não há razão para distinguir entre o debate político e o debate sobre qualquer outra questão de interesse público na hora de analisar as restrições ao exercício das liberdades de informação e expressão. Todavia, da análise da jurisprudência do próprio tribunal se deduz que nem todas as questões de interesse público gozam de igual tratamento. Por exemplo, os limites da crítica admissível são mais amplos quando a crítica é relacionada ao Governo do que quando relacionada a um particular ou até mesmo a um político.[454] Desta forma, pode-se observar que as margens da crítica no âmbito do debate político *stricto sensu* são mais amplas que, por exemplo, a crítica à atuação do Poder Judiciário.[455]

Em conclusão, podemos afirmar que, embora a liberdade de expressão e de informação goze de uma proteção maior quando relacionada a questões de interesse geral, a amplitude da proteção a esse direito fundamental, nesses casos, pode variar em sua extensão. Dependendo do órgão sobre o qual se opina, fica estabelecido o limite que entra em jogo, o

---

[444] SsTEDH Barfod de 22 de fevereiro de 1989; Prager et Oberschlick de 16 de março de 1995; De Haes et Gijsels de 24 de fevereiro de 1997.
[445] SsTEDH Engels de 8 de junho de 1976; Hadjianastassiou de 16 de dezembro de 1992; o Gigioriades de 25 de novembro de 1997.
[446] SsTEDH Thorgeir Thorgeiron de 25 de julho de 1992.
[447] SsTEDH STEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979, Weber de 22 de maio de 1990 e Worm de 29 de agosto de 1997.
[448] SsTEDH Sunday Times de 26 de novembro de 1991, Observer et Guardian de 26 de novembro de 1991 e Vereninging Weekblad Bluf de 9 de fevereiro de 1995.
[449] STEDH Handyside de 7 de dezembro de 1976.
[450] STEDH Jersild de 23 de setembro de 1994.
[451] STEDH Zana de 25 de novembro de 1997.
[452] STEDH Bowman de 19 de fevereiro de 1998.
[453] BAS, *op. cit.*, p. 165.
[454] Isso ficou expresso na Sentença proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Castells, julgado em 23 de abril de 1992.
[455] Vide, a título de exemplo Ss TEDH Barfod, de 22 de fevereiro de 1989 e Worm, de 29 de agosto de 1997.

que repercute, além disso, em uma maior ou menor amplitude da margem de apreciação das autoridades nacionais para apreciar a necessidade de ingerência.[456]

Na Inglaterra, também prevalece o entendimento no sentido de elevar a liberdade de expressão e informação à categoria de um direito fundamental preferencial quando esse direito estiver relacionado a assuntos de interesse geral[457], de interesse público ou de interesse político.

No caso *Derbyshire County Council v. Times Newspapers*[458], a Câmara dos Lordes (*House of Lords)*[459] declarou que a autoridade pública (o *Derbyshire Council*) não poderia ajuizar uma ação por difamação contra alguém em razão de crítica feita a um de seus oficiais, mesmo se a crítica fosse feita por um ato malicioso de alguém, uma vez que a responsabilidade do governo proibia qualquer ação desse tipo. O *Lord* Keith disse que o governo democraticamente eleito deveria estar aberto a uma desinibida e robusta crítica pública.

Em outro caso, *R. v. BBC*[460], a *Court of Appeal* concedeu forte proteção à "expressão política" e "ao livre debate político", quando assegurou como ilegal a recusa da BBC, uma empresa de mídia, em transmitir uma eleição parcial da *ProLife Alliance* com a argumentação de que (i) o conteúdo dessa programação, que exibia repetidamente a mutilação de um feto, ofenderia o princípio do bom gosto e da decência e (ii) de que a BBC e a autoridade independente que controla a mídia são necessárias para assegurar que ninguém inclua na programação algo que possa ofender o bom gosto ou a decência ou que seja ofensivo ao sentimento do público.[461] A Corte de Apelação assegurou que esta regra não deveria ser aplicada, uma vez que poderia permitir à BBC censurar programas de mídia, programas esses que materializam um importante exercício da liberdade de expressão. Embora a *House of Lords*, em grau de recurso, tenha julgado a apelação da BBC favorável, declarando que o

---

[456] A respeito, Alexandre H. Català I. Bas traz vários exemplos objetivando demonstrar o que foi afirmado. BAS, *op. cit.*, p. 167 et seq.

[457] Interessante destacar que as autoridades inglesas limitam este privilégio somente aos casos de interesse geral e não aos de simples interesse local. Neste sentido, torna-se necessário consultar os casos *Purcell versus Lawler*, L. R. 1 C. P. D. 481, *Gasset versus Glbert*, 6 Gray (Mass), 94; e, a seguinte obra: COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América.* Tradução e anotação de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002. p. 271.

[458] [1993] A.C. 534. Esse caso é analisado nas seguintes obras: BARENDT, *op. cit.*, p. 160; WEAVER, Russell L.; PARTLETT, David F. Defamation, Free Speech, and Democratic Governance. *Law Review* New York Law School, p. 72.

[459] A Câmara dos Lordes (*House of Lords*) e o Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*) apreciam, normalmente, questões de direito, sendo as questões de fato apreciadas por outros tribunais. A *House of Lords* aprecia questões de direito em recursos da *Court of Appeal*, da *High Court* e dos Tribunais da Escócia e Irlanda do Norte. A *Court of Appeal* é um tribunal de recurso, constituído por duas seções: a) *Criminal Division* (presidida pelo *Lord Chief Justice*), que aprecia recursos do *Crown Court*; e, b) *Civil Division* (presidida pelo *Master of the Rolls*), que aprecia recursos do *High Court, County Courts* e *Tribunals*. A respeito do tema, torna-se interessante consultar: DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17 et seq.

[460] [2004] 1 A.C. 185.

[461] Essa regra era imposta para a BBC Charter e para a ITC pelo *Broadcasting Act* de 1990.

Parlamento (no caso a BBC e o governo, esse pela Royal Charter) já havia decidido que a autoridade responsável pelo controle de radiofusão deveria sopesar a liberdade de expressão e a proteção dos expectadores, a decisão da Câmara dos Lordes não analisou a importância da expressão política.[462]

Entretanto, em um dos votos dissidentes desse julgado, *Lord* Hoffmann afirmou que a legislação sobre *broadcasting* deveria ser construída de forma a não interferir na liberdade de expressão política. O princípio do bom gosto e da decência, afirmou o juiz, podem tranquilamente ser aplicados para proibirem matérias que veiculam materiais pornográficos ou violência gratuita, não se aplicando no caso de expressões políticas.[463]

Em outro julgado, no caso *Campbell v. MGN*[464], a Câmara dos Lordes também apreciou a importância da liberdade de expressão quando relacionada à expressão política. Aqui a Câmara assegurou, por uma maioria de 3 a 2, o direito da supermodelo Naomi Campbell reter detalhes de sua terapia nos Narcóticos Anônimos aos órgãos de imprensa.

A *Daily Mirror* teria infringido, segundo a Corte, o direito de privacidade da modelo ao publicar informações a respeito de seu tratamento e uma foto sua saindo de um dos encontros nos NA. Segundo a maioria da Corte, publicações desse tipo não mereciam uma forte proteção da liberdade de expressão. A *Baroness* Hale foi muito clara em seu voto ao afirmar que expressões políticas em particular, mas também expressões intelectuais, educacionais e artísticas, são importantes por serem cruciais para uma democracia ou uma sociedade dinâmica que valoriza originariamente o indivíduo e seu desenvolvimento, mas informações a respeito de detalhes da vida privada de celebridades não se inserem nesse tipo de informação. Dessa forma, a liberdade de expressão no caso não estaria intitulada com muito peso ao ser sopesada com o direito à vida privada da modelo.

Em um caso que envolvia uma criança, caso *S (a criança)*[465], a Corte considerou que a divulgação do nome e a publicação da foto de uma mulher acusada de matar seu próprio filho de oito anos de idade, apesar de poder causar um adicional dano à saúde psicológica e ao bem-estar da criança vítima do crime, não autorizaria uma restrição à liberdade de expressão, uma vez que a liberdade de expressão é essencial para informar processos criminais, além de leitores terem pouco interesse em reportagens que não revelam a identidade do acusado.

O Tribunal Constitucional da Espanha, em várias ocasiões, tem considerado que o direito fundamental à liberdade de expressão e informação (direito previsto no art. 20.1 *a* e *d*,

---

[462] BARENDT, *op. cit.*, p. 161.
[463] *Ibidem*, p. 47.
[464] *Idem.* [2004] 2 AC 457.
[465] *Idem.* [2004] 4 All ER 683.

da Constituição Espanhola de 1978) significa "[...] o reconhecimento e a garantia de uma instituição política fundamental, que é a opinião pública livre, indissoluvelmente ligada ao pluralismo político, que é um valor fundamental e um requisito do funcionamento do Estado democrático". Segundo essa Corte, "[...] o artigo 20 defende a liberdade na formação e no desenvolvimento da opinião pública, pois a liberdade para expressar as ideias e os pensamentos e a difusão de notícias são premissas necessárias da opinião pública livre."[466]

Sem a liberdade de expressão, diz o Tribunal Constitucional da Espanha, princípio básico para a ordem democrática, "[...] permaneceriam reduzidas as formas de instituições representativas e absolutamente falseado o princípio da legitimidade democrática."[467]

Em razão de considerar a liberdade de expressão e informação como eixo central para a formação de uma opinião pública livre e, portanto, base de um sistema democrático, "[...] outorga às expressas liberdades um valor de direito prevalente sobre os direitos de personalidade garantidos pelo art. 18.1 da Constituição em que não concorre essa dimensão de garantia da opinião pública livre e do princípio da legitimidade democrática."[468]

Assim, é que o Tribunal Constitucional tem declarado que as liberdades do art. 20 gozam de "uma valoração que transcende a que é comum e própria de todos os direitos fundamentais[469], motivo pelo qual dito preceito ocupa uma "posición preferencial"[470], ou seja, supõe um "valor de liberdade preferente" sobre outros direitos, valor que alcança seu máximo nível quando se trata de liberdade de informação e esta se exerce por profissionais através do veículo institucionalizado de formação da opinião pública, que é a imprensa.[471]

Com esse propósito, afirma Echavarria que:

> Em qualquer caso, talvez mais observações e mais críticas podem se dirigir ao que poderíamos chamar de argumento institucional, utilizado pelo Tribunal para atribuir uma posição prevalente à liberdade de expressão em relação a outros direitos. A prevalência da liberdade de expressão pode afirmar-se em razão de seu plus institucional ou em razão de uma

---

[466] Sentenças 12/1988, de 31 de março, e 15/1990, de fevereiro. Neste sentido, destacando-se as decisões mencionadas, veja-se: CARMONA SALGADO, Libertad... *op. cit.*, p. 19.

[467] Sentença 6/1981.

[468] STC 172/1990. Neste sentido, veja-se: MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Tercera Edición. Madrid: Tecnos. 1998, p. 320.

[469] Sentença 104/1986, de 17 de julho.

[470] Sentença 6/1981, de 16 de março.

[471] Sentença 165/1987, de 27 de outubro.
Na Espanha, nem sempre o direito fundamental à liberdade de expressão e informação foi considerado um direito fundamental preferencial. Em certo momento, o Tribunal Constitucional entendia que, se a liberdade de expressão fosse exercida a ponto de ofender a honra, deveria ser aplicado automaticamente o Código Penal, prevalecendo o direito à honra. Em outro momento, o Tribunal Constitucional da Espanha iniciou um trabalho jurisprudencial de delimitação de dois grupos de direitos fundamentais: liberdade de expressão e informação de um lado e, de outro, o direito à honra, à intimidade e à imagem, consagrando a ponderação como método adequado para solucionar eventual conflito entre esses direitos (Sentença nº 104/86). A respeito do assunto, torna-se interessante consultar a seguinte obra: FERRIZ, *op. cit.*, p. 102.
ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional em matéria de libertad de expresion. *Revista de Estúdios Políticos*, Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, n. 77, p. 243, jul./sep. 1992.

> dimensão a mais, de forma que, subtraindo o advérbio institucional em relação a outros direitos, o que não obstante não se pode dizer que carecem desta dimensão, ainda que a mesma possa ser inferior à liberdade de expressão em razão da indubitável relevância política desta.
> De modo que há de se insistir que a solução dos problemas de colisão entre direitos tem que levar em consideração a imprescindibilidade de todos os direitos fundamentais em uma sociedade livre, pois, transcendendo a compreensão a respeito que todos os direitos fundamentais, e não só a liberdade de expressão, têm uma dimensão institucional e todos são, para utilizar a expressão de Häberle, 'elementos funcionais da democracia', reclamando necessariamente vigência efetiva no Estado de Direito.[472]

Na Itália, a Corte Constitucional Italiana (*Corte Constituzionale*) tem sublinhado que o reconhecimento da liberdade de manifestação de pensamento, direito fundamental previsto no artigo 21 de sua Constituição[473], caracteriza o regime vigente do Estado (isto é, a forma de Estado), constituindo, portanto, a "pedra angular" e o "principal" do regime democrático garantido pela Constituição.[474]

Sob esse embasamento teórico, todavia, a Corte Constitucional e o Judiciário como um todo não consideram a liberdade de expressão e pensamento um direito fundamental hierarquicamente superior, considerando, assim, que a solução, no caso de conflito entre a liberdade de expressão e outro direito fundamental, deverá surgir com a aplicação do princípio da ponderação, com o balanceamento dos bens em conflito.[475]

Mas, ao realizar a devida ponderação, a jurisprudência italiana em geral tem concedido maior peso à liberdade de expressão quando esse direito fundamental se refere a assuntos de interesse público ou a informações socialmente relevantes (por exemplo: corrupção de um político, a desonestidade de um empreendedor, a falta de preparo técnico de um médico ou de um advogado), ficando ao critério discricionário do magistrado o entendimento a respeito de se determinado fato se caracteriza ou não como um assunto de interesse público ou de interesse social. [476]

---

[472] *Ibidem*, p. 247.
[473] "Art. 21. Todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento, mediante forma oral ou escrita, e qualquer outro meio de difusão.
A imprensa não pode ser sujeita a autorizações ou censuras.
Pode-se proceder ao seqüestro somente por determinação da autoridade judiciária em caso de delitos, para os quais a lei de imprensa o autorize expressamente, ou em caso de violação das normas que a própria lei estabeleça para a indicação dos responsáveis.
Em tais casos, quando houver absoluta urgência e não for possível a oportuna intervenção da autoridade judiciária, devem, imediatamente e nunca além de vinte e quatro horas, apresentar denúncia à autoridade judiciária.
Se esta não o aprovar nas vinte e quatro horas sucessivas, o seqüestro entender-se-á revogado e nulo para todos os efeitos.
A Lei pode impor, mediante normas de caráter geral, que sejam revelados os meios de financiamento da imprensa periódica.
São proibidas as publicações impressas, os espetáculos de todas as demais manifestações contrárias ao bom costume. A lei estabelece medidas adequadas para prevenir e reprimir as violações."
[474] PACE, *op. cit.*, p. 388.
[475] MAZZÀ, Paolo. Diritto Dell´Informazione. Roma:Gangemi Editore, [s.d.]. p. 15.
[476] PACE, o*p. cit.*, p. 403 et seq.

Em suma, apesar de a Corte Constitucional Italiana e a jurisprudência em geral reconhecerem a importância da liberdade de expressão para o regime democrático, não a consideram um direito fundamental hierarquicamente superior aos outros, solucionando eventuais conflitos com base na ponderação, momento em que não lhe é concedido um tratamento uniforme: se a liberdade de expressão se refere a assuntos de interesse público ou a matéria de interesse social, esse direito fundamental é colocado na balança com um peso maior do que em casos em que a liberdade de expressão faz referência a particularidades picantes da vida privada das pessoas.

Com base nesse entendimento é que os julgados têm considerado, por exemplo, que o direito fundamental à liberdade de expressão exclui o crime de difamação praticado por meio de imprensa quando o fato ofensivo à honra for narrado com base no direito de informar, direito esse presente desde que concorra às seguintes condições: 1) que a crônica jornalística ou a crítica sejam feitas no limite da verdade; 2) que, na exposição de fatos, a liberdade de expressão não seja exercida, só por si, de forma ofensiva; 3) que haja um interesse público na divulgação da informação.[477]

Analisada a tese da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*, é preciso identificar agora como essa preferência *prima facie* da liberdade de expressão se consubstancia concretamente em alguns ordenamentos jurídicos. É o que se passa a analisar.

[477] *Ibidem*, p. 403. Nesta obra o autor cita várias decisões da Corte Constitucional na mesma direção. Aqui, podemos citar também as seguintes decisões: Corte Constitucional da Itália, sentença n. 175/1971, 103/1973, 86/1974, entre outras.

4 AS MANEIRAS DE CONSUBSTANCIAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL *PRIMA FACIE* NOS ESTADOS UNIDOS, INGLATERRA E AUSTRÁLIA

4.1 **Introdução**

Foram demonstradas, no Capítulo anterior, as formas de solucionar eventuais conflitos entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de personalidade, com amplo destaque conferido ao tratamento dado ao tema pelo Direito norte-americano.

Se a liberdade de expressão nos Estados Unidos é considerada um direito fundamental tão importante a ponto de ser conferido a ela o adjetivo de direito fundamental preferencial *prima facie*, resta-nos agora entender como essa preferência se consubstancia em alguns ordenamentos jurídicos que acolhem esse entendimento (essa premissa), sempre com o objetivo final de identificar se essa tese poderá ser aplicada (e como) no Direito Brasileiro.

4.2 **Algumas importantes formas de consubstanciar a tese da preferência *prima facie* da liberdade de expressão**

4.2.1 A doutrina norte-americana da *acutal malice*

Em verdade, como já visto preliminarmente, o tratamento dado à liberdade de expressão nos EUA não é homogêneo. Diferencia-se de acordo com o teor da matéria publicada, a natureza do cargo ocupado pela pessoa atingida pela manifestação da liberdade de expressão e a posição ocupada por essa pessoa na sociedade.

Até os anos 60, nos julgados proferidos pelas Cortes Norte-Americanas predominava o entendimento no sentido de que a liberdade de expressão não tutelava expressões difamatórias, ofensivas à honra de uma pessoa. No caso *Chaplinsky v. State of New*

Hampshire[478]*, por exemplo,* caso esse julgado em 1942, entendeu a Suprema Corte dos EUA que expressões consideradas ofensivas à honra não estariam abraçadas pela Primeira Emenda da Constituição Americana em razão de esse tipo de expressão "[...] não ser parte essencial na exposição de ideias[...]"[479] ou, conforme entendeu em outro julgado semelhante (*Beauharnais v. Illinois*[480]), uma década mais tarde (1952), esse tipo de expressão não está inserido "[...] dentro da área tutelada pela liberdade de expressão"[481].

Nesse último caso, a Suprema Corte confirmou a validade do estatuto de Illinois para condenar Joseph Beauharnais, líder de um grupo de supremacia branca chamado *White Circle Leage* seguido como exemplo por vários racistas durante uma época de intenso conflito racial em Chicaco, por distribuir folhetos contra os negros e pedir contribuições financeiras para a sua organização.

O Estatuto de Illionois considerava como conduta criminosa a venda ou distribuição de publicações que descrevessem depravações, criminalidades, lascívia, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos, em razão de raça, cor, credo ou religião, ou que expusesse os cidadãos de uma raça, cor, credo ou religião ao desprezo, escárnio ou desonra, ou que produzisse repulsa na paz ou causasse tumulto.

A Suprema Corte confirmou nesse último caso, por cinco votos contra quatro, o que já havia expressado no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* sobre "*fighting words*", considerando-as como fora do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão por considerá-las subentendidas na expressão "*clear and present danger*", estando as expressões ofensivas, desta forma, inseridas dentro dessa mesma classe. [482]

---

[478] 315 U.S. 568 (1942). Pode ser resumido da seguinte forma: no curso de proselitismo na rua, o pregador Chaplinsky, uma Testemunha de Jeová, denunciou organizada religião. Apesar de o delegado de polícia da cidade adverti-lo para "pegar mais leve" porque seus ouvintes estavam desconcertados com seus ataques sobre religião, o pregador continuava a discursar e a confusão ocorreu. Neste instante, um policial prendeu o pregador e o levou para o distrito policial. Enquanto o pregador estava sendo levado para o distrito policial, ele encontrou novamente o delegado de polícia que o teria advertido e, então, disse ao delegado: "você está condenado ao inferno, seu extorsionário", além de chamar o delegado e os demais de fascistas. Foi então o pregador condenado por violar um estatuto estadual que proibia qualquer pessoa de expressar "qualquer ofensa, palavras irônicas ou ofensivas a pessoas em locais públicos".

[479] Parte do julgado elaborado pelo juiz Frank Murphy J. no citado julgamento. Esse caso vem descrito com riqueza de detalhes em: SHIFFRIN; CHOPER, *op. cit.*, p. 136.

[480] 343 US 250 (1952).

[481] Caso *Beauharnais v. Illinois*. 343 U.S. 250 (1952). Cf. O´NEIL, *op. cit.*, p. 21. BARRON; DIENES, *op. cit.*, p. 138.

[482] O'NEIL, *op. cit.*, p. 21.
Votando vencido, disse o Juiz Black: "A experiência estadual de coibir a liberdade de expressão é doutrina surpreendente e assustadora num país dedicado, pelo seu povo, ao autogoverno." Também vencido, afirmou Jackson: "[...] a punição da palavra impressa, baseada na sua tendência seja a causar perturbação da ordem, seja a injuriar pessoas ou grupos, só se justifica, na minha opinião, quando a acusação sobrevive ao teste do perigo evidente e atual. Este é o *standard* mais justo e mais prático até hoje desenvolvido para determinar a criminalidade de palavras cujas tendências injuriosas ou incitadoras de desordem não são demonstradas pelos acontecimentos, mas decorrem de probabilidades [...] Neste caso, nem o tribunal recorrido, nem o júri, encontraram, nem foi alegada, qualquer injúria a qualquer pessoa ou grupo, ou perturbação da paz pública, nem encontraram, sequer, qualquer probabilidade, já deixando de lado qualquer perigo evidente e atual de injúria a qualquer destes. Neste caso não se alegou nem provou qualquer violência ou injúria

Segundo o Juiz responsável pelo voto majoritário[483] da Corte, *Justice* Frankfurter, o Estatuto de Illinois é válido tendo em vista que:

> Ninguém irá negar que é difamatório dirigir-se falsamente a outra pessoa para chamá-la de estuprador, ladrão ou usuário de maconha. A questão mais precisa que nos antecede, todavia, é questionar se a 14ª Emenda obsta um Estado de punir tal difamação se a expressão injuriosa é direcionada a um grupo de indivíduos. Ora, se uma expressão dirigida a um indivíduo pode ser objeto de sanção criminal, nós não podemos negar o poder do Estado de punir algumas expressões direcionadas a um grupo definido de pessoas, a menos que nós possamos dizer que isto é uma obstinada e despropositada restrição não relacionada à paz e ao bem-estar do Estado[...] [e conclui que] declarações difamatórias não estão inseridas dentro da área de proteção constitucional da liberdade de expressão [...].

Essa diretriz seguida pela Suprema Corte só foi modificada em 1964, com o julgamento do caso *New York Times v.Sullivan*. Nesse julgado, a Suprema Corte dos EUA reconheceu que a liberdade de expressão constitui um dos elementos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais de seu progresso e do desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, tornando-se necessário reconhecê-la inclusive quando seu exercício provoca choque ou inquietude, já que isso é uma exigência do pluralismo, da tolerância e do espírito aberto, sem os quais não é possível a existência de uma sociedade democrática.

O caso paradigmático citado acima retrata uma ação proposta por um funcionário público (*Sullivan*), comissário de polícia, em face do *New York Times* e quatro pastores negros do Alabama por alegadas declarações difamatórias veiculadas no citado jornal, reportagem essa assinada por um "Comitê para defender Martin Luther King e a luta pela liberdade no Sul". O anúncio declarava que "o caminhão da polícia armada com espingardas e gás lacrimejante cercou o campus da Faculdade Estadual do Alabama", em Montgomery, e que "os infratores bombardearam a casa do Dr. King, atacaram a sua pessoa e o prenderam". Em muitos aspectos, as declarações não eram verdadeiras. Várias testemunhas afirmaram que entenderam que as declarações se referiam a Sullivan porque ele supervisionava a polícia de Montgomery. Sullivan provou que ele não participou dos eventos descritos.

Pela lei do Alabama, se a difamação, por si só, foi estabelecida, o acusado não teria defesa quanto aos fatos declarados, a menos que ele persuadisse o júri a respeito da veracidade dos fatos em todas as suas circunstâncias particulares. Por sua vez, o privilégio de

---

específica. O folheto foi considerado punível como libelo criminal por si, independentemente de suas consequências atuais ou prováveis."

[483] Manifestando opiniões discordantes do voto majoritário, manifestaram os juízes Black, Douglas, Reed e Jackson. Para os juízes Black e Douglas, o estatuto de Illinois era inválido porque já era constitucionalmente reconhecido que só se podia punir a difamação quando a mesma fosse direcionada a indivíduos, não quando fosse direcionada a grupos enormes de pessoas.

fair comment para expressões de opinião dependeriam de uma premissa: a veracidade dos fatos sobre os quais o comentário está baseado.[484]

Assim, em primeiro grau, os réus foram condenados a pagar uma indenização de meio milhão de dólares ao comissário de polícia. A Suprema Corte, todavia, entre outras afirmações que firmaram padrões, considerou, através do juiz William J. Brennan Jr, que "[...] uma regra compelindo a crítica da conduta oficial à garantia da verdade de todas as suas afirmações factuais conduz a uma comparável 'auto-censura'". E acrescentou o magistrado que:

> [...] a concessão da defesa da verdade, com o ônus de prová-la sobre o acusado, não significa que apenas o discurso falso será dissuadido. Sob tal regra, supostos críticos da conduta oficial podem ser dissuadidos de expressar sua crítica, mesmo que se acredite que seja verdadeira e mesmo que seja verdadeira de fato, por causa da dúvida se ela pode ou não ser provada no Tribunal ou em razão do receito do custo de ter de prová-la. Eles tendem a fazer somente declarações 'que os mantenha o mais longe da zona ilegal'. A regra assim amortece o vigor e limita a variedade do debate público.

Com esse e outros argumentos importantes a Corte, então, modificou o teor do julgado.

Para William J. Brennan Jr, o debate sobre publicações relacionadas com matérias de interesse público deveriam ser desinibidos, robustos e amplamente abertos, podendo inclusive conter veementes e algumas vezes desagradáveis ataques ao governo e seus servidores, tornando-se a *Sedition Act de 1798*[485]*, para ele,* inválida se analisada diante de todo um compasso histórico[486] uma vez que violava o significado central da Primeira Emenda.[487]

Assim, apesar de algumas afirmações veiculadas pelo *New York Times*, naquele caso, não serem verdadeiras, estabeleceu a Suprema Corte que uma imputação falsa feita a um funcionário público deve, em regra, gozar de proteção, salvo se ficar evidenciado que a informação falsa foi difundida com conhecimento de sua real ou provável[488] falsidade (*knowledge of falsity)* ou com temerário desinteresse a respeito de se a dita informação era

---

[484] Para a *common law* de difamação, provar a veracidade das declarações é uma das mais eficazes formas de defesa, falando-se aqui em *Justification*. Para os casos em que são veiculadas apenas opiniões (e não fatos), o acusado de difamação, em defesa, pode tentar provar que sua opinião refere-se a uma matéria de interesse público, que sua opinião é honesta e não é decorrente de malícia, apresentando-se aqui o *fair comment*.

[485] O *Sedition Act* foi a primeira lei federal de imprensa e incriminava toda publicação que viesse a produzir matérias "falsas, escandalosas ou maliciosas" em face de membros do Congresso ou do Presidente.

[486] BARRON; DIENES, *op. cit*., p. 139.

[487] EMERSON, The system... *op. cit.*, p. 100.

[488] Configura-se o conhecimento da provável falsidade quando o agente publica a informação com sérias dúvidas a respeito de sua veracidade. Se o editor tinha algumas informações que se inclinavam a mostrar que o material que ele tinha para publicar era falso, então ele teve sérias dúvidas (*serious doubts*) sobre a veracidade deste material.

verdadeira ou não (*reckless*[489] *disregard of whether it was false or not*). Nesses casos, os funcionários públicos devem provar a ocorrência dessas situações quando demandarem por difamação contra os meios de comunicação social, sendo conhecido esse *standard* como doutrina da *actual malice*[490], doutrina essa desenvolvida em sede de responsabilidade civil e posteriormente acolhida na âmbito do Direito Penal.[491]

Ou seja, conforme ensina Jónatas Machado a respeito dessa doutrina,

> [...] para ganhar uma acção de responsabilidade civil ou penal por difamação, um titular de um cargo político teria de provar, não apenas a falsidade das imputações, mas também o conhecimento da mesma pelo jornalista ou, para um entendimento menos restritivo, a negligência grosseira deste na averiguação. Este caso tem, assim, a virtualidade de fazer impender sobre o lesado o ônus de provar que as declarações são falsas e que foram proferidas dolosamente, de acordo com a regra geral da presunção da inocência do arguido, em vez de exigir do arguido prova a *exceptio veritatis* e da existência de um interesse legítimo.[492]

Segundo outro juiz participante do julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, *Justice* Black,

> [...] esta nação [...] pode viver em paz sem processos de difamação baseados em discussões públicas e funcionários públicos. Mas eu duvido que um país possa viver sem liberdade onde seu povo pode ser levado a sofrer física ou financeiramente por criticar seu governo, suas ações ou seus funcionários.

Eis aí, portanto, um parâmetro objetivo capaz de direcionar o julgador em casos envolvendo a liberdade de expressão: se a matéria publicada falsamente se relacionar com temas ligados a condutas praticadas por servidores públicos, a pessoa atingida negativamente

---

[489] A expressão *reckless disregard* é mais do que uma simples negligência, representando uma irresponsabilidade excessiva tão grave que equivale ao conhecimento da falsidade. Cf. HOPKINS, W. Wat. *Actual Malice. Twenty-five years after Times v. Sullivan*. New York: Praeger, 1989. p. 135.

[490] "Malícia", no contexto da doutrina da *actual malice*, tem um significado técnico diverso do significado que "malícia" tem no nosso linguajar natural. Na linguagem comum, malícia signfica animosidade pessoal. No contexto técnico-jurídico *actual malice* significa que os meios de comunicação informam: a) com conhecimento de que a informação é falsa; ou, b) com uma temerária despreocupação acerca de sua veracidade ou falsidade (*reckless disregard*). A respeito do tema vale a pena conferir a seguinte obra: FARBER, *op. cit.*, p. 91. Essa diretriz da *actual malice* também foi seguida pela Suprema Corte em julgamentos posteriores, tornando-se necessário destacar aqui dois casos: *Garrison v. Louisiana (1964)* e *Rosenblatt v. Baer (1966)* Neste último caso, a Suprema Corte sugeriu que a doutrina da *actual malice* poderia ser aplicar ao supervisor de uma estação de esqui, afirmando que esse *standard* se aplica àqueles que, para o público, parecem ter responsabilidade substancial ou controle sobre a conduta dos assuntos do governo. Naquele outro caso, o julgado introduziu uma importante mudança no significado de malícia. Na lei da Louisiana, que adotou a *common law of libel*, malícia era definida para significar "[...] aversão, desgosto ou animosidade ou um injustificado desejo para difamar". Essa definição poderia ser consistente com a verdade, embora o padrão da *actual malice* estabelecido no caso *Times* passasse a requerer uma demonstração de indiferença com a verdade. A respeito, recomenda-se a leitura de: EMERSON, The system... *op. cit.*, p. 524-5; DRY, *op. cit.*, p. 170.

[491] A respeito, confira *Garrison v. Louisiana*, 379 US 64 (1964) e HOPKINS, *op. cit.*
No Brasil, a respeito da teoria da real malícia vale a pena conferir os ensinamentos de: GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2002. p. 140 et seq.

[492] MACHADO, J., *op. cit*, p. 808. Conferir ainda: BADENI, Gregorio. *Doctrina de la real malicia*. Madrid: La Ley, 1997-B; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. *Libertad de prensa y derecho al honor. Repercusiones dogmático-penales de la doctrina constitucional de la "real malicia"*. Córdoba: Alveroni, 1999; VENTURA, Adrián. *Um fallo fundamental*. Diario La Nacion, 15/11/1996.

pela reportagem, para conseguir êxito em uma ação que objetiva uma reparação (moral e material) por danos potencialmente provocados pela conduta ofensiva à honra, terá que provar a *actual malice* do meio de comunicação social.

Thomas M. Cooley, ao analisar o assunto, afirma que a crítica sobre funcionários públicos e candidatos a cargos públicos é mais ampla, pois:

> [...] quando alguém se apresenta candidato a um cargo público, põe voluntariamente em evidência as suas aptidões para o cargo, e todos quantos duvidam delas têm o direito de fazer sentir ao povo as suas dúvidas e exporem-lhe livremente as razões. Quando alguém ocupa um cargo público, então a margem que se abre é muito maior, porque o modo por que são desempenhados os seus deveres públicos se discute conjuntamente com as suas qualidades pessoais, o seu caráter e os seus hábitos, como pontos que interessam ao público. Todo cidadão pode falar livremente não só sobre o que sabe, mas também sobre aquilo que crê e suspeita, contanto que ao proceder assim somente tenha em vista o interesse público e não use de perfídia.[493]

Hoje também predomina o entendimento nas Cortes Americanas no sentido de que o padrão da *actual malice* se aplica não somente aos casos que envolvem funcionários públicos, mas também aos que envolvem figuras públicas[494] (pessoas famosas ou com notoriedade social)[495]. Na verdade, esse *standard* foi estabelecido pela Suprema Corte dos EUA em quatro julgados: a) *Rosemblatt v. U. Baer (1966)*[496]; b) *Time v. Hill* (1967)[497], c) *Curtis Publishing Co. v. Butts*; e, d) *Associated Press v. Walker*[498] (1967).[499]

O caso *Time v. Hill* diz respeito a um artigo publicado pela revista *Life* em 1955. Nesse artigo, tal revista identificou as personagens de uma peça teatral que mostrava as horas de angústia vividas pelos moradores de uma casa invadida por três criminosos fugitivos com os membros da família Hill, família essa que sofreu essa experiência dois anos e meio antes, quando então foi mantida refém por 19 horas. Por entender que a matéria publicada violava o direito à privacidade (*invasion of privacy*), a família Hill ajuizou uma ação indenizatória em face da mencionada revista. Essa ação foi julgada procedente pelo Tribunal de Apelação de

---

[493] COOLEY, *op. cit.*, p. 270.

[494] Nos casos (i) *Curtis Pub. Co. v Butts* e (ii) *Associeted Press v. Walker* (julgados em 1967), ficou estabelecido que as pessoas públicas, em razão de desempenharem um importante papel na ordem social e por terem pronto acesso aos meios de comunicação de massa para influenciar o público a reagir contra críticas feitas as suas atividades e opiniões, não estão no mesmo patamar de pessoas privadas no caso de sofrerem difamações, estando sujeitos, portanto, à regra estabelecida no caso *New York Times*.

[495] A respeito do tema, torna-se interessante consultar: SULLIVAN; GUNTHER, *op. cit.*, p. 78 et seq.

[496] 385 US 75, 1966. Esse foi o primeiro caso que ampliou o âmbito aplicativo da real malícia às figuras públicas (*public fiures*) ou sujeitos com poder de decisão em assuntos públicos, não necessariamente funcionários públicos.

[497] 385 US 374 (1967).

[498] Esses dois últimos casos foram decididos juntos. 338 US 130 (1967).

[499] Esse assunto não foi entendido de forma pacífica na Suprema Corte. Enquanto alguns juízes entenderam que o padrão da real malícia deveria ser aplicado nesses casos, destacando-se aqui o entendimento dos juízes Black e Douglas no caso *Times v. Sullivan*, outros juízes, Harlan, Clark, Stewart e Fortas (no caso *Butts* e *Walker*) defenderam um padrão um pouco menos rigoroso para os casos que envolvessem figuras públicas. Bastaria a figura pública provar um grosseira negligência (*highly unreasonable conduct*) para conseguir uma reparação no âmbito civil.

Nova Iorque, em julgado que se embasou numa lei local (de Nova Iorque) que garantia o direito à privacidade. A Suprema Corte dos EUA, em acórdão redigido pelo *Justice* Brennan, reformou a decisão recorrida, afirmando que não se podia reconhecer a responsabilidade civil da revista sem que ficasse provado que o periódico teria agido com dolo ou total desprezo pela verdade. Esse julgado acabou firmando, então, que o *standard* estabelecido no caso *Times* se aplicaria também a casos envolvendo figuras públicas.

Aqui, em casos envolvendo figuras públicas, a situação parece muito mais complexa. Apesar de ser fácil identificar casos que envolvem funcionários públicos[500], a mesma facilidade não existe para identificar alguns casos que envolvem figuras públicas, já que se trata de um conceito de difícil aplicação.[501] Para os casos que envolvem notáveis celebridades, não há dificuldade. Estão elas sujeitas ao padrão da *actual malice*. A dificuldade maior existe em relação às pessoas que se tornam conhecidas do público apenas por uma circunstância ocasional. Daí afirmar Jerome Barron que estabelecer um parâmetro objetivo para definir o que vem a ser uma pessoa pública tem sido mais difícil que "pregar uma água-viva na parede".[502]

No caso *Time, Inc. v. Firestone* (1976), por exemplo, relacionado a um procedimento de divórcio envolvendo uma das famílias industriais mais ricas da América e contendo testemunho relacionado a atividades sexuais adúlteras dos cônjuges, a Corte rejeitou o rótulo de figura pública à alta *socialite* envolvida nesse bizarro escândalo, embora as dificuldades conjugais de pessoas extremamente ricas possam ser do interesse de alguma porção do público leitor. Entendeu a Corte que nenhum elemento estava presente para considerar a pessoa como figura pública. Não existia, segundo o entendimento da Corte, "controvérsia pública", embora o divórcio pudesse ter um interesse público, nem sequer podia ser imposto ao caso (o divórcio) a questão da "voluntariedade" em atrair a atenção do público.[503]

Para o *Justice* Powell, da Suprema Corte dos EUA, na falta de clara evidência de fama geral ou notoriedade na comunidade e penetrante envolvimento nos assuntos da sociedade, uma pessoa não deveria ser considerada como uma personalidade pública para todos os aspectos de sua vida. É preferível, segundo ele, reduzir a questão da personalidade pública a

---

[500] No caso *Rosenblatt v. Baer*, 383 US 75 (1966), a Suprema Corte afirmou que o padrão estabelecido no julgamento do caso *Times* deveria ser aplicado a todos os 'funcionários públicos', designação aplicada (desde) o mais subalterno funcionário na hierarquia do governo ou o funcionário que aparecer para o público com substancial responsabilidade por controlar completamente os negócios do governo.

[501] Para Jónatas Machado, "[...] consideram-se figuras públicas os indivíduos que dentro de cada um desses subsistemas sociais emergem numa posição de especial protagonismo". Cf. MACHADO, J., *op. cit.*, p. 819.

[502] BARRON; DIENES, *op. cit.*, p. 149.

[503] *Idem*.

um contexto mais significativo considerando a natureza e a extensão da participação de uma pessoa em determinada controvérsia.[504]

Dois fatores já foram sedimentados como capazes de justificar um menor grau de proteção constitucional aos direitos das figuras públicas: (i) essas pessoas geralmente desfrutam um maior acesso aos meios de comunicação. Consequentemente teriam mais oportunidades para contestar eventuais declarações falsas que lhe são dirigidas. Ao contrário, pessoas que não têm esse status de reconhecimento público são mais vulneráveis à injúria, sendo, portanto, mais dignas de reparação[505] e, (ii) as figuras públicas, voluntariamente, aceitam correr o risco de concorrer a uma eleição ou a um concurso.[506]

O envolvimento voluntário em atividades que atraem a atenção pública, tais como, por exemplo, conduta criminal ou conduta antiética, frequentemente são suficientes para estabelecer o elemento da "voluntariedade" no entendimento dos tribunais.

A doutrina da *actual malice* tem sido aplicada também, além dos casos envolvendo funcionários públicos e figuras públicas, aos casos que envolvem pessoas privadas vinculadas a fatos de interesse geral.

O primeiro julgado nesse sentido foi *Rosenbloom v. Metromedia* (1971)[507], mas o grande marco para estabelecer esse padrão foi o julgamento do caso *Gertz v. Robert Welch, inc*, (1974)[508]. Essa decisão concluiu uma ação ajuizada por Elmer Gertz, um proeminente advogado de Illinois, em face do editor do jornal *American Opinion*, periódico que publicou um artigo inverídico afirmando que Gartz era o "arquiteto" da trama comunista que condenou um policial pela morte de um jovem chamado Nelson, pessoa cuja família Gertz representou nos procedimentos civis contra um policial de Chicago chamado Nuccio[509]. O artigo ainda afirmava, também de forma inverídica, que Gertz tinha antecedentes criminais e havia sido empregado numa organização chamada "communist-fronter". A manchete do jornal foi a seguinte: *"FRAME-UP: Richard Nuccio e a War on Police"*.[510] Na ação ajuizada por difamação havia evidências no sentido de que o editor do Jornal não sabia que a declaração veiculada no artigo era falsa, pois havia uma confiança dele na reputação do autor do artigo.

---

[504] Parte de seu voto no julgamento do caso *Gertz v. Robert Welch, Inc*.
[505] BARRON, *op. cit.*, p. 147.
[506] *Ibidem*, p. 146.
[507] 403 US 29 (1971).
[508] 418 US 323 (1974).
[509] Nuccio atirou e matou Nelson e foi condenado por homicídio de segundo grau.
[510] "A trama para culpar um inocente: Richard Nuccio e a Guerra Policial".

Assim, Welch arguiu em sua defesa que Gertz era uma figura pública e uma vez que ele (Welch) não sabia que a notícia era falsa, a Primeira Emenda o protegia com base no *standard* da *actual malice*.

A Corte Distrital primeiramente entendeu que Gertz não podia ser considerado como uma figura pública, motivo pelo qual tal *standard* não poderia ser aplicado ao caso. O caso foi a júri, que recompensou Gertz em 50 mil dólares. O juiz, em seguida, reconsiderou e decidiu que o *standard* estabelecido ao caso *Times v. Sullivan* deveria ser aplicado porque o caso envolvia uma matéria de interesse público.

A Corte de Apelação confirmou a decisão de primeiro grau, citando o caso *Rosenblom*, julgado pela Suprema Corte, como precedente. Segundo a Corte de Apelação, o autor da ação não conseguiu demonstrar de forma clara que o réu agiu com "*actual malice*" conforme definido no caso Sullivan.

A Suprema Corte reverteu o julgamento. Na opinião do Juiz Powell, seguida pelos juízes Stewart, Marshall, Blackmun e Rehnquist, o cidadão privado não precisa provar malícia para vencer ação por difamação, contando que ele prove o risco de dano, e Gertz não é uma figura pública.

Os juízes Douglas e Brennan discordaram, sustentando que a decisão não protege suficientemente a liberdade de expressão. O juiz Douglas reiterou seu entendimento no sentido de que a liberdade de expressão desfruta absoluta imunidade em todas as matérias de interesse público.

A grande questão aqui foi estabelecer se o padrão firmado no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* seria aplicado a um caso que não envolvia funcionário público nem pessoa pública, mas sim a um caso que envolvia uma pessoa privada, tratando-se de uma matéria de interesse público.

Em conclusão a respeito do tema, o juiz Brennan entendeu que o padrão estabelecido no caso *New York Times* deveria ser aplicado também a esse tipo de caso por considerar que tal padrão deveria se estender a casos que envolvessem difamações falsas relacionadas a pessoas privadas desde que a declaração estivesse relacionada a um interesse público. Segundo o magistrado, "[...] se uma matéria é objeto de interesse geral, ela não pode repentinamente tornar-se de menor interesse meramente porque tem um particular envolvido ou porque algumas vezes o particular não escolheu estar envolvido."[511]

[511] Esse caso vem descrito com riqueza de detalhes em: SHIFFRIN; CHOPER, *op. cit.*, p. 70.

A Corte ainda assegurou, mais tarde, de forma expressa, que a Primeira Emenda não estende nenhuma proteção aos casos que abraçam difamações feitas a uma pessoa privada envolvendo matéria privada.[512]

Em verdade, o fundamento levado em consideração para se aceitar a teoria da *actual malice* exprime uma certa racionalidade. O direito de informar e de estar informado, de exercer a crítica, de canalizar o debate político supõe necessariamente um risco, um risco de se cair em inexatidões. A função da imprensa é a busca da verdade e não sua segura obtenção. Ainda assim, com estes limites e com esses riscos, a liberdade de expressão é a seiva vital da democracia e da liberdade em geral. Nesse contexto, o risco de experimentar ser processado por lesão à honra de sujeitos poderosos por qualquer inexatidão, ainda que eivada por um descuido oficial, funcionaria como uma autocensura ou uma significativa coerção psicológica. Dessa forma, o deslocamento dos fatores de atribuição subjetivos em direção ao dolo específico ou à culpa grave que reclama a *actual malice* supõe romper o equilíbrio em favor do direito à informação.[513]

Como já afirmou o juiz Brennan, no caso *New York Times v. Sullivan*, no caminho para alcançar o livre debate das ideias são inevitáveis certos enganos, os quais devem estar tutelados para completa garantia da liberdade de expressão. A exigência da verdade como único fator capaz de excluir a responsabilidade representa, nesse contexto, uma verdadeira autocensura capaz de eliminar não apenas as reportagens falsas, mas também as reportagens verdadeiras, já que muitas vezes o jornalista não teria condições de provar a verdade dos fatos informados ou suportar o custo da demanda para produzi-la.

Para Eduardo Zannoni e Beatriz Bíscaro, professores de Direito Civil da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, autores que diferenciam a notícia falsa da notícia errônea ou meramente inexata[514], a doutrina da *actual malice* poderia ser sintetizada nos seguintes termos:

---

[512] *Dun and Bradstreet v. Greenmoss Builders* (1985).
Na Argentina, Oscar Flores adverte que a Corte Suprema da Argentina não aplica o *standard* da *actual malice* quando os atores são simples particulares. Cf. FLORES, Oscar. Libertad de prensa y derechos personalísimos: critérios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, n. 2, p. 320, 2006.

[513] GONZALEZ, Carlos Manuel. *El Estándar de la real malicia (actual malice). Un problema ético-jurídico y también interdisciplinario.* Disponível em: <www.avizora.com>. Acesso em: 21 jul. 2008.

[514] Para Bustamante Alsina, citado pelos autores, a informação inexata é aquela que não concorda com a verdade, por ser falsa ou errônea. A informação é falsa quando ela é enganosa, fingida ou simulada para dar ao fato uma aparência distinta da realidade. A informação é errônea quando ela é o resultado de um conceito equivocado que a mente do informante difere da realidade. Segundo o autor citado, a notícia falsa é dada conscientemente, ou seja, com o deliberado fim de enganar. O informador age com dolo ou má-fé. Por outro lado, a informação que se dá por erro consiste em um ato não consciente (o informante não quer, não sente e não pensa). Neste sentido: ZANNONI, Eduardo A. BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993. p. 70.

> As personalidades públicas ou pessoas vinculadas a fatos de interesse geral, não podem atribuir responsabilidade aos meios de comunicação de massa, provando apenas que a informação é inexata. Devem provar que a informação inexata é falsa e que foi deliberadamente difundida com conhecimento de sua falsidade. Por outro lado, os particulares ou mencionados em relação a fatos da vida privada, basta-lhes provar a inexatidão do fato que foi difundido a seu respeito e que os afeta; todavia os meios de comunicação poderiam, em todo caso, provar que o erro cometido por eles é inescusável, ou seja que adotaram todos os cuidados e se cobriram dos deveres de diligência, que esclarecem os limites internos da liberdade de informação.[515]

De toda forma, algumas críticas são sempre feitas à doutrina da *actual malice*. A principal delas é realizada sob o argumento de que essa doutrina acabaria agravando o ônus probatório imposto à pessoa afetada pela notícia, que teria de provar que a notícia inverídica foi divulgada por irresponsabilidade (dolo específico ou culpa grave) da imprensa. Segundo esses autores, a doutrina da *actual malice* acabaria reforçando sobremaneira o poder dos meios de comunicação ao mesmo tempo em que desmotivaria a vocação pela função pública uma vez que a Justiça não conseguiria assegurar, da mesma forma, meios para defender e custodiar o que, muitas vezes, é o único bem que se possui, ou seja, a honra.

Para Adolfo Roberto Vasquez, integrante da Suprema Corte da Argentina, pessoa favorável à incorporação da doutrina da *actual malice* em seu país, esta crítica é impertinente em razão de a Suprema Corte ser um Tribunal de garantia constitucional, de forma que suas posições devem prevalecer em face de qualquer regime normativo inferior, inclusive o regime jurídico de responsabilidade civil. Assim, a Suprema Corte pode compatibilizar, em um novo *standard* de interpretação, o princípio do valor institucional e estratégico do direito à informação com o sistema de fatores de atribuição subjetiva de responsabilidade civil, impondo, por consequência, condições mais rigorosas para atribuir responsabilidade civil à imprensa.[516]

Por outro lado, responsabilizar objetivamente (seja no âmbito civil ou penal) os meios de comunicação pela divulgação de uma notícia inverídica implicaria uma ameaça muito concreta à liberdade de expressão. Os meios de comunicação, sob essa ameaça, teriam que se certificar permanente e sistematicamente perante suas fontes de informação e isso é uma

---

[515] *Idem*.
No caso *Vago, Jorge A. c/Ediciones de La Urraca SA e otros*, a Corte Suprema de Justicia de La Nación, por meios dos votos dos juízes Fayt e Barra, aplicou claramente essas idéias em seu julgado. Segundo a Corte, "[...] a doutrinada real malícia elaborada pela Suprema Corte dos EUA procura um equilíbrio razoável entre a função da imprensa e os direitos individuais que podem ser afetados por comentários lesivos a funcionários públicos, figuras públicas, ou a particulares envolvidos com questões de interesse público objeto da informação ou da crônica". CSJN, 19.11.1991, ED, suplemento de 10.03.1992. Sentença 44.024.

[516] VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. *La Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Bs.As, 1998. p. 87 et seq.

tarefa não só improvável, mas também impossível e extremamente nociva ao desenvolvimento da informação.[517]

Para W. Wat Hopkins, professor da Universidade Estadual da Virgínia, mesmo quando os réus alegam acreditar na veracidade do material veiculado, provas objetivas podem indicar que eles estão mentindo, facilitando-se pois a adequada aplicação da teoria da *actual malice*. Daí afirmar o autor, acertadamente, que a teoria da *actual malice* apresenta-se como um teste subjetivo, baseado numa prova objetiva.[518]

A prática jurisprudencial americana tem considerado presente o requisito do *knowledge of falsity* para condenar a imprensa em algumas situações, tais como: a) quando a imprensa reconhece que não tem elementos para sustentar a acusação formulada; b) quando o réu insiste numa publicação mesmo possuindo informações que demonstram a inverdade do fato anunciado; c) quando o réu noticia um fato desprezando uma fonte que atesta a falsidade da notícia; d) quando o jornalista usa informações de modo seletivo em detrimento da vítima.[519]

Essa jurisprudência também vem admitindo provas objetivas de *knowledge of falsity*, principalmente relacionadas ao processo editorial da matéria veiculada, a partir de uma análise do modo como são conduzidas as investigações, edições do material e sua conclusão final. Investigações realizadas sem o devido cuidado, parciais e apresentação sensacionalista da matéria têm sido consideradas como capazes de provar a má-fé (*knowledge of falsity*) do meio de informação.[520]

De outra forma, em existindo sérias dúvidas (*serious doubts*) no que diz respeito à veracidade da matéria a ser veiculada, cabe ao editor da matéria realizar mais diligências objetivando assegurar-se a respeito da autenticidade do material destinado à publicação antes de veicular a reportagem. Se o editor preferir, todavia, publicar a matéria sem realizar essas devidas diligências, não superando as dúvidas existentes em relação à veracidade do tema, a *actual malice* está presente no caso de falsidade da matéria.

Assim como no *standard* do *knowledge of falsity*, a prova do *serious doubts* poderá também ser obtida a partir de elementos objetivos relacionados ao processo de obtenção, avaliação e publicação da notícia.[521] A partir da identificação de falhas nesse processo de

---

[517] *Idem.*
[518] HOPKINS, *op. cit.*, p. 127.
[519] Todos esses casos são citados por Hopkins. Cf. *Ibidem*, p. 136 et seq.
[520] *Ibidem*, p. 138.
[521] *Ibidem*, p. 142.

edição da matéria veiculada é que se pode determinar tranquilamente a existência de *serious doubts* e, por consequência, identificar a *actual malice*.

A título de exemplo, a jurisprudência norte-americanda reconheceu, no caso *Holter v. WLCY-TV*[522], a existência de *serious doubts* em razão de o meio de informação ter divulgado matéria baseada em fonte anônima de prova, sendo a reportagem transmitida posteriormente sem substancial alteração, apesar do atingido pela reportagem ter prestado esclarecimentos e negado a veracidade das informações. Entendeu a corte que o espaço de tempo entre a primeira publicação da matéria e a sua reprodução foram suficientes para gerar *serious doubts* quanto à veracidade da notícia, dúvida que o autor da reportagem desprezou completamente, reconhecendo-se, pois, a *actual malice* na reportagem.[523]

Diante do caráter extremamente subjetivo do *knowledge of falsity* e *serious doubts*, a jurisprudência tem atribuído grande importância ao resultado das investigações realizadas em torno do procedimento adotado pelo meio de informação para veicular a matéria, sendo essa possibilidade de investigação do processo jornalístico reconhecida expressamente pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Hebert v. Lando*[524], de 1979.

Antony Herbert, militar aposentado e combatente na Guerra do Vietnam, recebeu especial atenção da imprensa americana em razão de relatar, nos anos de 1969 e 1970, algumas atrocidades cometidas durante a guerra e ocultadas pelos seus superiores.

A famosa série *Sixty Minutes*, sob responsabilidade de Barry Lando, produziu um documentário sobre o assunto. Em razão do conteúdo desse documentário, Herbert ajuizou uma ação indenizatória em face do responsável pelo programa já que, segundo ele, o documentário o retratava como um mentiroso em razão do fato de ele ter sido afastado do comando militar.

Na instrução do processo, objetivando provar a ocorrência da *actual malice*, visando a provar em relação ao responsável pelo documentário o conhecimento da falsidade da imputação e a falha do processo editorial do programa, Herbert enviou ao jornalista responsável pelo programa uma série de perguntas trazendo em seu conteúdo várias questões que tratavam do processo editorial do programa, do conhecimento que o editor possuía na ocasião da publicação, etc.

O réu da ação se recusou a responder aos questionamentos alegando que a Primeira Emenda da Constituição dos EUA o protegia, criando um privilégio contra questionamentos a

---

[522] 366 So 2d 445.
[523] A respeito do assunto: GARRY, Patrick M. Anonymous Sources, Libel Law, and the First Amendment. *Temple Law Review*, v. 78, n. 3, 2005.
[524] 441 US 153, decidido em 18 de abril de 1979.

respeito do estado de espírito daquele que investiga, publica ou participa no processo editorial.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, embora admitisse que a Primeira Emenda também protegesse o processo editorial, entendeu que, em havendo uma ação de indenização contra os editores do programa, a investigação sobre o processo editorial devia ser admitida, visando à investigação, assim, identificar todas as circunstâncias que envolveram a publicação da notícia, esclarecendo as informações desprezadas pelo editor, os procedimentos adotados por ele, comunicações entre jornalistas e seus editores, entre outras importantes informações.

Caso fosse afastada a possibilidade de investigação em torno do procedimento jornalístico, a pessoa que se sentisse prejudicada com a reportagem não teria meios para provar a *actual malice* por parte dos meios de informação, sendo, pois, essa admissibilidade imprescindível à busca da verdade em relação ao *animus* do jornalista e seu editor.

A partir desse precedente, admite-se a realização de investigações objetivando identificar o estado de espírito (*stad of mind*) do editor do programa, o qual pode ser chamado para prestar esclarecimentos a respeito das circunstâncias que envolveram a publicação da notícia.

Como visto acima, não somente quando o responsável pela matéria veiculada sabia da falsidade da mesma ou tinha sérias dúvidas em relação à autenticidade da reportagem é que se configura a *actual malice*. Em sendo o responsável pela matéria extremamente negligente na busca da verdade, agindo com indiferença em relação ao resultado final da matéria a ser publicada, a *actual malice* pode estar presente em razão do *reckless disregard for the truth*.

Não é, entretanto, qualquer tipo de ato culposo ou precipitação que caracteriza o *reckless disregard*, sendo necessário para a sua configuração provar a existência de uma culpa acentuada, um verdadeiro desprezo pela veracidade da notícia. A irresponsabilidade, para configurar a *actual malice*, deve ser grande. Deve ficar evidenciado que o editor foi tão negligente em relação à veracidade da reportagem a ponto de ficar provado que ele não se importou em verificar se a informação que estava publicando era verdadeira ou falsa. Sua publicação, embora literalmente não possa ser classificada como mentirosa, equivale a esta em razão da extrema irresponsabilidade aplicada.[525]

Na identificação do *reckless of disregard*, a jurisprudência norte-americana tem atribuído importante valor ao comportamento que o editor adotou antes de publicar a notícia,

---

[525] HOPKINS, *op. cit.*, p. 147.

sendo conferida especial atenção ao processo investigativo realizado pelo editor na fase que precedeu à divulgação da matéria, analisando-se as diligências adotadas, a origem da notícia, a confiabilidade da fonte.

Para Hopkins, deve haver uma convicção razoável da verdade antes de sua veiculação e esta razoável convicção deve estar baseada em uma apta investigação.[526] Nas palavras do autor:

> A regra parece ser que a investigação deve ser suficientemente extensa para apoiar a convicção do editor na verdade do material publicado. A conduta do editor, a qual pode ser mensurada em termos objetivos, deve apoiar sua convicção subjetiva. Antigo termo da common law emerge: deve haver razoável convicção em relação à veracidade; esta razoável convicção deve estar embasada em uma suficiente investigação.[527]

A matéria a ser veiculada pela imprensa deve estar embasada em uma pesquisa realizada a respeito de sua veracidade. Assim, se a matéria foi publicada sem nenhum tipo de investigação, sem nenhuma diligência realizada previamente com a finalidade de identificar a veracidade da matéria, a conduta do meio de informação pode ser considerada como negligente (*reckless disregard*) e caracterizar a *actual malice*.

Segundo Hopkins, quanto mais grave ou ofensivo o conteúdo da acusação veiculada pela mídia, mais elaborada deve ser a investigação em torno de sua veracidade, apresentando-se esse parâmetro como um importante fator para aferir a razoabilidade da veiculação.[528]

Outro fator a ser levado em consideração na análise do comportamento da mídia diz respeito ao número e à qualidade das fontes consultadas pelos meios de informação. De modo geral, os tribunais não reconhecem a existência de *reckless disregard* se a notícia tem como base fontes confiáveis, considerando-se como tais informações provindas de servidores públicos, profissionais como advogados e médicos e até mesmo jornalistas.[529]

Por outro lado, fontes anônimas ou confidenciais, em razão da impossibilidade de serem identificadas e avaliadas, não têm sido consideradas como fidedignas pelas cortes de justiça, valendo-se o mesmo raciocínio para as fontes parciais e tendenciosas.[530]

Em conclusão, a responsabilidade dos autores da reportagem será aferida não pela veracidade objetiva da matéria, mas sim a partir do procedimento adotado por eles para chegarem a suas conclusões. Em sendo falsa as informações veiculadas pela mídia, mas

---

[526] *Ibidem*, p. 145.
[527] *Idem*.
[528] *Idem*.
[529] *Ibidem*, p. 147.
[530] *Idem*.

realizadas com base em um procedimento investigatório razoável, não há *reckless disregard* e, portanto, inexiste *actual malice.*

Importante tarefa consiste em investigar se esse padrão estabelecido pela doutrina da *actual malice* ainda encontra utilidade nos dias de hoje. Aqui a matéria não está pacificada. Em seu livro, Robert O´Neil questiona se o padrão da *actual malice* tem se manifestado saudável ao logo desses anos para a liberdade de expressão. Segundo o autor, alguns doutrinadores dizem que esse padrão é mais do que saudável para a liberdade de expressão, ao passo que outros, entre eles o professor Tomas Emerson, da Universidade de Yale, entendem que esse padrão não é suficiente para tutelar amplamente essa liberdade.[531]

Sem embargo, podemos concluir que a doutrina da *actual malice* procura buscar um equilíbrio razoável entre a função da imprensa e os direitos individuais que possam ter sido afetados por comentários lesivos a funcionários públicos, figuras públicas e, ainda, a particulares relacionados com questões de interesse público objeto da informação[532], traçando um *standard* objetivo capaz, de fato, de fundamentar de forma razoável a solução de eventuais conflitos entre direitos fundamentais. Dessa forma, se esse *standard*, só por si, é insuficiente para tutelar a liberdade de expressão, como afirma o professor de Yale mencionado acima, por outro lado, apresenta-se como um importante mecanismo objetivo para solução de conflitos, devendo ser prestigiado pelos julgadores em benefício da segurança jurídica.

Daí se tratar, segundo Roberto Vázquez, integrante da Suprema Corte da Argentina, de uma linha de interpretação que, ao mesmo tempo, tem se constituído em um *standard universal*[533] adotado por diversas cortes constitucionais do mundo contemporâneo.

Outros Tribunais Constitucionais parecem também adotar expressamente a doutrina da *actual malice*. Na Espanha, por exemplo, seu Tribunal Constitucional já declarou que os titulares de funções públicas ou implicados em assuntos de relevância pública "[...] estão obrigados, por isso, a suportar um certo risco de que seus direitos subjetivos de personalidade resultem afetados por opiniões ou informações de interesse geral, pois assim requer o pluralismo político, a tolerância a exposição de abertura, sem os quais não existe sociedade

---

[531] O'NEIL, *op. cit.*, p. 31.
[532] DE LUCA, *op. cit.,* p. 465.
[533] VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 87 et seq. No mesmo sentido: BIANCHI, Enrique Tomás; GULGO, Hernán Victor. *El Derecho a la Libre Expresion – Análisis de Fallos Nacionales y Extranjeros.* La Plata: Librería Editorial Platense, 1997.

democrática[...]”[534], parecendo demonstrar o mesmo entendimento da Suprema Corte dos EUA a respeito do tema.

Na Argentina, sua Corte Suprema de Justiça[535] já aplicou a doutrina da *actual malice* na solução de vários conflitos[536]. Neste sentido, a título de exemplo, podemos citar o caso *Gesualdi, Dora M. c. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros*, em que a Corte Suprema da Argentina asseverou que:

> A doutrina da actual malice não exime o meio de imprensa de produzir os elementos de prova em juízo para demonstrar a improcedência da demanda. Assim, sem precisar obter o extremo da prova da veracidade do divulgado, de seu fim lícito ou da falta de consciência acerca da falsidade da notícia, incumbe-lhe a demonstração de que atuou responsavelmente e com diligência na obtenção da mesma.[537]

Em outro voto, do mesmo julgado, ficou consignado que:

> A doutrina da actual malice importa a exculpação dos periodistas acusados criminalmente ou processados civilmente por danos e prejuízos causados por informações falsas, de modo que põe a cargo dos querelantes ou demandantes a prova de que ditas informações foram publicadas com conhecimento de que eram falsas ou com imprudência e notória despreocupação acerca de sua veracidade.[538]

Em mais um julgado, determinou a Corte Argentina que:

> A doutrina da ‘actual malice’ determina que, quando os que pedem o ressarcimento por falsidades difamatórias são funcionários ou pessoas públicas, deve provar-se que a informação foi efetuada com o conhecimento de sua falsidade ou com total despreocupação acerca de tal circunstância. Por outro lado, quando se trata de simples particulares que

---

[534] ECHAVARRIA, Acerca... *op. cit*., p. 244. Em outra ocasião, o Tribunal Constitucional da Espanha (STC 105/1990) estabeleceu que a proteção constitucional da liberdade de expressão não se reduz no caso de personalidades públicas, uma vez que a personalidade pública “[...] ao haver optado livremente por tal condição, deve suportar um certo risco de uma lesão de seus direitos de personalidade”.

[535] Em alguns de seus julgados, a Corte Suprema de Justiça da Argentina afirmou que a doutrina da real malícia aparece como um *standard* de responsabilidade subjetiva derivado diretamente do art. 14 da Constituição Argentina.

[536] Neste sentido, podemos citar alguns casos em que a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina já aplicou a doutrina da real malícia: (i) Corte Sup., Fallos 310:508 (Caso *Costa, Héctor Rubén c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos y otros*, de 12 de março de 1987); (ii) Corte Sup., Fallos, 319:2741 (Caso *Morales Solá, Joaquín M*, de 12 de novembro de 1996); (iii) Cort. Sup., Fallos 326:2.491 (caso *Menem, Amado C. c. La Voz del Interior*, de 5 de agosto de 2003). Apesar desses julgados, entre vários outros, não é tão clara a aplicação dessa doutrina na Argentina. Cf. BAZÁN, Victor. *El fin y los médios.* El standard de la malicia real em la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas. Buenos Aires: El Derecho, 1998. p. 1-8.
Alguns autores têm resistido a aplicar essa doutrina na Argentina, considerando-a como “extranjerizante”. Cf. ALSINA, Jorge Bustamante. *Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la “actual malice”* (A propósito de los casos “Morales Solá” y “Gesualdi”). Madrid: La Ley, 1997. p. 936 et seq.; BIANCHI, Enrique T.; GULLCO, Hernán V. *La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes.* Jurisprudencia Argentina, 1994.

[537] Parte do voto do Dr. Vázquez, integrante da maioria. Corte Sup., 17.12.1996. *Gesualdi, Dora M. c. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros*, L L. 1997-B. Neste sentido, DE LUCA, *op. cit.*, p. 466-7. Cf. ainda: PIZARRO, Ramón D. *La doctrina de la real malicia em la actual jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia. El caso “Dora Gesualdi”*. Jurisprudencia Argentina, 1997, p. 10.

[538] Parte do voto do Dr. Gobbiano, integrante da maioria.

> reclamam danos e prejuízos por notícias de caráter difamatório, basta provar a negligência precipitada ou simples culpa.[539]

Em três casos recentes, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao interpretar o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, revelou clara influência da doutrina da *actual malice.*

No primeiro caso, Lingens v. Austria,[540] ficou evidenciado pela Corte que as legislações nacionais não podem tratar políticos como cidadãos privados, equivocando-se, portanto, o Tribunal Austríaco ao condenar um jornalista por críticas contundentes feitas contra um político.

Neste caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos acabou condenando o Estado Austríaco em razão de o Tribunal Regional de Viena ter condenado Ligens, um jornalista, por críticas duramente feitas ao então chancelar da Áustria, Bruno Kreisky, pessoa que foi chamada pelo jornalista de imoral e indigno em razão de sua benevolência com pessoas envolvidas com o nazismo durante a Segunda Guerra Mundial. O Estado Austríaco foi condenado pela Corte Internacional em razão de não observar o direito fundamental à liberdade de expressão previsto no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[541]

Adotou-se aqui, de forma clara, o princípio de que cabe ao autor da ação de difamação, caso ele seja um político, provar que é falsa a matéria ofensiva publicada a seu respeito.

Em outros dois julgados, *Castells v. Spain* e *Oberschlick v. Austria*, a Corte Europeia também adotou algumas diretrizes da doutrina da *actual malice*, ressaltando a importância da liberdade de expressão em temas envolvendo interesse público para a efetivação do estado democrático.

---

[539] Parte do voto de Dr. Petracchi. Corte Sup., Daniel D. c. Editorial La Razón, 24/11/98, L.L., 1999-B, p. 23 et seq.

[540] *Lingens v. Austria* – 103 (8.7.86). Nesse caso, Lingens foi multado por publicar na Revista Vienna comentários sobre o comportamento do chanceler austríaco, considerando-o como "oportunista", "imoral" e "indigno". Sob o Código Penal Austríaco, a única defesa prevista era a prova da veracidade destas declarações. Ligens alegou que não podia provar a veracidades desses juízos de valor. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que deveriam ser diferenciadas as situações que imputavam a prática de fatos das situações que veiculavam juízos de valor, uma vez que a existência de fatos pode ser demonstrada, enquanto que a verdade de juízos de valor não é suscetível de prova. Os fatos sobre os quais Lingens embasou seu julgamento de valor não foram contestados, nem sua boa-fé. Diante da impossibilidade de provar a veracidade de juízos de valor, os dispositivos do Código Penal Austríaco não podiam ser cumpridos, pois violavam o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispositivo esse que garante a liberdade de expressão.

[541] Pelo mesmo fundamento, em razão de um fato muito semelhante ocorrido na Itália, em que um cientista político e professor universitário, Claudio Riolo, criticou duramente o Presidente da Província de Palermo, em artigo publicado na revista mensal *Narcomafie*, sendo condenado a pagar uma alta indenização ao sujeito criticado, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem também condenou a Itália por violação da liberdade de expressão. Nesse caso, entendeu a Corte Europeia que: a) em um debate de interesse público que abordou um assunto de interesse público, envolvendo fatos de extrema gravidade praticados por um político, é de se esperar que os fatos sejam objeto de um exame cuidadoso pela imprensa; e, b) o alto valor da condenação imposta ao crítico, dada a sua situação financeira, é capaz de impedi-lo de continuar a informar o público sobre temas de interesse geral, resultando em uma ingerência desproporcionada à sua liberdade de expressão. Veja-se a respeito a Sentença de 17 de julho de 2008 (Recurso n. 42211/07).

4.2.2 As declarações de terceiros e a denominada *neutral reportage doctrine* (Estados Unidos)

Desde o julgamento do caso *Chaplinsky v. State of New Hampshire*[542], de 1942, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que certos tipos de expressões, incluindo aqui as expressões difamatórias (*the libelous*), falsas, não são tuteladas pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA.[543]

Entretanto, vimos no tópico anterior que a doutrina da *actual malice*[544] restringiu esse entendimento para estabelecer um importante *standard* em relação ao tema, no sentido de expressar que, mesmo uma informação falsa estando relacionada a um funcionário público, a uma figura pública ou a uma pessoa privada relacionada a um assunto de interesse público, pode estar protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão quando evidenciado que tal informação foi difundida sem o conhecimento de sua real ou provável falsidade (*actual malice*) ou com temerário desinteresse (*reckless disregard*) a respeito de sua veracidade.

Temos, portando, duas premissas já bem sedimentadas na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos: (i) a expressão difamatória não se encontra tutelada, em regra, pela liberdade de expressão; e, (ii) a informação falsa relacionada a funcionário público, a uma figura pública ou a uma pessoa privada relacionada a um assunto de interesse público só encontra guarida na liberdade de expressão se não ocorreu *actual malice* em sua veiculação.

Para a doutrina da reportagem neutra, a veiculação de uma matéria difamatória pode estar amparada pela liberdade de expressão ainda que o jornalista responsável pela matéria não se tenha preocupado em verificar a veracidade da informação ou mesmo que ele desconfie da veracidade da declaração a ser veiculada. Para isso, o objeto da notícia deve consistir apenas em reproduzir, de maneira neutra, fatos ou reflexões de interesse público narrados por um terceiro, ou seja, a matéria jornalística tem que apenas reproduzir uma situação declarada da forma como foi anunciada pela fonte (um terceiro), de maneira imparcial e a declaração deve ser notável (digna de ser publicada). Por outro lado, a fonte que

---

[542] Neste julgado, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a liberdade de expressão não protege o uso de expressões profanas ou palavras como “escroque endemoninhado” ou “fascistas do demônio”, tendo em vista que o uso de expressões desse tipo não têm um significante valor social. Cf. SPAETH, Harold J.; SMITH, Edward C. *The Constitution of the United States*. 13 ed. New York: Harper Collins Publishers, 1991. p. 208.

[543] Cf. BARRON; DIENES, *op. cit.*, p. 18.

[544] Que surgiu com o julgamento, pela Suprema Corte dos EUA, do caso *New York Times v. Sullivan* - 376 US 254, 1964.

proferiu a declaração a ser veiculada deve ser uma pessoa ou organização proeminente e responsável.

Na verdade, a razão para proteger esse tipo de declaração está, simplesmente, no fato de algumas declarações serem, em razão da importância da sua fonte (de quem a proferiu), notáveis (*newsworthy*) e, portanto, dignas de receber atenção do público.[545] A publicação de uma declaração acusatória que envolve uma controvérsia pública feita por uma proeminente figura é, só por si, independentemente de sua veracidade[546], notável e de enorme valor para o público.[547]

Desta forma, a *Neutral Reportage Doctrine*[548] parece-nos apresentar uma terceira premissa que acaba restringindo o entendimento firmado pela doutrina da real malícia, já que para a doutrina da reportagem neutra, se um jornalista apenas republica uma declaração falsa formulada por alguém de prestígio (*a responsible, prominent organization or individual*), mesmo tendo sérias dúvidas a respeito da veracidade dessa informação, sua matéria pode se encontrar amparada pela liberdade de expressão desde que o responsável pela matéria observe alguns requisitos ao republicar a matéria: (1) que o atingido pela matéria seja uma figura pública; (2) que o jornalista reproduza uma matéria relacionada a uma preexistente controvérsia pública[549]; (3) o jornalista, ao republicar a matéria, não pode concorrer ou aderir à difamação feita pela pessoa ou instituição de prestígio[550]; e, (4) o jornalista tem que ser imparcial e republicar corretamente a declaração falsa feita pela pessoa ou instituição de prestígio, identificando a fonte.

Essa doutrina se apresenta, portanto, como uma exceção ao *standard* fixado pela doutrina da real malícia na parte em que a *actual malice* estabelece que a declaração falsa só está abrangida pela liberdade de expressão se o responsável pela matéria não conhece a falsidade da declaração ou não é negligente em relação ao tema.

---

[545] GOLDSTEIN, Norm. *The Associated Press Stylebook and Briefing on Media Law*. New York: Basic Books, Rev Upd Edition, 2007. p. 366.

[546] KILLENBERG, George Michael. *Public Affairs Reporting Now:* News of, by and for the People.Burlington: Focal Press. 2007. p. 346.

[547] ROSS, Susan Dente. *Deciding Communication Law:* Key Cases in Context (Lea´s Communication Series). Lawrence Erlbaum, 2004. p. 264.

[548] A respeito do tema, no Brasil: GARCIA, *op. cit.*, p. 361-2.

[549] Nem toda controvérsia preexistente dispara a racional invocação do privilégio. Somente quando a reportagem envolve uma controvérsia a respeito de uma expressão política e o interesse assim envolve a essência da primeira emenda é que se pode levantar o privilégio da reportagem neutra. Neste sentido, veja-se: R.W.C. The Developing Privilege of Neutral Reportage. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 5, p. 871, jun. 1983. Disponível em:<www.jstor.org/stable/1072719>. Acesso em: 16 out. 2008.

[550] A respeito desse requisito, no caso *Cianci v. New Times Publishing Co.*, 639 F. 2d 54, 69-70 (2d Cir. 1980), o tribunal entendeu que a exigência feita pelas cortes de que o repórter não venha a "aderir" nem "concorrer" para a acusação essencialmente requer que o repórter faça a reportagem de uma controvérsia na qual ele não seja um ator.

Analisado cuidadosamente, o privilégio da reportagem neutra somente retém vitalidade em situações nas quais o repórter republica alguma expressão que é ou deveria ser conhecida como difamatória, já que se o mesmo não conhecesse ou não negligenciasse esta falsidade, sua conduta já estaria tutelada pela doutrina da *actual malice*.[551] Assim é que, para se manter esse privilégio em conformidade com o substrato da Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, por um lado, e com a finalidade de impedir uma ampliação extremada no campo de incidência dessa doutrina, por outro lado, exige-se que uma reportagem desse tipo apresente alguns requisitos, conforme já mencionado.[552]

A reportagem neutra, portanto, apresenta-se como um privilégio diante da regra básica que se aplica à difamação, regra esta firmada no sentido de estabelecer que quem repetir (ou republicar) uma declaração difamatória feita por outra pessoa é, ela mesma, responsável pela difamação.[553] Em regra, o argumento no sentido de que alguém disse simplesmente o que uma terceira pessoa já havia dito não é suficiente para afastar a responsabilidade de uma pessoa por difamação, apresentando a reportagem neutra uma exceção a esta regra, um privilégio.[554]

Sem embargo, se o editor de uma matéria não tem óbvias razões para duvidar a respeito da exatidão da história emanada de uma proeminente fonte, ele não precisa iniciar uma investigação para suscitar tal dúvida. Contudo, em existindo esta dúvida, o editor deverá agir razoavelmente para afastá-la, independentemente de se o implicado evento é corrente ou histórico.[555]

A *neutral report doctrina*, em verdade, foi desenvolvida pela Corte de Apelação de Nova York em 1977, com o julgamento do caso *Edwards v. National Audubon*[556], mas não é

---

[551] Daí decorre o entendimento de algumas cortes no sentido de que reconhecer a doutrina da reportagem neutra importa simplesmente em conferir uma mera licença para os jornalistas relatarem falsas e difamatórias acusações. Cf. FINK, Conrad C. *Writing to Inform and Engage:* The Essencial Guide to Begnning News and Magazine Writing. Westview Press, 2008. p. 364.

[552] (1) que o atingido pela reportagem seja uma figura pública; (2) que o jornalista relate uma controvérsia pública; (3) que o repórter não concorra ou venha a aderir à difamação; (4) que o repórter seja imparcial e correto ao republicar a controvérsia pública. Cf. R.W.C. , *op. cit.*

[553] Para Jonattan Kirsch, a republicação de uma "libel" pode ser privilegiada sob o assim chamado privilégio da "*fair reporting*" e da "*neutral reportage*". KIRSCH, Jonattan. *Kirsch´s Handbook of Publishing Law:* For Authors, Publishers, Editors and Agents. New York: Acrobat Books, 1994. p. 154.

[554] CRAIK, Kenneth H. *Reputation:* A Network Interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 155.

[555] Veja-se: *Barger v. Playboy Enterprises, Inc*., 564 F. Supp. 1151, 1156 (N. D. Cal 1983), affd 732 F. 2d 163 (9th Cir.) Cert. denied 469 U.S. 853, 105 S. Ct. 175, 83 L. Ed. 2d 110 (1984).

[556] Edwards v. Nat´l Audubon Soc´y, 556 F.2d 113 (2d Cir.), cert. denied sub nom. Edwards v. New York Times Co., 434 U.S. 1002 (1977).

aceita, de forma pacífica, pelos tribunais norte-americanos[557], uma vez que esse privilégio ainda não foi reconhecido pela Suprema Corte Norte-Americana.[558]

Neste paradigmático caso, três renomados cientistas, incluindo aqui um cientista coroado com Prêmio Nobel, processaram o jornal *New York Times* e dois empregados da *Audubon Society American Birds*, em razão de o *Times* publicar, através do jornalista Jack Devlin, uma afirmação difamatória feita pelo ornitologista Robert Arbib, representante da *Audubon Society*, que dizia que os cientistas que afirmaram, diferentemente do que já haviam declarado alguns ambientalistas[559],que a população de pássaros estava crescendo, apesar do uso do controverso inseticida dichlorodiphenyltrichloroethane – DDT, estariam mentindo e sendo pagos para mentir.[560] A manchete do New York Times dizia o seguinte: "Porta-voz dos pesticidas é acusado de 'mentir' sobre a contagem superior de pássaros". Devlin, ao cobrir essa disputa entre a *Aububon Society* e a indústria química, apenas republicou a acusação feita pela *Audubon Society* e denominou os cientistas acusados pela organização de estarem sendo pagos pela indústria química.

Em primeiro grau, firmou-se o entendimento de que o *New York Times* deveria ser responsável pela difamação veiculada pela matéria jornalística porque o seu jornalista, Jack Devlin, tinha sérias dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas por Arbib, aplicando-se, pois, ao caso, o *standard* da *actual malice* para condenar os réus, por difamação, a $ 60,000. Segundo a Corte, o repórter do *Times* tinha sido negligente em analisar a veracidade da acusação antes de publicar a história.

A Corte de Apelação dos EUA (*Second Circuit)* modificou o julgamento feito pela primeira instância para, depois de fazer uma ponderação (*balancing*) entre os direitos da personalidade e liberdade de expressão na democracia, absolver os réus de forma unânime, seguindo a linha de raciocínio do juiz relator, Irving Kaufan. Asseverou a Corte de segundo grau que, quando uma importante organização como a *National Audubon Society* faz sérias acusações contra pessoas públicas, a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos

---

[557] CARTER, Barton; LUSHBOUGH, Dee; ZUCKMAN, Harvey L. *Mass Communication Law in a Nutshell*. 6th ed. [local] Thomson West, 2006. p. 119.

[558] Dois foram os casos levados à Suprema Corte dos EUA a respeito do tema. No caso *Harte –Hanks Communications, Inc. v. Connaughton* (491 U.S. 657, de 1989), a Suprema Corte, em 1989, não validou a reportagem neutra como uma defesa absoluta, mas especificou que a deficiência para investigar uma declaração potencialmente difamatória não pode, ela mesma, estabelecer uma despreocupação negligente com a verdade. Neste julgado, um dos juízes, o juiz Blackmun, manifestou-se favorável à doutrina da reportagem neutra. Em outro caso, o caso *Norton v. Troy Publishing Co*., esse julgado em 2004, a Suprema Corte declinou a respeito, não analisando eventual aceitação da doutrina.

[559] A *Audubom Society* entendia que o número de pássaros vinha crescendo em razão dos vários estudos feitos a respeito, não se podendo concluir, todavia, que esse crescente número apontava na direção de que o inseticida DDT era inofensivo aos pássaros, como afirmaram alguns cientistas.

[560] Segundo a reportagem, os cientistas eram "[…] someone who is being paid to lie about it or is parroting something he knows little about".

protege o inteiro teor da reportagem se se tratar de matéria que divulga uma notícia de forma fiel, da forma como foi declarada pela organização, e de maneira imparcial, ficando o jornalista, autor da matéria, dispensado de verificar a veracidade ou falsidade da acusação. Para a Corte, uma reportagem é constitucionalmente protegida por um direito de "reportagem neutra".[561]

Segundo o julgado,

> Quando uma responsável, proeminente organização [...] faz sérias acusações contra uma figura pública, a Primeira Emenda protege a acertada e desinteressada reportagem dessas acusações, desconsiderando a visão negligente do repórter no tocante à sua validade. O que é novo sobre tal declaração é que ela foi feita. Nós não acreditamos que se possa requerer da imprensa, com base na Primeira Emenda, a supressão de declarações dignas de serem publicáveis simplesmente porque a imprensa tinha sérias dúvidas sobre a sua veracidade. Nem podemos defender a imprensa com um porrete em razão de publicações de duvidosas acusações de forma que a imprensa fique sem medo de ser responsabilizada por indenizações. O interesse público deve ser inteiramente informado sobre controvérsias que frequentemente envolvem matérias sensíveis que a imprensa deve informar sem assumir responsabilidade por elas.[562]

Acrescentou a Corte, ainda, que o privilégio da reportagem neutra não pode ser utilizado quando o responsável pela matéria jornalística abraça ou concorre com as acusações feitas por terceiros ou deliberadamente distorce essas declarações para lançar um ataque próprio sobre uma figura pública, devendo, portanto, o jornalista agir com boa-fé, acreditando no acerto das declarações sobre acusações difamatórias.

Assim, se o caso acima relatado é citado como paradigma de aceitação da doutrina da reportagem neutra, o *leading federal case* para rejeitar o privilégio da reportagem neutra é *Dickey v. CBS Inc.*[563], caso em que a *United States Court of Appeals for the Third Circuit*, em sentença, rejeitou expressamente a aplicação do privilégio considerando-o inconsistente com o que a Suprema Corte dos EUA decidiu ao julgar os casos *Gertz v. Robert Welch, Inc.*[564] e *St. Amant v. Thompson.*[565]

Neste caso, Samuel R. Dickey, integrante da *War Board*, ajuizou uma ação de difamação em face de *CBS Inc.* em razão de essa emissora de televisão divulgar, através de

---

[561] *Edwards v. New York Times Co*., 434 U.S. 1002 (1977).

[562] No original, temos o seguinte texto: "When a responsible, prominent organization [...] makes serious charges against a public figure, the First Amendment protects the accurate and disinterested reporting of those charges, regardless of the reporter´s views regarding their validity. What is news about such statements is that they were made. We do not believe that the press may be required under the First Amendment to suppress newsworthy statements merely because it has serious doubts regarding their truth. Nor must the press take up cudgels against dubious charges in order to publish them without fear of liability for defamation. The public interest in being fully informed about controversies that often rage around sensitive issues demands that the press be afforded the freedom to report such charges without assuming responsibility for them."

[563] 583 F2d 1221 (3d Cir. 1978).

[564] 418 U.S. 323 (1974).

[565] 390 U.S. 727 (1968).

sua afiliada na Filadélfia, a WCAU-TV (Canal 10), a exibição, no dia 5 de maio de 1974, do programa *Update*, programa esse que mostrou uma entrevista gravada no dia 01.05.1974 com o congressista Lawrence G. Williams na qual esse deputado fez afirmações consideradas difamatórias em face de Dickey.

Ao ser questionado por um dos jornalistas responsáveis pelo programa, Dan Cryor, a respeito do que o entrevistado achava sobre a inflação, em resposta Williams afirmou, após falar sobre inflação, que existia um relatório elaborado pelo procurador de Delaware County, Sr. Sprague, relatório comumente denominado de relatório Sprague, que relata vários casos envolvendo recebimento de propina por Samuel R. Dickey.

Após a gravação do programa, que ocorreu no dia 01 de maio, e antes de sua exibição, esta ocorrida no dia 05 de maio, o procurador de Dickey, Alvin Ackerman, tentou convencer os responsáveis pela emissora a adiarem o programa em razão de as declarações de Williams serem falsas, solicitando aos responsáveis pelo programa que os mesmos fizessem uma investigação mais profunda a respeito dos fatos declarados por Williams com a finalidade de evitar a divulgação de uma informação inverídica que poderia prejudicar sobremaneira a imagem de Dickey.

A emissora de televisão, por sua vez, neste interregno entre a gravação do programa e sua exibição, nomeou um repórter que conhecia a política local de Delaware County para contatar Williams e Dickey e aprofundar suas investigações.

Esse repórter, Bill Baldini, conseguiu entrevistar novamente Williams no dia 02.05. Nesta entrevista, Williams se recusou a entregar cópia do relatório citado ao entrevistador, mas lhe confirmou todas as acusações já feitas em face de Dickey. O jornalista tentou falar ao telefone com Dickey, mas não conseguiu. Dickey também não retornou a ligação do repórter.

O programa *Update*, como previsto, foi ao ar no jornal das 19 horas do dia 05.05, sendo reprisado no jornal de 23h15min horas do mesmo dia. As acusações de Williams foram exibidas em vídeo, seguidas de uma aparição ao vivo de Ackerman na qual ele negou as acusações contra seu cliente Dickey, negando também a existência do relatório Sprague.

Em primeiro grau, a Corte Distrital da Pensilvânia julgou a ação improcedente por entender que a CBS, ao decidir levar o programa ao ar, considerou várias situações importantes[566], não podendo ser responsabilizada, portanto, pela falsidade das declarações de

[566] Tais como: a) que o deputado Williams tinha vindo para a entrevista gravada para o programa *Update* preparado para fazer tais acusações, não as fazendo de improviso diante de uma pergunta. A acusação foi trabalhada em resposta a uma pergunta sobre inflação; b) que Williams era um congressista de quatro mandatos, fato que lhe dava grande dose de credibilidade; c) que enquanto Williams falava, durante a entrevista, citando o relatório *Sprague*, ele acenou papéis que estavam próximos a ele, fato que induzia a pensar que ele possuía o relatório ou parte do relatório que foi citado; d) que

Williams, uma vez que Dickey não conseguiu provar, de forma clara e convincente[567], que a CBS tinha sérias dúvidas a respeito da veracidade da declaração de Williams.

Não satisfeito com o teor do julgado, Samuel Dickey recorreu da decisão. Em contrarrazões, a CBS apresentou dois argumentos para sustentar o acerto do julgado de primeiro grau: a) a doutrina da reportagem neutra, fazendo menção ao caso *Edwards v. National Audubon*; e, b) a doutrina da *actual malice*.

A Corte de Apelação dos Estados Unidos (*Third Circuit*)[568], ao analisar o caso, rejeitou expressamente a doutrina da reportagem neutra, afirmando a respeito que o entendimento central dessa doutrina, no sentido de que a matéria digna de ser publicada (*newsworthy*) pode ser veiculada mesmo se o editor "tiver sérias dúvidas sobre a veracidade da declaração", contraria o que a Suprema Corte dos EUA já decidiu ao julgar o caso *St. Amant v. Thompson.*[569]

Segundo o entendimento dessa Corte de Apelação, enquanto o *Second Circuit* entendeu, no caso *Edwards v. Audubon*, que o editor não poderia ser responsabilizado apenas por ter "sérias dúvidas a respeito da veracidade da informação", no caso *St. Amant* a Suprema Corte dos EUA assegurou que uma ação, em razão de difamação praticada em face de uma figura pública, para ser julgada procedente deverá ter evidência suficiente para permitir a conclusão que o acusado tinha sérias dúvidas em relação à veracidade da publicação. Para a Corte de Apelação, a Suprema Corte entendeu que publicar a matéria com essa dúvida a respeito demonstra temerária negligência (pouco caso) com a veracidade ou falsidade, demonstrando tal atuação uma *actual malice*.

Apesar disso, essa Corte de Apelação confirmou o julgado de primeiro grau, proferindo, assim, uma decisão favorável à CBS. Em síntese, entendeu a Corte que Dickey, uma figura pública, não conseguiu provar, com convincente clareza, que a declaração falsa de

---

Williams era inteiramente familiar com a política de *Delaware County*, sendo, portanto, razoável acreditar em sua versão acusatória; e) que a declaração de Williams destacou a fonte, base de sua acusação, não se tratando de uma mera declaração vaga; f) que a acusação de Williams não foi generalizada, mas específica, indicando o nome de quem pagou a propina e a quantia paga, demonstrando, pois, real conhecimento; g) que embora algumas vezes as acusações desenfreadas sejam feitas no calor do debate, este não era o caso porque Williams não voltou atrás quando Baldini o entrevistou dois dias depois em circunstâncias tranquilas em sua casa; h) que as acusações feitas por Williams eram consistentes com correntes histórias sobre diversos anos concernentes às alegadas corrupções na política de *Deleware County*.

[567] Requisito exigido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

[568] A jurisdição originária geral no sistema judiciário federal dos EUA é atribuída aos tribunais distritais Acima dos tribunais distritais, no sistema judiciário federal dos EUA, estão os tribunais de apelação. Enquanto os Estados Unidos se acham divididos em distritos judiciais federais, os distritos se acham, por sua vez, organizados em unidades judiciais maiores chamadas circuitos. No vértice do sistema judiciário federal dos Estados Unidos, encontra-se a Corte Suprema. Como é bem sabido, ela é um tribunal central com sede em Washington e que se compõe de um Presidente e oito juízes. A respeito, torna-se interessante consultar: SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 160-166.

[569] 390 U.S. 727 (1968).

Williams foi veiculada pela CBS com *actual malice*, ou seja, com o conhecimento de sua falsidade ou com negligência (pouco caso) a respeito.

A alegação do apelante no sentido de que a CBS tinha conhecimento a respeito da fonte das acusações (relatório *Sprague*) e tempo para investigar a acusação mais cuidadosamente, devendo checar com Sprague a existência e a substância de seu relatório, segundo a Corte de Apelação, não é suficiente para evidenciar *actual malice* da CBS diante de todas as circunstâncias do caso, uma vez que a *actual malice*, só com isso, não ficou provada de forma clara e convincente.

Em outra situação levada ao Judiciário, a Suprema Corte da Califórnia, ao julgar importante caso envolvendo a versão de um livro publicado sobre o assassinato do Senador Robert Kennedy, em novembro de 1988, reconheceu a doutrina da reportagem neutra, mas determinou que esse privilégio não pode ser aplicado quando a matéria difamatória fizer referência a uma figura privada.[570]

Neste caso, o jornalista de um tablóide semanal (*Globe)*, após ler um livro que contava a história do assassinato do Senador Robert Kennedy, resolveu publicar um artigo que materializava uma entrevista com o autor do livro, publicando, portanto, no artigo jornalístico, a versão do assassinato conforme fora contada no livro.

Segundo o livro, Kennedy havia sido assassinado pela Polícia Secreta Iraniana em conjunto com a máfia, sendo Ali Ahmand o maior responsável pela prática desse crime. No livro, foram inseridas quatro fotos com a legenda “fotografias de Ali Ahmand”. No entanto, o tablóide publicou uma dessas fotografias com uma seta apontada erroneamente para Khalid Khawar, filho de Ali, que se encontrava em pé num palanque perto de Kennedy na noite do crime, fato que fez com que Khalid ajuizasse uma ação de difamação em face do tablóide.

O júri entendeu que o artigo do *Globe* era uma reportagem neutra, mas que o jornal o publicou de forma negligente e com *actual malice*. O juiz, entretanto, não concordou com o júri sobre o fato de que o artigo poderia ser considerado uma reportagem neutra e exata. Em apelação, o *Globe* manteve sua defesa com fundamento na reportagem neutra, embasando suas assertivas em duas premissas: a de que a informação publicada se tratava de uma mera republicação e a de que, embora Khawar fosse uma figura privada, muitos tribunais já haviam declarado que o privilégio da reportagem neutra abarcaria o direito de o repórter fazer alegações relacionadas também a uma pessoa privada.

---

[570] Khawar, 26 Media L. Rep. (BNA) at 2115.
Em sua obra, Sadler Roger faz essa pergunta diretamente e a responde de forma negativa. “Does neutral reportage also cover false accusations made against private citizens? I does not”. SADLER, Roger L. *Electronic Media Law*.California: Sage Publications, 2005. p. 163.

A Corte de Apelação da Califórnia, ao analisar o caso, apesar de reconhecer o privilégio da reportagem neutra como uma necessária proteção para as reportagens jornalísticas, relatou que esse privilégio não se estende a reportagens envolvendo figuras privadas, como Khawar. Segundo a Corte de Apelação, tal privilégio deve ser balanceado em face da proteção da reputação individual, particularmente quando pessoas privadas estejam envolvidas.[571]

A Suprema Corte da Califórnia concordou com o julgado conforme exposto acima, rejeitando o argumento do *Globe* no sentido de que Khawar era uma figura pública em razão de sua conexão com a controvérsia pública em torno do assassinato do Senador Kennedy ou em torno do livro sobre o seu assassinato.[572] Acrescentou a Suprema Corte da Califórnia que Khawar não teve acesso à mídia em relação à controvérsia envolvendo o assassinato de Kennedy, de forma que não poderia contraditar eficazmente o artigo publicado pelo tablóide.

Assim, depois de reconhecer Khawar como uma pessoa privada, essa Corte da Califórnia especificou os requisitos para aplicação do privilégio da reportagem neutra segundo o que ficou determinado no julgado de 1977 (caso Edwards): a responsabilidade da original difamação deve ser atribuída a uma "responsável, proeminente organização", o status do alvo da difamação ("figura pública") e a acertada e neutra reportagem ("acertada e desinteressada reportagem"), como ficou estabelecido no julgamento do caso Edwards.

A Suprema Corte da Califórnia recusou aceitar várias proposições no sentido de que a neutra reportagem deveria se expandir para abranger casos envolvendo uma republicação de uma acusação de uma figura pública contra uma figura privada. Pelo contrário, a Corte considerou mais "convincente" a contraposição no sentido de não aceitar que a doutrina da reportagem neutra abrangesse difamações feitas por figuras públicas contra pessoa privada.[573] A Corte arguiu que "só muito raramente" irá uma reportagem de acusações difamatórias contra uma pessoa privada fornecer informações preciosas sobre um assunto de interesse público. O tribunal, bem consciente da ponderação de interesses concorrentes em casos envolvendo difamações veiculadas na imprensa, disse que o privilégio da reportagem neutra, no caso de envolver pessoa privada, poderia ter "um efeito devastador" sobre a reputação da pessoa privada, "[...] que não tinha sido voluntariamente eleita para enfrentar um risco acrescido de difamação e que poderia não ter acesso à mídia para opor-se às acusações"[574].

---

[571] A respeito do tema, torna-se interessante consultar a seguinte obra: ZUCKMAN, Harvey L. *Modern Communications Law*. New York: West Publishing Company, 1999. p. 477.
[572] Khawar, 26 Media L. Rep. (BNA) at 2509.
[573] Khawar, 26 Media L. Rep. (BNA) at 2514.
[574] *Ibidem.*

Concluiu a corte que um racional degrau protetor para a reputação da pessoa privada é essencial para um sistema de ordenada liberdade.[575]

Alguns julgados consideram até mesmo que o privilégio da reportagem neutra não encontra assento na Constituição dos EUA, rejeitando completamente essa doutrina. É o que ocorreu com a Corte Superior da Pensilvânia e com a Suprema Corte da Pensilvânia.

Em 1995, no caso *Norton v. Troy Publishing Co.*, o jornal Chester County Daily Local News republicou, através do jornalista Tom Kennedy, uma afirmação difamatória feita por William T. Glenn (membro do Council Parkesburg Borough) em face de James B. Norton III (presidente do Borough Council) e de Alan M. Wolf (prefeito de Parkesburg) no sentido de que eles eram "homossexuais" e "molestadores de crianças". O artigo ainda mencionava que Borough Solicitor James J. Marlowe era um "shyster Jew" (judeu rábula).

As pessoas ofendidas com o inteiro teor da matéria publicada pelo jornal, Norton, Wolfe e Marlowe, ajuizaram uma ação em face de Glenn, de Troy Publisching Co. (editor do diário local) e do jornalista responsável pela matéria (Tom Kennedy). O júri julgou a ação favorável em face de Glenn, todavia, considerou que a empresa responsável pelo diário local e o jornalista estavam isentos de responsabilidade em razão da doutrina da reportagem neutra.

Os autores da ação apelaram e arguiram que a doutrina da reportagem neutra foi aplicada erroneamente ao caso. A Corte Superior da Pensilvânia concordou com esse raciocínio. Para o juiz Michael T. Joyce, ao escrever pela Corte, o privilégio da reportagem neutra não encontra assento em nenhum lugar nas Constituições dos Estados Unidos ou da Pensilvânia.[576] Declarou ainda que a doutrina da reportagem neutra não havia nascido na compreensão da Suprema Corte dos Estados Unidos ao julgar o caso *Time, Inc. v. Pape*[577] e que já havia, inclusive, sido recusada pela Corte Superior da Pensilvânia em 1988.

Diante desse cenário, a doutrina da reportagem neutra foi então recusada expressamente pela Corte Superior da Pensilvânia no julgamento do caso *Norton v. Troy Publishing Co.*, argumentando a corte, no tocante à reportagem neutra, tratar-se de um simples privilégio adotado em uma sentença (caso *Edwards v. Audubon*), fato que não vincula outras cortes ao mesmo entendimento. No mesmo sentido, manifestou-se a Suprema Corte da

---

[575] ZUCKMAN, *op. cit.*, p. 478.
[576] 32 Media L. Rep. (BNA) 2409 (PA. 2004). Caso *Norton v. Glenn.*
[577] No caso *Time, Inc. v. Pape*, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que: uma vasta quantia do que é publicado em jornais diários e periódicos de imprensa pretende descrever algo que alguém disse antes mesmo de alguém dizer. Na verdade, talvez a maior parte dos jornais, no que diz respeito a ações do governo, surge na forma de narrativa de repórteres, conversa, conferência de imprensa e semelhantes. *Time, Inc. v. Pape*, 401 U.S. 279, 285-86 (1971). No original, temos: "[A] vast amount of what is publisched in the daily and periodical press purports to be descriptive of what somebody said rather than of what anybody did. Indeed, perhaps the largest share of news concerning the doings of government appears in the form of accounts of reports, speeches, press conferences, and the like."

Pensilvânia, que entendeu que a doutrina da reportagem neutra não encontra embasamento constitucional, apesar de ressaltar que as cortes estariam divididas em relação ao seu reconhecimento.

Segundo a Suprema Corte da Pensilvânia, a Suprema Corte dos Estados Unidos não adotou expressamente a doutrina da reportagem neutra, tornando-se necessário apenas verificar se essa doutrina pode ser entendida como uma extensão lógica da ponderação (*balancing*) feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos entre a liberdade de expressão e o interesse a preservar a boa reputação.

Depois de levantar diversos tipos de casos julgados pela Suprema Corte dos EUA, incluindo o caso *New York Times Co. v. Sullivan*, a Suprema Corte da Pensilvânia concluiu que "[...] a Suprema Corte dos EUA não poderia rejeitar o padrão da *actual malice* em favor da doutrina da reportagem neutra[...]"[578], em razão de o *standard* da *actual malice* já prever uma ampla proteção à mídia em casos envolvendo publicações difamatórias de pessoas públicas. Por outro lado, declarou essa corte que a Constituição da Pensilvânia não pode garantir uma proteção mais ampla à liberdade de expressão do que a proteção prevista na Constituição dos Estados Unidos, que não abarca, segundo a corte, a doutrina da reportagem neutra.

Troy Publishing apelou para a Suprema Corte dos Estados Unidos, mas a Suprema Corte declinou analisar o caso.[579]

No caso *Coliniatis v. Dimas*[580] julgado em 1997 pela Corte Distrital Federal de Nova Iorque, a doutrina da reportagem neutra foi aceita plenamente.

Em razão de um artigo publicado pelo Jornal *National Herald*, um jornal grego de Nova Iorque que imputou a Nicholas Coliniatis, empregado da *Olympic Airways* (uma companhia aérea nacional da Grécia), a prática de uma fraude, materializada no recebimento de propina, Nicholas ajuizou uma ação de responsabilidade civil por difamação em face do jornal.

---

[578] 32 Media L. Rep. (BNA) 2409 (PA. 2004). Caso *Norton v. Glenn.*

[579] No âmbito estadual, diversas são as cortes que têm rejeitado o privilégio da doutrina da reportagem neutra, tais como as cortes estaduais de Nova York, Michigan e Pensilvânia. Neste sentido: (i) *Tunney v. American Broadcasting Co.*, 109 III. App. 3d 769, 441 N.E 2d 86 (1982) (a corte seguiu o entendimento expressado no julgado Newell) ; (ii) *Newell v. Field Enters., Inc.*, 91 III. App. 3d 735, 756-57, 415 N.E. 2d 434, 451-52 (1980) (a corte entendeu que a doutrina da reportagem neutra é inconsistente com Gertz); (iii) *McCall v. Courier-Journal & Louisville Times Co.*, 623 S.W.2d 882, 886-87, 887 n. 5 (Ky. 1981) (citando Dickey), cert. denied, 102 S. Ct. 2239 (1982); (iv) *Postill v. Booth Newspapers, Inc.*, 118 Mich. App. 608, 622, 325 N.W. 2d 511, 517-18 (1982) (segundo esse julgado, a imprensa já está adequadamente protegida pelo teste da "actual malice"); (v) *Hogan v. Herald Co.*, 84 A.D.2d 470, 478-79, 446 N.Y.S. 2d 836, 842 (segundo a corte, a doutrina da reportagem neutra é inconsistente com Gertz), aff´d, 58 N.Y 2d 630, 444 N.E. 2d 1002, 458 N.Y.S. 2d 538 (1982). Veja também *Makis v. Area Publications Corp.*, 77 III. App. 3d 452, 463, 395 N.E.2d 1185, 1192-93 (1979).

[580] 965 F. Supp. 511 (S.D.N.Y. 1997).

O artigo da *National Herald* encontrava-se baseado em uma carta preparada por Simos C. Dimas, sócio de uma empresa contratada pela Olympic, motivo pelo qual o jornal apresentou sua defesa com base em dois raciocínios. Primeiro, alegou que, por se tratar de matéria relacionada a um funcionário público (Nicholas), o ofendido deveria provar a *actual malice* por parte do jornal ao publicar a matéria considerada por ele como difamatória. Por fim, como tese alternativa de defesa, o jornal arguiu que seu artigo se encontrava protegido pela doutrina da reportagem neutra, em razão de apenas republicar uma matéria veiculada em carta subscrita por Simos C. Dimas.[581]

A Corte Distrital dos Estados Unidos concordou com a *National Herald*. Primeiro, a corte entendeu que o artigo em questão podia ser considerado como "acertado e desinteressado" porque citou a carta de Dimas integralmente e de forma acertada não contribuiu para a acusação, não distorcendo qualquer acusação feita na carta. Ademais, o artigo era "bem ponderado e neutro" porque ele ainda descreveu que a informação era escassa e controversa. Segundo, o tribunal entendeu que a *Olympic* era uma "responsável, proeminente organização" dentro do significado estabelecido pelo julgamento do caso Edwards.[582]

No caso *Butler v. Hearst-Argyle Television Inc.*[583], a Suprema Corte de Arkansas, após equiparar a doutrina da reportagem neutra com a doutrina da *fair report*[584] também acatou a

---

[581] *Ibidem.*
[582] *Ibidem*.
[583] 29 Media L. Rep. (BNA) 2210 (Ark. 2001).
[584] Em alguns estados, existem privilégios legais protegendo comentários imparciais (*fair*) sobre procedimentos públicos, com a finalidade de assegurar (i) que os cidadãos possam supervisionar as ações dos funcionários públicos e/ou (ii) que prevaleça o amplo interesse público em receber todas as informações sobre procedimentos oficiais e encontros públicos. Por exemplo, na Califórnia tem-se o direito de fazer uma reportagem imparcial e verdadeira, ou comunicação, a um jornal público, sobre um procedimento (a) judicial, (b) legislativo, ou (c) outros procedimentos oficiais públicos, ou (d) alguma coisa dita no curso desses procedimentos, ou (e) uma acusação verificada ou criada por qualquer pessoa para um funcionário público, a partir da qual a autorizada denúncia tiver sido editada. Esta provisão tem sido aplicada para mensagem *online* enviada pelo correio e poderia igualmente também ser aplicada para *blogs*. O privilégio da Califórnia também se estende para reportagens imparciais e verdadeiras sobre encontros públicos, se a publicação da matéria era de benefício público. Por outro lado, uma reportagem é "imparcial e verdadeira" (*fair and true*) se ela captura a substância, o ponto principal do procedimento. A reportagem não precisa trazer verbalmente o que diz o procedimento, mas não deverá desviar-se a ponto de produzir um diferente efeito no leitor. A atual leitura do privilégio da *fair report* varia amplamente de estado para estado. Alguns estados protegem somente declarações feitas em documentos específicos e delineados encontros governamentais. Outros, todavia, estendem esse privilégio para uma ampla variedade de encontros não oficiais. Veja-se *Borg v. Boas*, 231 F. 2d 788, 794-95 (9 th Cir. 1956) (reunião pública para chamada de jurados); *Pulvermann v. A. S. Abell Co.*, 228 F. 2d 797, 802 (4 th Cir. 1956) (discurso de candidato a presidente); *Phoenix Newspapers v. Chosser*, 82 Ariz. 271, 276-77, 312 P. 2d 150, 154 (1957) (discursso de candidato a oficial público para encontro de câmara de comércio); *Jackson v. Record Publishing Co.*, 175 S. C. 211, 222, 178 S.E. 833, 837 (1935) (discurso durante campanha pública). A respeito do tema, Jonattan Kirsch ensina que a *fair reporting* se materializa numa tese de defesa contra ações de difamação, possibilitando que o repórter faça uma matéria a respeito de um procedimento oficial sobre uma figura pública, por exemplo, sobre um debate legislativo ou uma conferência pública de um funcionário público, mesmo que o relato do autor contenha também declarações difamatórias feitas por terceiros, contando que o relatório do repórter seja imparcial e acertado. No tocante à *neutral reportage*, ensina que esse privilégio possibilita que o repórter venha a repetir uma declaração difamatória feita por terceira pessoa sem ficar responsável pela matéria, desde que o repórter apenas relate uma controvérsia pública, tendo por fonte uma pessoa ou instituição proeminente e responsável, que a matéria seja relacionada a uma figura pública e que a matéria seja de legítimo interesse público. Cf. KIRSCH, *op. cit.*, p. 154.

doutrina da reportagem neutra para rejeitar uma ação de difamação ajuizada por Brad Butler em face de Hearst-Argyle Television.[585]

Para Youm Kyu Ho, a não familiaridade dos juízes americanos com a doutrina da reportagem neutra é notória e dificulta a aplicação dessa doutrina aos casos concretos, tornando-se essa linha de defesa, portanto, mais difícil de ser aplicada atualmente do que há dez ou vinte anos.[586]

Por outra via, conforme ressalta Roy L. Moore e Michael D. Murray, mesmo onde a doutrina da reportagem neutra é utilizável, ela deverá ser invocada somente quando fortemente justificada e, desta forma, não for usada como um escudo para reportagens sensacionalistas ou informações que não são dignas de serem publicadas (*newsworthy*).[587]

Apesar de a doutrina da reportagem neutra ter sua origem nos Estados Unidos, outros países a têm adotado. Na Espanha, somente em 1993 é que seu Tribunal Constitucional[588] abordou expressamente[589] a problemática apresentada pela doutrina da reportagem neutra.

O caso analisado pela Corte Constitucional envolveu a veiculação, pela revista "Cambio 16", de parte de um livro de Joaquín Giménez Arnau e Maurício López-Roberts, intitulado *"Las malas compañías"*. Esse livro relatava o assassinato de Manuel de la Sierra e María Lourdes Urquijo Morenés, Marqueses de Urquijo. A matéria publicada pela revista, sob o título *"El prepúcio del Marqués"*, foi considerada, para o administrador dos marqueses, Diego Martínez Herrera, ofensiva a sua honra, em razão de divulgar que ele, Martínez, ministrava determinados cuidados higiênico-sanitários ao Marquês de Urquijo (lavava todos os dias o prepúcio do Marquês, que sofria de um delicado tipo de herpes pertinaz e nociva), apesar de ser um administrador, concluindo a reportagem com um comentário que insinuava a

---

[585] As cortes de Ohio, Flórida e os Second e Eighth U. S. Circuit têm aceitado a doutrina da reportagem neutra. Podemos citar alguns casos: a) *Watson v. Leah*, 1996 Ohio App. LEXIS 2474 (Ohio Ct. App. 1996); b) *Celebrezze v. Netzley*, 1988 Ohio App. LEXIS 3153 (Ohio Ct. App. 1988); c) *McCracken v. Gainesville Tribune, Inc.*, 146 Ga. App. 274, 275 (Ga. Ct. App. 1978).

[586] KYU HO, Youm. Recent Rulings Weaken Neutral Reportage Defense. *Newspaper Research Journal*. winter 2006. Disponível em: <www.findarticles.com>. Acesso em: 02 dez. 2008.

[587] MOORE, Roy L.; MURRAY, Michael D. *Media Law and Ethics*. Lea´s Communication Series. 3rd ed. New York: Lawrence Erlbaum, 2007. p. 447.

[588] STC 232/1993.

[589] De forma indireta, a primeira situação em que o Tribunal Constitucional da Espanha analisou a doutrina da reportagem neutra ocorreu na STC 159/1986. Neste julgado, o TC devia decidir se a Sentença pela Audiência Nacional e o Tribunal Supremo, que haviam condenado o diretor do diário "Egin" como autor de delitos de terrorismo por publicar dois comunicados da organização terrorista ETA-militar, haviam lesionado seu direito de livre informação. O Tribunal Constitucional neste caso não enfrentou o problema da reportagem neutra diretamente, mas o mencionou de forma indireta ao afirmar no último fundamento jurídico da sentença que: "[...] a informação controvertida consiste na mera reprodução dos comunicados, não acompanhadas de juízos de valor que demonstrem que o periodista assume o conteúdo apologético dos mesmos". Acrescentou ainda que: "o direito de um profissional da imprensa a informar, assim como o de seus leitores é receber a informação íntegra e verdadeira, constitui, em último termo, uma garantia institucional de caráter objetivo, cuja efetividade exige em princípio excluir a vontade delitiva de quem se limita a transmitir, sem mais, a informação; ainda que esta, por seu conteúdo, possa revestir de significado criminoso". A respeito, torna-se interessante consultar: CARMONA SALGADO, Libertad... *op. cit.*, p. 70; DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 174.

gravidade dessa situação de relação servil do administrador, fato que poderia, segundo a reportagem, revelar até mesmo um possível motivo para o assassinato dos Marqueses de Urquijo.

Para Martínez Herrera, a reportagem era ofensiva em razão de, por um lado, insinuar que ele tinha uma relação servil e desonrosa com o Marquês, relação essa incompatível com a sua função de administrador e, por outro lado, em razão de não apenas publicar o que já havia sido divulgado no citado livro, mas também realizar um comentário conclusivo capaz de materializar um juízo de valor: que tal relação servil poderia ser considerada como indício da causa do crime. Esses fatos o fizeram ajuizar uma ação objetivando a proteção de seus direitos à honra, à intimidade e à própria imagem contra a pessoa responsável pela edição da revista (Juan Tomás de Salas), os autores do livro (Joaquín Gimenez Arnau e Maurício López-Roberts) e a própria Editora da Revista (Editora Planeta Sociedade Anônima).

Em Primeiro Grau, o Judiciário entendeu que a matéria produzia uma ingerência ilegítima nos direitos à honra, à intimidade e à própria imagem de Diego Martínez Herrera, autor da ação, condenando os réus a pagarem indenização ao autor, além de determinar a destruição da matriz onde foram gravados os impressos do livro e da revista, relatos e fotografias, ordenando-se ainda a retirar de venda e do comércio o malsinado livro.

A Sentença de Primeiro Grau foi confirmada na Segunda Instância, embora determinasse esse julgado a redução do valor a ser pago pelos réus, a título de indenização, ao autor da ação.

O editor da revista interpôs, então, *Recurso de Casación* perante o Tribunal Supremo, que manteve a decisão inferior. Concluiu a Corte que a matéria publicada na Revista “Cambio 16”, ainda que verdadeira, carece de interesse geral e transcendência pública, não estando relacionada ao pluralismo político, nem contribui à formação de critérios ou ideais de interesse geral, social ou econômico que possam sobressair sobre o interesse da dignidade e intimidade pessoal.

Dessa decisão confirmatória, o responsável pela edição da revista interpôs ainda *Recurso de Amparo*, arguindo, entre outros fundamentos, a doutrina da reportagem neutra, com base no Direito norte-americano.

Para o Tribunal Constitucional da Espanha, o autor tinha razão ao afirmar que a demanda criou para o Tribunal uma nova questão que precisa de considerações específicas, a saber: “*Como há de ponderarse uma información em aquellos casos em afirmaciones de terceros que resultan ser atentatórias contra los derechos del art. 18.1 C.E”*. (grifo do autor)

Após discorrer expressamente sobre a doutrina da reportagem neutra, afirmou a Corte que:

> Em definitivo, quando um meio de comunicação divulga declarações de um terceiro que se supõe uma intromissão nos direitos reconhecidos pelo art. 18.1 da Constituição da Espanha, tal divulgação só pode desfrutar da cobertura dispensada pelo art. 20. 1 da Constituição Espanhola se, por um lado, se acredita na verdade – entendida como verdade objetiva – do fato declarado pelo terceiro, e, por outro, estas declarações (cuja veracidade, entendida como diligência na averiguação da verdade, somente é exigível a quem declara o divulgado) se referem a fatos ou circunstâncias de relevância pública.

Concluiu a corte que não havia relevância pública na divulgação da notícia veiculada pela revista, motivo pelo qual a decisão inferior deveria ser mantida, não se aplicando ao caso o privilégio da reportagem neutra como forma de isentar a revista de sua responsabilidade pela publicação difamatória.

Na STC 41/1994, a questão do privilégio da reportagem neutra foi novamente analisada pelo Tribunal Constitucional da Espanha.[590] Esse caso serviu para que o tribunal expressasse o entendimento no sentido de que o fato de ser identificada a pessoa que efetua as declarações pode não ser suficiente para que a notícia se considere "neutra", já que o informador pode apresentar a notícia de forma que deixe de ser um mero transmissor do que foi dito por outrem, e passe a assumir seu conteúdo[591], tornando-se necessário, portanto, para esclarecer essa situação, analisar as circunstâncias de cada caso. A respeito, segundo esse Tribunal Constitucional: "Uma reportagem de conteúdo neutro pode deixar de ser neutra, se se lhe outorga umas dimensões informativas através das quais o meio contradiz o fato da função de mero transmissor da mensagem."

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Espanhol se manifestou também ao afirmar, na STC 134/1999, que:

> Portanto, estaremos diante de uma reportagem neutra se o meio de comunicação se tem limitado a cumprir sua função transmissora do que foi dito por outrem ainda que tenha provocado essa informação, sempre que não a manipule mediante seu astuto fracionamento de uma reportagem de maior extensão, interferindo em sua dedução com manifestações próprias, compondo-a com textos ou imagens cujo propósito seja, precisamente, quebrar a neutralidade do meio de comunicação a respeito do que foi transcrito, de sorte que essa informação haja deixado de ter sua fonte em um terceiro, para fazê-la dele o meio de comunicação que a reproduz e difunde.

---

[590] O privilégio da reportagem neutra foi objeto de estudo ainda pelas seguintes decisões do Tribunal Constitucional da Espanha, entre várias outras: STC 336/1993, de 15 de novembro; STC 41/1994, de 15 de fevereiro; STC 22/1995; STC 6/1996; STC 52/1996; STC 190/1996; STC 200/1998.

[591] A respeito: DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 175.

Para o Tribunal Constitucional da Espanha, a reportagem neutra, apesar de abraçar declarações de terceiros, não deixa de ser uma comunicação de fato – o fato de que alguém havia dito algo – e, como tal, legitima-se em função de sua veracidade e do interesse público.[592] No que diz respeito à verdade da informação, entende esse tribunal que:

> [...] a veracidade que se deve acreditar se refere unicamente ao fato da declaração – não do declarado – e tem de ser em todo caso sinônima da verdade objetiva. Pois é óbvio que as dificuldades ínsitas a aqueles casos em que um meio de comunicação informa sobre fatos cuja veracidade estrita é um pouco menos que impossível, não concorrem quando o meio de comunicação se limita a dar conta de algo que aparece ser tão facilmente constatado como é o fato de que alguém haja dito o que o meio se limita, sem mais, a difundir.[593]

Em síntese, entendeu o Tribunal Constitucional da Espanha que a maneira de entender o requisito da verdade, imprescindível para se considerar uma reportagem como neutra, estaria fixada em função da facilidade com que se poderia aferir os fatos objeto da notícia. Desta forma, como é muito fácil identificar a existência e o teor de uma declaração feita por um terceiro, a verdade aqui deve ser entendida, no que toca ao fato da declaração, como uma verdade objetiva.[594] Ou seja, no caso de reportagem neutra, a diligência da comprovação da matéria a ser veiculada "se cumpre com a constatação da verdade do fato da declaração".[595]

Outro requisito exigido pelo Tribunal Constitucional Espanhol para que se possa falar em reportagem neutra está relacionado ao conteúdo da matéria a ser divulgada pela mídia, tornando-se necessário, neste aspecto, que a matéria seja de interesse público.

Em relação ao tema, o Tribunal Constitucional da Espanha diferencia as situações em que as declarações são emitidas por uma pessoa pública das declarações emitidas por uma pessoa privada.

No primeiro caso, na maioria das situações, os dados revelados ou as opiniões expressadas serão de interesse público. Assim, por exemplo, a imputação de graves irregularidades praticadas por um membro do governo anunciadas pelo chefe da oposição

---

[592] STC 232/1993.
[593] STC 232/1993, p. 3.
[594] Esta também é a posição que parece ter sido adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão ao julgar o *caso Böll* (54 BVerfGE 208 (1980)). Neste caso, um comentarista da televisão alemã criticou duramente o conhecido escritor Heinrich Böll pela incorreta atitude que, a juízo do comentarista, mantinha o autor sobre o problema terrorista. O comentarista fez suas críticas citando algumas palavras que, segundo ele, teriam sido pronunciadas por Böll, podendo tratar-se, pois, de uma reportagem neutra. O problema surgiu em razão, todavia, do fato de a citação de Böll ter sido tergiversada. A respeito, o Tribunal Constitucional da Alemanha se manifestou afirmando que "as pressões de tempo e dificuldades de prova não têm um papel substancial neste caso como poderia ocorrer se se tratasse de outros tipos de fatos. Quem transmite fatos não está sujeito a uma carga irrazoável em razão de se exigir dele, quando ele está meramente transmitindo a fala de alguém, a obrigação de fazer a citação corretamente". Assim, exige esse Tribunal Constitucional que, nos casos de reportagem neutra, a citação seja completamente fidedigna. Esse caso é citado por: KOMMERS, *op. cit.*, p. 420 et seq. O caso também é citado por: DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 178. Ainda, a citação é feita por BARENDT, *op. cit*., p. 216.
[595] Cf. STC 52/1996.

seria uma notícia digna de publicação, ainda que fosse pública e notória a falsidade dessas imputações.[596] Neste sentido, já decidiu o TCE ao afirmar, na STC 232/1993, que:

> [...] a notoriedade e relevância pública da pessoa que faz a declaração converte em fato noticiável a declaração mesma com independência da irrelevância objetiva de seu conteúdo. Nesse caso, a relevância da declaração satisfaz por si só as exigências do art. 20.1 d) da CE e não se pode exigir ao meio de comunicação que se abstenha de informar sobre o que foi dito por quem converte em notícia quando afirma ou declara.
> Nas hipóteses em que as declarações que serviram de base para a reportagem neutra originam-se de pessoas privadas, resulta conveniente distinguir as situações em que as declarações constituem uma comunicação de fatos das que expressam simples opiniões ou ideias.[597]

Nas situações em que as declarações constituem uma comunicação fática, pode-se ainda imaginar duas hipóteses completamente distintas: a) em que o informador conhece a falsidade dos fatos apresentados pela declaração ou tem fundados indícios a respeito dessa falsidade; e, b) o informador não conhece e nem tem indícios objetivos que o levem a desconfiar da falsidade dessas declarações.

No primeiro caso, se a mídia tinha conhecimento da falsidade ou tinha fortes indícios que apontavam para esse caminho, mesmo em havendo interesse público na divulgação da notícia, não estará a matéria coberta pelo privilégio da reportagem neutra. Imagine-se o seguinte exemplo: familiares de um paciente internado em um hospital denunciam os maus tratos sofridos pelo paciente e informam que esses maus tratos foram praticados pelo médico responsável pelo serviço de neurologia do hospital, quando, em verdade, os maus tratos decorreram de condutas praticadas pelo médico responsável pelo serviço de psiquiatria. Se a mídia conhecer a falsidade dessas declarações ou tiver fortes indícios neste sentido, mas mesmo assim decidir veicular as declarações, não poderá se beneficiar do privilégio da reportagem neutra, sob pena de tal benefício se converter em uma mera desculpa para difamar.[598]

Caso contrário, se o jornalista não conhecer a falsidade das declarações emitidas pelo particular ou não tiver indícios que apontem para esse caminho, ele poderá se valer do privilégio da reportagem neutra, conforme já se manifestou a respeito o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC 41/1994:

> A diligência mínima exigível ao meio de comunicação lhe impõe, por uma parte, a identificação necessária do sujeito que emite as opiniões ou notícias, que deste modo encontram-se limitadas pela própria credibilidade de seu autor. A exigência do controle de fundamento da informação proporcionada por sujeitos externos provocaria uma alteração da

---

[596] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 180.
[597] *Idem*.
[598] *Idem.*

> função meramente informativa assumida pela mídia, simplesmente narradora das declarações acusatórias, para assumir um labor de censura ou de árbitro que não lhe é próprio.

Para Tomás de Domingo e Martinez-Pujalte, essa postura do Tribunal Constitucional resulta acertada, "[...] pois do contrário suporíamos uma restrição ao direito à livre informação tanto em sua dimensão subjetiva como em sua dimensão institucional"[599].

Nas hipóteses em que a mídia resolve veicular reportagens neutras que apenas reproduzem declarações de terceiros, particulares, que materializam, ao invés de declarações fáticas, meras opiniões, ideias ou reflexões, tornar-se-ia necessário realizar algumas distinções: a) se a opinião estiver relacionada com um fato concreto, verdadeiro e de interesse público, mesmo que a valoração do mesmo contenha expressões injuriosas que possam lesionar a honra de alguém, o jornalista que a divulgar poderá se valer da reportagem neutra. Neste caso, a causa da ofensa (injúria) não foi o exercício do direito à livre informação por parte de quem elaborou a reportagem neutra, mas sim por quem efetivamente fez as injúrias e se encontra completamente identificado pela reportagem; b) no caso da reportagem neutra que reproduz uma ideia manifestada por uma pessoa privada, a situação é de fácil solução, uma vez que em nenhum caso poderá haver interesse público de uma simples ideia que, sem aduzir qualquer dado interessante, se dedique a injuriar; e, c) no caso em que a reflexão não inclua elementos que permitam qualificá-la como injuriosa, não pode ser relevante para a opinião pública, tratando-se, pois, de mera anedota.[600]

Para Tomás de Domingo e Martínez-Pujalte, na Espanha, "[...] na atualidade, a doutrina da reportagem neutra está adquirindo um apogeu e é um dos argumentos mencionados de maneira recorrente pelas grandes empresas informativas para se eximirem de possíveis responsabilidades civis ou penais[...]"[601], tornando-se a sua consolidação, desta forma, um motivo que obriga a (re) interpretar determinadas normas em coerência com essa doutrina.

Para finalizar, a doutrina tem entendido[602] que a *neutral reportage* se apresenta, em verdade, como uma nova versão da tese defensiva conhecida como "*defesa Reynolds*". Mas o que significa esse outro qualificado privilégio de defesa? É o que se passa a analisar.

---

[599] *Ibidem*, p. 183.
[600] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op.cit.*, p. 184.
[601] *Ibidem*.
[602] ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. *Tort Law*. 6th ed.Edinburgh: Prentice Hall (UK), 2007. p. 236.

4.2.3 O qualificado privilégio de defesa *Reynolds* (Inglaterra)

Na Inglaterra, em casos de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a *House of Lords*, ao julgar o caso *Reynolds v. Times Newspapers Limited and Others*[603], em outubro de 1999[604], acabou estabelecendo importantes *standards* capazes de orientar o intérprete no momento de solucionar conflitos desse tipo, tornando-se importante, pois, analisar esses *standards* com a finalidade de identificar uma eventual aplicação desses fatores no cenário brasileiro.

Antes de analisarmos o aludido caso, torna-se necessário fazer um breve esclarecimento a respeito das teses defensivas em ações difamatórias na Inglaterra. A lei de difamação inglesa[605] tradicionalmente impõe responsabilidades ao sujeito que faz uma declaração difamatória.[606] O sujeito ofendido pela declaração difamatória tem que provar apenas: a publicação da matéria; a identificação do responsável; e, o seu significado difamatório.[607] Há uma presunção de que os fatos difamatórios são falsos e também há uma presunção irrefutável, conclusiva, de que eles geram danos ao ofendido.

Daí se falar que a *common law* de difamação na Inglaterra e na Austrália é geralmente caracterizada por uma potente trilogia de princípios fundamentais: a presunção da falsidade, a estrita responsabilidade e a presunção do dano.[608]

Consequentemente, três são as teses defensivas que se apresentam mais comuns neste tipo de ação: a) a *Justification*, em que o acusado deve provar a verdade da declaração. Em ações difamatórias, o acusado tem o ônus de provar a verdade da declaração presumidamente

---

[603] [2001] 2 AC 127.

[604] O julgamento do caso Reynolds é muito importante em razão de inaugurar o conceito de "interesse público" como uma categoria de qualificado privilégio disponível para a mídia.

[605] E também a lei de difamação da Austrália.

[606] Para Bloy Duncan, a melhor definição de difamação é a que foi feita pelo *Lord* Atkin, da *House of Lords*, no caso *Sim v. Stretch* [1936] 2 All ER 1237, ao estabelecer, a respeito, que "é uma declaração que visa rebaixar o demandante em sua estima diante do que pensam geralmente os membros da sociedade, e em particular para causar-lhe um sentimento de ódio, desrespeito, ridículo, medo e desestima. BLOY, Duncan. *Media Law (SAGE Course Companions)*.London: Sage Publications Ltd., 2007. p. 64.

[607] KENYON, Andrew. *Defamation:* Comparative Law and Practice. New York: UCL Press, 2006. p. 195.

[608] MILO, Dario. *Defamation and Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 11-12.
A lei de difamação nos EUA foi predominantemente baseada na lei inglesa, e mais particularmente na sua trilogia de princípios fundamentais: a presunção da falsidade, a estrita responsabilidade e a presunção do dano. Mas esses princípios têm sido radicalmente alterados em um processo de constitucionalização que começou em 1964, quando a Suprema Corte dos EUA decidiu o caso *Sullivan*. O princípio da estrita responsabilidade foi o primeiro a cair. A Suprema Corte assegurou em *Sullivan* que o funcionário público (o que foi estendido também à pessoa pública) tem que estabelecer que a falha do acusado decorreu de uma *actual malice*. Isso também significa que a presunção de falsidade não se aplica ao caso em que o querelante é um funcionário público ou uma figura pública. Desta maneira, o querelante deverá demonstrar a falsidade da declaração difamatória. Mais tarde, a Suprema Corte, ao constitucionalizar a lei de difamação, entendeu que tais raciocínios deveriam ser aplicados quando a matéria, mesmo não envolvendo funcionário público ou uma figura pública, for de interesse público. O desfecho deste intrincado sistema é que o controle racional para proteção constitucional é baseado no status do querelante e na natureza da expressão.

falsa, apresentando essa tese como uma defesa completa e capaz de isentar o réu de qualquer responsabilidade; b) a *fair comment* sobre uma matéria de interesse público. Esta defesa aplica-se apenas para o caso de o acusado ter se manifestado através de uma opinião e não através de uma declaração de fato. Neste caso, o acusado geralmente precisa provar que sua opinião é honesta e que o comentário não foi motivado por *actual malice*[609]; e, c) o privilégio.

Se a declaração é falsa, presume-se que ela foi feita de forma maliciosa (intencional), gerando responsabilidade civil e criminal para o seu autor (ou responsável).

Essa presunção da malícia que surge com a declaração falsa só desaparece se a declaração é feita de forma privilegiada (fala-se aqui em qualificado privilégio). Nesse caso, desaparecendo essa presunção, o ofendido, para conseguir êxito em sua ação por ofensa à sua reputação, terá que provar agora a malícia do declarante.

A declaração é considerada como privilegiada para o *common law* somente quando a pessoa que a faz tem o dever de fazê-la e desde que a faça a uma pessoa que tem o interesse de recebê-la (daí se falar em exigência ou teste do *duty-interest*, ou, ainda, em teste do direito de saber[610]). Assim, por exemplo, está estabelecido pelo ordenamento jurídico que alguém que tem uma informação sobre um determinado crime tem o dever, a obrigação, de relatá-la à polícia. Por sua vez, a polícia tem o interesse de receber essa informação. Nesta hipótese, a pessoa, ao dar uma informação desse tipo à polícia, pode fazer uma declaração difamatória e a pessoa que é o sujeito dela não pode processá-la por difamação, por se tratar de uma informação prestada de forma privilegiada, a não ser que consiga provar a malícia do declarante.[611]

No caso *Reynolds v. Times Newspapers Limited*, o jornal responsável pela publicação da declaração difamatória em face de *Reynolds*, por entender, por um lado, que tinha o dever de informar à sociedade a respeito dos fatos que envolviam um interesse político, e por outro

---

[609] Em sendo ajuizada uma ação de difamação, o acusado tem, na verdade, sete teses defensivas: 1. *Justification*: em que a defesa prova que a declaração é verdadeira; 2. *Fair comment* sobre uma matéria de interesse público, conforme explicado acima; 3. Privilégio: o privilégio pode ser absoluto ou qualificado. O privilégio absoluto é aplicado nas hipóteses em que o sujeito que faz uma declaração difamatória a faz no exercício de uma atividade judicial (por exemplo: juízes, partes em um processo, advogados) ou no exercício de um mandato parlamentar. O privilégio qualificado geralmente existe quando o orador ou escritor tem um dever de comunicar um fato para uma pessoa específica ou para uma pessoa em uma determinada ocasião. Algumas vezes o privilégio é qualificado, mas pode se perder se a publicação é desnecessariamente ampla ou feita com malícia; 4. Consentimento: em que o ofendido concorda com a publicação da declaração que ele entendeu ofensiva; 5. Inocente disseminação: em alguns casos uma parte que não tinha conhecimento do conteúdo da declaração difamatória pode utilizar-se dessa tese como defesa. Por exemplo, um carteiro que entregou um envelope lacrado contendo a declaração difamatória, não é legalmente responsável por qualquer dado que a declaração venha a causar; 6. A pobre reputação do querelante: o réu pode mitigar (reduzir) os danos por sua declaração difamatória se conseguir provar que o querelante não tinha uma boa reputação; e, 7. *Offer of amends* (oferecimento de uma correção). Em que o responsável pela declaração combina com o ofendido uma correção, uma desculpa ou uma compensação financeira. Comentando cinco dessas sete teses defensivas, veja-se: SMARTT, Ursula. *Media Law for Journalists*.London: Sage Publications Ltd., 2006. p. 198.

[610] No original, "[…] duty/interest test, or, the right to know test." A respeito, veja-se: BLOY, *op. cit.*, p. 13.

[611] ELLIOTT; QUINN, *op. cit.*, p. 233.

lado, por achar que a sociedade tinha o direito de tomar conhecimento sobre assuntos desse tipo, procurou argumentar ousadamente sua defesa no sentido de que sua informação se encontrava inserida como uma informação abraçada pelo qualificado privilégio, privilégio esse que, segundo os acusados, deveria ser alargado para alcançar todos os casos que envolvessem uma publicação a respeito de informações políticas.

A tese de que a exigência do *duty-interest* poderia ser satisfeita nos casos que envolvessem uma publicação de uma matéria de interesse político pela mídia foi aceita pela *House of Lords*, que, todavia, considerou que essa exigência não estaria cumprida de forma automática, tornando-se necessário, ainda, analisar outros fatores observados pela corte.[612] Veja-se o importante caso e o seu desdobramento.

Uma crise política ocorrida em novembro de 1994, na Irlanda, acabou provocando a exoneração de Albert Reynolds, então primeiro-ministro daquele país e líder de um importante partido político (*o Fianna Fáil*).

O fato de sua exoneração era de interesse público em razão da função ocupada por Reynolds no governo e também em razão de ele ter sido uma pessoa muito importante na condução do processo de paz da Irlanda do Norte, a ponto de ser considerado, neste aspecto, o arquiteto-chefe do processo de paz daquele país.

A exoneração de Reynolds foi por ele anunciada na *House of Representatives* do Parlamento Irlandês no dia 17 de novembro de 1994, uma quinta-feira. No sábado seguinte, dia 20 de novembro, o jornal *Sunday Times* publicou, em sua edição britânica, um artigo intitulado com a manchete "*Goodbye gombeen man*" (adeus, político astuto). O artigo foi divulgado na seção mundial do jornal e ocupava a maior parte de uma página. No subtítulo do artigo constavam os seguintes dizeres: "*Why a fib too far proved fatal for the political carreer of Ireland´s peacemaker and Mr. Fixit" (Porque uma mentira também pode se tornar fatal para a carreira política de um pacificador irlandês).*

No mesmo dia, a edição irlandesa do jornal *Sunday Times* publicou um artigo de três páginas com a seguinte manchete sobre os fatos: "*House of Cards*"[613], referindo-se à exoneração de Reynolds do governo.

---

[612] A *House of Lords*, a respeito da matéria, também decidiu que não somente a matéria que envolvesse uma questão de interesse político (informação política) poderia ser considerada como qualificada, mas também toda matéria que envolvesse um tema mais abrangente, o interesse público. Neste sentido, destacando essa parte da decisão, torna-se relevante consultar. STONE, Richard. *Textbook on Civil Liberties and Human Rights*. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2008. p. 452.

[613] A manchete relaciona-se aqui com um seriado político exibido pela BBC, na época, em que a narrativa é centrada sobre um imaginário *Chief Whip* (o membro de um partido político encarregado de fazer comparecer os seus correligionários à seções do partido) sobre seu amoral e manipulativo esquema para tornar-se primeiro ministro.

O artigo publicado no jornal inglês se diferenciou em inúmeros aspectos do artigo editado em sua edição irlandesa, apesar de ambas as reportagens tratarem da mesma matéria, a exoneração de Reynolds. Na versão inglesa constava que Reynolds tinha, de forma deliberada e desonesta, enganado o Parlamento Irlandês na terça-feira, dia 15 de novembro, ao omitir uma vital informação ao Parlamento. Ainda afirmava que ele, também deliberada e desonestamente, tinha enganado seu colega de coligação, senhor Spring, por omitir-lhe informações importantes.

O descontentamento de Reynolds com o teor do artigo publicado pela versão inglesa do jornal fê-lo ajuizar uma ação em face do *Sunday Times*, inserindo no polo passivo da demanda todos os responsáveis pelo artigo: Ruddock, Witherow (responsáveis pelo artigo) e Times Newspapers Ltd. (empresa responsável pelo jornal).

A ação foi julgada pelo juiz French J. e um júri, em 1996. A questão processual discutida na ação envolvia o significado do artigo, o qualificado privilégio no *common law*, a tese da justificação, malícia e danos. A tese defensiva, a princípio, era de que a matéria divulgada no jornal se caracterizava como um *fair comment* (justo comentário) sobre uma matéria de interesse público, capaz, portanto, de afastar qualquer responsabilidade dos réus.

O júri decidiu que a alegação difamatória a respeito de Reynolds não era verdadeira, tratava-se de uma declaração fática e não de uma mera opinião, tornando-se impossível de se aplicar ao caso a tese da *justification* (que exige a verdade da declaração) ou da *fair comment* (que só se aplica às opiniões). Por outro lado, entendeu o júri que Ruddock e Witherow, as pessoas responsáveis pelo artigo, não agiram de forma maliciosa (intencional), cabendo ao juiz decidir se a o caso envolvia uma situação inserida como qualificado privilégio.

Apesar de a tese defensiva tentar fazer valer que toda informação sobre política está inserida no qualificado privilégio, o juiz entendeu que a publicação do artigo não era privilegiada, motivo pelo qual condenou os réus a pagarem indenização a Reynolds.

Ambos, Reynolds e os réus, recorreram da decisão. Segundo Reynolds, o juiz havia orientado os jurados de forma equivocada em certos aspectos. Os acusados fundamentaram seu recurso objetivando o reconhecimento do qualificado privilégio para o caso.

A Corte de Apelação, constituída pelos Lordes Bingham of Cornhill C. J., Hirst L. J. e Robert Walker, reconheceram a apelação de Reynolds e entenderam que os réus não podiam contar com o qualificado privilégio para a hipótese. Apesar disso, entenderam que devia ser dada permissão aos réus para apelarem contra esse entendimento que não reconhecia o

qualificado privilégio para a situação, tendo em vista tratar-se de questão de importância pública. Essa questão, então, foi levada pelos réus à Câmara dos Lordes.[614]

Segundo os réus, todas as discussões que envolvem matérias de sério interesse público, em razão de a mídia ter a obrigação de reportar tal matéria para o público e este ter o dever de ser informado a respeito dessas questões, deveriam ser abraçadas pelo qualificado privilégio.

Para o relator do caso, Lorde Nicholls, o *common law* não deverá entender toda e qualquer "informação política" como uma nova categoria de assunto a ser inserida como qualificado privilégio, de forma que a publicação de toda matéria que envolve esse tipo de informação pudesse atrair, sempre, o qualificado privilégio, sob quaisquer circunstâncias. Esse entendimento, segundo o Lorde, poderia não prover uma adequada proteção à reputação alheia[615].

Apesar desse entendimento, a *Law Lords* aceitou que era importante garantir a livre disponibilidade de uma informação que envolve um interesse público para que as pessoas possam ficar bem informadas e fazer escolhas a respeito, por exemplo, ao votar. Afirmou a corte ainda que também é do interesse público que os indivíduos, tais como os políticos, sejam capazes de defender a sua reputação contra falsas alegações, porque, para fazerem uma escolha informada, os eleitores precisam conhecer quem são as boas e as más pessoas.[616]

Desta forma, a *Law Lords*, apesar de não aceitar toda a tese dos réus, estabeleceu as seguintes premissas: a) que a divulgação de uma matéria de interesse público pela mídia pode sim ser inserida como uma matéria de qualificado privilégio, em razão de atender a exigência do *duty-interest*; b) não basta, todavia, que a mídia divulgue uma matéria de interesse público para se beneficiar, automaticamente, do qualificado privilégio, tornando-se necessária, ainda, a análise de outros fatores objetivos que podem ser levados em conta para estabelecer se a matéria está inserida no qualificado privilégio ou não.

---

[614] A Câmara dos Lordes funciona como jurisdição superior em todo o Reino Unido (Inglaterra, Irlanda do Norte, Escócia e País de Gales). As questões submetidas aos tribunais de primeira instância na Inglaterra sobem, segundo o princípio do segundo grau de jurisdição, para o Tribunal de Apelação e, extraordinariamente, podem chegar à Câmara dos Lordes. As decisões proferidas nesta instância constituem precedente para todas as instâncias inferiores. Assim, além de executar funções legislativas, a Câmara dos Lordes mantém alguns poderes judiciais, sendo nesta seara a mais alta corte de apelação para a maioria dos processos no Reino Unido. Estas funções judiciais não são executadas por toda a câmara, mas por um grupo dos membros com experiência legal conhecidos como *Lordes da Lei* (*Law Lords*). A Câmara dos Lordes não é a única corte de último recurso no Reino Unido; em alguns casos, esse papel é cumprido pelo Conselho Privado.

[615] Para Nicholls, a reputação é uma integral e importante parte da dignidade do indivíduo. A respeito, veja-se: BLOY, Duncan. *Law and the Media*.London: Sweet and Maxwell, 2007. p.46.

[616] ELLIOTT; QUINN, *op. cit.*, p. 234.

Neste sentido, a *Law Lords* enumerou, pelo *Lord* Nicholls, de forma não exaustiva, dez fatores objetivos que devem ser observados para que a matéria veiculada possa ser considerada como privilegiada. São eles:

> 1. A seriedade da alegação. A mais perigosa acusação, a que mais dá informações erradas ao público e a que causa mais dano, é a informação que não é verdadeira.
> 2. A natureza da informação e a extensão na qual o sujeito-assunto é uma matéria de interesse público.
> 3. A fonte da informação. Alguns informantes não têm um direto conhecimento do evento. Alguns têm um desejo de promover o assunto ou alguns são pagos para contar a história.
> 4. Os passos dados para verificar a informação.
> 5. O status da informação. A alegação pode já ter sido objeto de uma investigação ordenada a respeito.
> 6. A urgência da matéria. Notícia geralmente é uma mercadoria perecível.
> 7. Se foi solicitado ao querelante algum comentário. Ele pode ter outras informações ou não possuí-las ou não ter revelado. Uma aproximação do querelante não será sempre necessária.
> 8. Se o artigo contém a parte principal da explicação ou versão do querelante.
> 9. O tom do artigo. Um jornal pode levantar uma questão ou chamar por uma investigação. Ele precisa não adotar as alegações como declarações de fato.
> 10. As circunstâncias da publicação, incluindo o *timing*. [617]

No fim de seu raciocínio, *Lord* Nicholls considerou que a liberdade de expressão deverá ser reconhecida e devidamente sopesada, ao afirmar:

> Acima de tudo, a corte deverá ter particular consideração com a importância da liberdade de expressão. A imprensa exerce vital função assim como um cão de guarda ou um cão de caça. A corte deverá retardar tanto quanto possível para concluir que uma publicação não é de interesse público, consequentemente, o público não tinha o direito de saber, especialmente quando a informação está dentro da esfera da discussão política. Qualquer dúvida prolongada deveria ser resolvida em favor da liberdade de expressão.[618]

Segundo a Câmara dos Lordes, todos os fatores acima mencionados são importantes para verificar se o editor se comportou de forma responsável, variando o peso de cada um dos fatores de caso para caso.

No caso Reynolds, depois de sopesar os fatores mencionados acima, entendeu a Câmara dos Lordes que, apesar de se tratar de um assunto de evidente interesse público, a

---

[617] Na versão original, temos o seguinte texto: "1. The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true. 2. The nature of the information, and the extent to which the subject-matter is a matter of public concern. 3. The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories. 4. The steps taken to verify the information. 5. The status of the information. The allegation may have already been the subject of an investigation which commands respect. 6. The urgency of the matter. News is often a perishable commodity. 7. Whether comment was sought from the plaintiff. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the plaintiff will not always be necessary. 8. Whether the article contained the gist of the plaintiff's side of the story. 9. The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact. 10. The circumstances of the publication, including the timing."

[618] "[...] the press discharges vital functions as a bloodhound as well as a watchdog. The court should be slow to conclude that a publication was not in the public interest and, therefore, the public had no right to know, especially where the information is in the field of political discussion. Any lingering doubts should be resolved in favour of publication […]."

reportagem não veiculou a versão dada por Reynolds, mesmo tendo sido ela disponibilizada à imprensa, motivo pelo qual a reportagem não estaria coberta pelo qualificado privilégio.

Esses fatores elencados no caso Reynolds foram levados em consideração em diversos outros julgamentos, formando, pois, um *standard*. Em havendo um conflito entre os dois mencionados direitos fundamentais – liberdade de expressão envolvendo um tema de interesse público e o direito à boa reputação – o juiz deverá levar em conta os dez fatores objetivos destacados pela Câmara dos Lordes para verificar se a matéria divulgada pela mídia pode ser considerada dentro do qualificado privilégio. A decisão deverá decorrer do sopesamento entre os citados dez fatores diante de todas as circunstâncias do caso concreto, lembrando, apenas, que outros fatores podem também ser levados em consideração, conforme destacou a decisão dos Lordes da Lei. Daí se afirmar que o qualificado privilégio *Reynolds* representa a essência do jornalismo responsável.[619]

No caso *Bonnick v. Morris*[620], de 2002, caso esse analisado pelo *Privy Council*[621], o *standard Reynolds* foi aplicado pela corte. Nesse caso, Hugh Bonnick se sentiu difamado por uma reportagem veiculada pelo principal jornal da Jamaica, o *Sunday Gleaner*, envolvendo o seu nome (o de Bonnick), conforme especificado a seguir.

Jamaica Commodity Trading Co. Ltd, ou *JCTC*, uma empresa pública governamental com o monopólio estatal sobre a importação de alimentos básicos na Jamaica, realizou, em 1990, dois contratos com uma empresa belga chamada *Prolacto SA*, visando ao abastecimento de leite em pó. A assinatura do primeiro contrato ocorreu em setembro de 1990 e a do segundo contrato, em dezembro do mesmo ano. Na época em que os contratos foram acordados, o presidente da JCTC era Hugh Bonnick, pessoa que deixou a companhia no Natal de 1990, pouco antes da assinatura formal do segundo contrato.

Algum tempo depois, o primeiro contrato foi objeto de discussão no tocante ao valor pago pela JCTC pela importação do leite em pó comprado da empresa Prolacto, fato que ensejou uma demanda judicial a respeito.

No domingo, 19 de abril de 1992, o *Sunday Gleaner*, o principal jornal da Jamaica, publicou em sua primeira página uma reportagem com uma manchete que dizia: “JCTC ajuíza companhia belga”.

A reportagem informava que os dois contratos celebrados entre as empresas haviam sido realizados, de maneira muito incomum, de forma muito vantajosa para a empresa

---

[619] STONE, R., *op. cit*., p. 454.
[620] [2003] 1 AC 300.
[621] O Comitê Judiciário do Conselho Privado da Rainha (*the Judicial Committee of the Privy Council- JCPC*) é a corte final que decide sobre os recursos contra as sentenças das cortes supremas dos Estados membros da *Commonwealth.*

Prolacto, que teria vendido o produto importado pela empresa JCTC acima do preço de mercado. Afirmava ainda a reportagem que o diretor da JCTC foi despedido da empresa justamente depois de acordado o segundo contrato.

Por considerar a matéria difamatória, Hugh Bonnick, diretor da estatal despedido, ajuizou uma ação em face do jornal *Sunday Gleaner*. Segundo ele, uma pessoa média, razoável, ao ler a notícia, podia facilmente concluir, pelo teor da reportagem, que ele havia agido de maneira inadequada ao conduzir a empresa à feitura dos contratos e que sua demissão, assim, seria o resultado dessa inadequada atuação, motivo pelo qual, segundo ele, a reportagem lhe seria difamatória.

Em sua defesa, o jornal *Sunday Gleaner* mostrou que deu oportunidade a JCTC para comentar os fatos, apresentando esta empresa má vontade para falar a respeito. Alegou também que eles tinham abordado Hugh Bonnick a respeito, e ele, naquele momento, explicou que não havia nenhuma suspeita de fraude em relação aos contratos e que também não existia nenhuma ligação entre a assinatura dos contratos e sua saída da empresa.

As teses defensivas da *justification* e do *fair comment* não foram aceitas em razão de o jornal não conseguir provar a verdade de sua alegação e também em razão de a matéria divulgada não materializar um comentário, mas sim uma declaração de fato.

O *Privy Council* concordou que o artigo era difamatório, porém, depois de sopesar os dez fatores criados no julgamento do caso *Reynolds*, de forma bastante flexível, entendeu que deveria ser aplicado à hipótese o qualificado privilégio, diante, especialmente, do fato de a matéria veiculada ser de interesse público, de o jornal ter agido de forma responsável ao divulgar a matéria e do fato de a declaração veiculada não ser expressamente difamatória.

Segundo a corte, apesar de a Constituição da Jamaica garantir, em seu artigo 22 (1), a liberdade de expressão, este direito fundamental está sujeito a limitações impostas pelo próprio artigo 22 (2) e uma dessas limitações está relacionada com a proteção razoável da reputação alheia, direitos e liberdades de outras pessoas. Dessa forma, segundo a corte, pode ser perfeitamente aplicável ao caso o precedente *Reynolds*, já que neste caso a *House of Lords* assegurou que o direito relacionado ao qualificado privilégio, como foi declarado, era consistente com o artigo 10 da *European Convention for the Protecion of Human Rights and Fundamental Freedoms.*[622] Assim, embora o artigo 10 dessa Convenção não seja exatamente igual ao artigo 22 da Constituição da Jamaica, o direito relacionado ao qualificado privilégio como declarado em *Reynolds* é, igualmente, consistente com o artigo 22 da Constituição da

[622] Esse mencionado artigo 10 é objeto de comentário na seguinte obra: AMOS, Merris. *Human Rights Law*. UK - Portland:Hart Publishing, 2006. p. 433 et seq.

Jamaica. O estilo do artigo 22, apesar de ser diferente do artigo 10, em seu contexto, o efeito é idêntico.

Reconheceu ainda o julgado que, embora o jornal não tivesse publicado a tese defensiva de Bonnick ao divulgar a matéria[623], fato que poderia afastar a defesa do qualificado privilégio se esse privilégio não fosse entendido de forma flexível; a matéria publicada pelo jornal não era expressamente difamatória, extraindo-se a difamação apenas a partir de uma insinuação, já que a partir do conteúdo da notícia, só por si, existia a possibilidade de diferentes entendimentos razoáveis sobre o artigo conter tal insinuação difamatória ou não.

Segundo a corte:

> O privilégio Reynolds é entendido para prover um meio adequado de proteção para o jornalismo responsável que relata matérias de interesse público. O jornalismo responsável é o ponto no qual o justo balanço entre a liberdade de expressão sobre matérias de interesse público e a reputação individual é assegurado. A manutenção desse *standard* é do interesse público e do interesse de todos aqueles que têm sua reputação envolvida. Ele pode ser considerado como o preço que o jornalismo paga em razão do privilégio. Se os jornalistas têm o benefício do privilégio deverão exercer seu dever profissional com perícia e cuidado.
> Para ser significativo este *standard* de conduta ele deverá ser aplicado de maneira prática e flexível. A corte deverá considerar realidades práticas. Os membros da corte consideram que ele deveria ser introduzido sem um desnecessário e indesejável legalismo e rigidez de seu *standard* objetivo, do jornalismo responsável, tendo que ser aplicado em todos os casos exclusivamente de referência a um "significado único" das palavras. De preferência, um jornalista não deveria ser penalizado por tomar uma decisão errada sobre uma questão de significado sobre ao qual diferentes pessoas razoavelmente poderão ter entendimentos diversos. Os membros da corte observam que no presente caso a mesma questão resultou em uma divisão entre os membros da Corte de Apelação. Se as palavras são ambíguas a ponto de, em sua extensão, poder realmente transferir diferentes significados razoáveis para um leitor ordinário, uma corte pode propriamente levar em conta este outro significado para o cálculo quando for considerar se o privilégio Reynolds é válido como uma defesa. Ao fazer isso a corte irá atribuir a esta característica do caso qualquer peso que considerar adequado em todas as circunstâncias.[624]

---

[623] Não ouvir a tese da pessoa difamada pela reportagem, entre outros fatores, também foi decisivo para não considerar o qualificado privilégio em *Armstrong v. Times Newspapers* [2004] EWHC 2928 e *Galloway v. Telegraph Group* [2005] EMLR 7. No primeiro caso, *Armstrong v. Times Newspapers*, Lance Armstrong, um famoso ciclista, sentiu-se difamado pela reportagem veiculada pelo *Sunday Times*, uma vez que a malsinada reportagem sugeria que o ciclista tinha aumentado seu desempenho em razão do uso de drogas ou, ao menos, que existiam razoáveis fundamentos para suspeitar do uso de drogas pelo ciclista. Em sua defesa, o *Sunday Times* alegou duas teses: o qualificado privilégio e a *justification.* O juiz rejeitou o qualificado privilégio em razão de o periódico não ter dado ao ciclista uma chance de colocar sua versão a respeito dos fatos ou de rejeitar a alegação veiculada.

[624] No original, temos: "23. Stated shortly, the Reynolds privilege is concerned to provide a proper degree of protection for responsible journalism when reporting matters of public concern. Responsible journalism is the point at which a fair balance is held between freedom of expression on matters of public concern and the reputations of individuals. Maintenance of this standard is in the public interest and in the interests of those whose reputations are involved. It can be regarded as the price journalists pay in return for the privilege. If they are to have the benefit of the privilege journalists must exercise due professional skill and care. 24. To be meaningful this standard of conduct must be applied in a practical and flexible manner. The court must have regard to practical realities. Their Lordships consider it would be to introduce unnecessary and undesirable legalism and rigidity if this objective standard, of responsible journalism, had to be applied in all cases exclusively by reference to the 'single meaning' of the words. Rather, a journalist should not be penalised for making a wrong decision on a question of meaning on which different people might reasonably take different views. Their Lordships note that in the present case the selfsame question has resulted in a division of view between members of the Court of Appeal. If the words are ambiguous to such an extent that they may readily convey a different meaning to an ordinary reasonable reader, a court may properly take this other meaning into account when considering whether Reynolds

No caso *Grobbelaar v. News Group Newspapers Ltd*[625], o *standard Reynolds* foi novamente aplicado para solucionar um caso concreto que manifestava um real conflito entre a liberdade de expressão e o direito à boa reputação.

Neste caso, o jornal *The Sun* havia publicado uma matéria difamatória sobre o jogador de futebol (goleiro) Bruce Grobbelaar, atribuindo-lhe o recebimento de valores para fixar o placar de jogos, levando gols para isso. A fonte do jornal era a gravação de uma conversa feita por um terceiro em que o goleiro difamado admitia que havia recebido dinheiro para determinar o placar de jogos, admitindo também já ter feito isso no passado, não se revelando, todavia, se a história gravada era verdadeira ou falsa. A história tomou diversas páginas do jornal com manchetes dizendo: "Grobbelaar recebeu propina para fixar placar do jogo" e "Eu salvei o gol por engano e perdi 125,000 libras"[626].

Por considerar a matéria veiculada como difamatória, Grobbelaar ajuizou uma ação em face do jornal *The Sun*. Segundo Grobbelaar, ele teria recebido vários pagamentos em dinheiro, em 1994, totalizando o valor de 8,000 libras, e que os pagamentos eram feitos inicialmente para previsão de resultados dos jogos (que não envolviam o Liverpool, time em que ele havia trabalhado), a razão de 250 libras por cada previsão acertada, e mais tarde, como ele não era um bom previsor a respeito de informações sobre jogadores de futebol e clubes, não se referindo o numerário, portanto, para a fixação de placares de jogos como anunciava o jornal.

O jornal, por sua vez, como tese de defesa, alegou que a matéria publicada estava inserida no qualificado privilégio, uma vez que se tratava de matéria de interesse público, motivo pelo qual o autor da ação teria que provar a malícia do jornal ao veicular a notícia difamatória para sair vitorioso da demanda.

Em primeiro grau, o júri julgou procedente o pedido do autor, considerando a reportagem como difamatória.

Em Segundo Grau, a Corte de Apelação, após sopesar todos os fatores extraídos do caso *Reynolds* diante das circunstâncias do caso então analisado, determinou que a reportagem não poderia ser considerada como privilegiada, tendo em vista (i) que a fonte do

---

privilege is available as a defence. In doing so the court will attribute to this feature of the case whatever weight it considers appropriate in all the circumstances."

625 [2001] EMLR 18, CA.

626 Esta última manchete se referia ao teor de uma das conversas gravadas, em que Grobbelaar afirmava que, por engano, salvou um gol que deveria ter deixado passar, perdendo 125,000 libras por isso.

jornal não era digna de confiança[627], sendo a conclusão do periódico extraída a partir de uma simples sugestão de um terceiro (também goleiro) que, sem apresentar qualquer prova a respeito da fixação real de placares de jogos, mencionava a atuação inadequada de Grobbelaar a partir de algumas conversas gravadas; (ii) que não existia uma urgência real para a publicação da matéria; (iii) que o tom e o peso dado à história, que foi divulgada em diversas páginas durante sete dias seguidos, não foi razoável, uma vez que as matérias veiculadas afirmavam a culpa de Grobbelaar, ao invés de, por exemplo, levantar a questão ou sugerir uma investigação a respeito.[628]

Desta forma, em razão, portanto, de não considerar a conduta do jornal inserida no qualificado privilégio, a Corte de Apelação condenou o *The Sun* a pagar 85,000 libras de indenização ao difamado, decisão essa confirmada pela *House of Lords*, que, todavia, reduziu o valor da indenização (para 1 £).

Para um dos lordes, Simon Brown L. J:

> O que tem sido objeto de crítica [...] é a massiva e impiedosa cobertura da história em sete dias da edição do *The Sun*, geralmente atravessando diversas páginas [...] longe de levantar questões ou solicitar uma investigação a respeito eles afirmaram a culpa de Grobbelaar nos termos mais evidentes.

Em *Loutchansk v. The Times Newspapers Ltd*[629], o jornal *The Times* publicou dois artigos que noticiavam que Grigori Loutchansck, um homem de negócios de dupla nacionalidade (russa e israelita), estaria envolvido em um sério esquema criminoso de lavagem de dinheiro e contrabando de armas nucleares. Essa reportagem do *The Times* serviu de base para que a mídia russa também noticiasse o fato, além de a matéria ficar disponível no site do *The Times,* permitindo amplo acesso ao noticiário por um bom tempo.

Acionado, o *The Times* alegou em sua defesa o qualificado privilégio, informando que é dever de uma imprensa livre comunicar o público em geral a respeito de informações de interesse público (a corrupção e a criminalização da sociedade russa com a lavagem de

---

[627] Em *James Gilbert v. MGN* [2000] EMLR 680, uma publicação referente ao trabalho de crianças também não foi considerada como privilegiada em razão da fragilidade da fonte que serviu de base para a matéria.

[628] Similar entendimento em relação ao estilo sensacionalista da matéria publicada pode ser visto em *Galloway v. Telegraph Group* [2005] EMLR 7. No caso *Al-Fagih v. HH Saudi Research and Marketing UK [2002]* EMLR 215, o tom do artigo foi decisivo para o julgamento da demanda. A ação envolvia a publicação, pela imprensa, de matérias que cobriam alguns acontecimentos relacionados a uma disputa política dentro da comunidade da Arábia Saudita. A respeito, o jornal havia publicado um artigo alegando que um político colega de Al-Fagih, um dos envolvidos na mencionada disputa, tinha dito que Al-Fagih havia propagado um boato malicioso sobre ele e tinha acusado sua mãe (a mãe do político atingido pelo boato) de procurar mulheres nas suas relações sexuais.

[629] [2001] EMLR 38.

dinheiro através de bancos ocidentais), existindo um correspondente interesse por parte do público em geral, e dos leitores do *The Times,* particularmente, em receber tais informações.

Alegou o periódico que a fonte da notícia era confiável, já que o noticiário se embasou em uma declaração do então diretor da CIA sobre um inquérito instaurado a respeito dos fatos e de um relatório do serviço de inteligência britânica sobre a situação divulgada. Além disso, afirmava que o jornal confiou ainda na informação prestada ao Senhor Lister, o autor dos dois artigos, por três fontes não identificadas e uma quarta fonte, eventualmente denominada como Jeffrey Robinson, o autor de um livro sobre organização criminosa, que teria afirmado, entre outras coisas, que Loutchansky tinha sido ou estava sendo investigado pela prática de vários crimes de lavagem de dinheiro.

O *Times* perdeu a ação em Primeiro Grau e entrou com recurso de apelação e o resultado da série de apelações culminou na Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales[630] determinando o retorno dos autos ao juiz de origem para reconsiderar sua decisão à luz da defesa *Reynolds*. Pela segunda vez, o juiz ainda julgou a ação desfavorável ao jornal. A respeito da defesa *Reynolds,* o juiz disse que a questão a ser analisada era se o jornal havia ou não se comportado de forma responsável ao publicar os artigos.

A respeito, segundo o juiz, apesar de a matéria ser de interesse público, a informação veiculada pelo periódico era muito séria e potencialmente muito danosa para a reputação de Loutchansky, motivo pelo qual exigia um alto grau de cuidado antes de ser publicada. Esse *standard* ainda não havia sido fixado: algumas fontes são inseguras, com alegações vagas e o jornal não havia feito um esforço suficiente para checar essas informações da forma devida.

Apesar de o jornal tentar contatar Loutchansky, segundo o juiz, ele deveria ter feito essa tentativa com mais afinco.[631] Ainda, embora a história relatasse que Loutchansky havia denegado a acusação de forma repetida, a matéria veiculada pelo jornal não divulgou sua versão sobre a história publicada.

Em *Gillian Mckeith v. News Group*[632], uma nutricionista, Mckeith, que dava conselhos sobre alimentação num programa de televisão, ajuizou uma ação contra o *Sun* em razão de esse jornal publicar uma matéria dizendo que o diploma da citada nutricionista era falso,

---

[630] *England and Wales Court of Appeal.*

[631] Em *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPLR* [2005] EWCA Civ 74, [78]-[81], não foi reconhecido o qualificado privilégio pela mesma razão. A situação examinada no julgado se referia a um artigo publicado pelo jornal *The Wall Street Journal Europe* a respeito do eventual envolvimento do conglomerado internacional *Abdul Jameel Group (empresa com inúmeros interesses comerciais, incluindo a distribuição de veículos Toyota)* com o terrorismo responsável pelo atentado de 11 de setembro de 2002, em Nova Iorque e Washington, lançando o noticiário suspeitas a respeito de tal conglomerado colaborar no financiamento da rede terrorista Al-Qaeda.

[632] Esse caso é analisado na seguinte obra: ELLIOTT; QUINN, *op. cit.*, p. 236.

porque ela teria recebido seu diploma de graduação através de um curso por correspondência feito em uma pequena faculdade americana.

Em defesa, o jornal alegou o *standard Reynolds*, mas a corte entendeu que ele não poderia ser aplicado, uma vez que embora a matéria fosse de interesse público, dado que a demandante oferecia conselhos nutricionais ao público, não existia um interesse público que justificasse ao jornal *Sun* afirmar a seus leitores que a graduação de Mckeith era "sem valor", uma vez que seu jornalista admitiu conhecer que ela tinha feito dois anos de estudo para obter a qualificação de nutricionista. Além do mais, o periódico não divulgou, ao veicular a matéria difamatória, a alegação de Mckeith a respeito dos fatos.

O *standard Reynolds* se aplica também nas hipóteses em que a matéria veiculada pela imprensa é capaz de ofender a boa reputação de uma empresa, uma companhia comercial, uma vez que prevalece o entendimento de que o bom nome da companhia é uma valorizada mercadoria.[633] Essa situação foi tratada, ao menos indiretamente, pela *House of Lords* no julgamento do caso *Jameel and others v. Wall Street Journal Europe Sprl.*[634]

Podemos então concluir que o privilégio *Reynolds*, assim, procura proteger a veiculação de matérias difamatórias de importância pública em que o acusado, geralmente um meio de imprensa, fez a publicação da matéria de forma responsável, sem considerar a veracidade ou falsidade da matéria.[635] Por outro lado, publicações que se embasam em fontes não confiáveis, publicações feitas sem dar uma real oportunidade ao ofendido pela matéria, publicações que apresentam suspeitas como fatos, em não sendo consideradas responsáveis, não estão inseridas como reportagens privilegiadas.

Enfim, a defesa *Reynolds* aparece para oferecer aos jornalistas um tipo de defesa importante e capaz de garantir uma imprensa livre, sem, todavia, deixar de conduzir a conduta dos meios de imprensa para um jornalismo responsável. Visa proteger a notícia que mantém a sua qualidade essencial: tentar, de forma responsável, veicular uma exata representação do evento que ela está reportando.[636]

Todavia, conforme ensina Richard Stone, a maneira pela qual a *House of Lords* abordou o assunto em Reynolds, mesmo se interpretada de forma ampla, é muito mais estreita que o critério adotado em outras jurisdições[637] onde, efetivamente, políticos ou outras figuras

---

[633] BLOY, Media… *op. cit.*, p. 49.
[634] [2006] UKHL 44.
[635] KENYON, *op. cit.*, p. 196.
[636] HARRISON, J. *News (Routledge Introductions to Media and Communications)*. New York: Routledge. 2005. p. 106.
[637] Tais como, segundo o autor, os critérios adotados nos julgamentos dos casos: 1) *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), nos Estados Unidos; 2) *Rajagopal v. State of Tamil Nadu* (1994), na Índia; e, 3) *Lange v. Australian Broadcasting Corp* (1997), na Austrália.

públicas podem somente ser capazes de ajuizar uma ação de difamação em face da imprensa se conseguirem provar a *actual malice* da mídia.[638] Na Inglaterra, ao contrário, várias outras circunstâncias do caso concreto serão levadas em consideração para verificar se o caso se identifica como uma situação capaz de materializar um jornalismo responsável.

4.2.4 O qualificado privilégio de defesa *Lange* (Austrália)

O qualificado privilégio *Lange* surgiu a partir do julgamento, pela *High Court of Australia*[639] em 1997, do caso *Lange v. Australian Broadcasting Corporation*[640], um caso concreto que envolveu uma situação real de conflito entre a liberdade de expressão e o direito à boa reputação.

Diante da importância desse caso e do que ele representa para a liberdade de expressão, torna-se necessário analisá-lo em profundidade, fato que reclama um conhecimento mais extenso a respeito da liberdade de expressão no direito australiano e de alguns casos que interferiram diretamente na formação do qualificado privilégio *Lange*. É o que se passa a fazer.

Apesar de adotar valores do Liberalismo, em toda a história da Austrália até 1992, a liberdade de expressão era reconhecida apenas como um privilégio concedido aos membros integrantes dos setores dominantes da sociedade, não tendo esse direito fundamental um valor central na cultura política australiana. Assim, quando era utilizada para defender pontos de vistas minoritários, a liberdade de expressão era bastante precária, podendo ser considerada ilegal por alguma razão ou outra.

A titulo de exemplo, podemos lembrar uma série de estratégias legais adotada pelo governo a partir da década de 1920 para suprimir a liberdade de expressão dos comunistas (pessoas que representavam, segundo a ideologia então prevalecente, uma ameaça para a ordem estabelecida), tais como as várias tentativas do governo australiano de deportar líderes

---

[638] STONE, R., *op. cit.*, p. 453.
[639] A *High Court of Australia* é o tribunal de última instância da Austrália e tem as funções de analisar a constitucionalidade das leis votadas pelo Parlamento Australiano e pelo Parlamento dos Estados, além de interpretar a Constituição da Austrália, apresentando-se, ainda, como uma corte final de apelação.
[640] (1997) 145 ALR 96.

grevistas, dirigentes sindicais sob o argumento de que a presença de pessoas desse tipo na Austrália seria prejudicial à paz, à boa ordem e ao governo do *Commonwealt.*[641]

Mais recentemente, já em 1977, este mesmo ideal ainda prevalecia. Isso pode ser evidenciado com a situação vivenciada por um jornalista (Salemi) integrante de um Partido Comunista Italiano, pessoa que, após se tornar um imigrante ilegal na Austrália em razão da expiração de sua licença temporária, apresentou-se às autoridades locais, diante de uma promessa de anistia elaborada pelo governo australiano, com o intuito de permanecer naquele País, momento em que foi deportado para o seu País de origem, apesar do compromisso de anistia abranger a sua situação.[642]

Na verdade, esse cenário de total desprezo pela liberdade de expressão só foi alterado a partir de 1992, com o julgamento de dois casos emblemáticos pela *High Court* da Austrália, os casos *Nationwide News Pty Ltd v. Wills*[643] e *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth*[644], tendo sido o pensamento ali expressado pela Corte ratificado através do julgamento de outros dois casos importantes também pela *High Court*, desta vez em 1994, os casos *Theophanous v. Herald and Weekly Times Ltd*[645] e *Stephens v. West Australian Newspapers Ltd.*[646]

Nos dois casos primeiramente mencionados acima, julgados em 1992, casos esses que envolviam diretamente a liberdade de expressão, a maioria da *High Court* australiana entendeu, a partir da própria estrutura da Constituição da *Commonwealth*, particularmente com base no seu conceito de governo representativo, que a Constituição garantia, ainda que implicitamente,[647] uma liberdade de comunicação política[648].

---

[641] O movimento de deportar dirigentes sindicais foi derrotado pela *High Court of Australia* no caso *Ex parte Walsh, In re Yates* (1925) – 37 CLR 32, quando a Corte decidiu que os dirigentes sindicais não eram "imigrantes" na acepção da lei, não podendo, portanto, ser deportados.

[642] A *High Court of Australia,* ao julgar o caso *Salemi v. MacKellar* (1977 - 137 CLR 396) considerou a deportação como válida, apesar de o imigrante ter se apresentado às autoridades diante da promessa de anistia.
Outros exemplos que envolvem enorme restrição à liberdade de expressão ainda podem ser citados. Em 1949, por exemplo, dois membros do Partido Comunista da Austrália foram presos, com base na Lei de Sedição, simplesmente por expressarem suas opiniões políticas.

[643] (1992) 177 CLR 1.

[644] (1992) 177 CLR 106.

[645] (1994) 182 CLR 104.

[646] (1992) 182 CLR 211.

[647] A Constituição Australiana, que é de 1901, não prevê expressamente proteção para a liberdade de expressão, mas o texto e a estrutura da Constituição criaram, segundo o entendimento da Corte, uma implícita proteção para a comunicação política.

[648] A decisão da corte foi estabelecida por uma maioria de 4 a 3. Votaram a favor da liberdade de expressão os ministros Manson CJ, Toohey, Gaudron JJ e Deane J. Contra a possibilidade de uma implícita liberdade de discussão política poder constituir uma limitação sobre as leis federais, votaram os ministros Brennan, Dawson e McHugh JJ. Mason CJ notou, em sua decisão, que a liberdade de expressão para criticar ações governamentais nas modernas democracias tem sido reconhecida na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e na Corte Europeia de Direitos Humanos. Ele mencionou particularmente uma jurisprudência do Canadá que tinha declarado a liberdade de expressão como "indispensável para o trabalho eficaz da democracia representativa do Canadá" para fundamentar sua decisão.

Desta forma, no caso *Nationwide News Pty v. Wills*, com base nessa premissa é que a *High Court* considerou que a seção 299 (1) (d) (ii) do Ato de Relações Industriais de 1988 (*Industrial Relations Act*) era incompatível com a Constituição na parte em que determinava como ilegal o fato de alguém declarar palavras capazes de imputar descrédito ou má reputação à Comissão das Relações Industriais ou a qualquer um de seus membros.[649]

Em *Australian Capital Television* foi discutida a constitucionalidade da Parte IIID *da Broadcasting Act 1942* (e as respectivas modificações trazidas pela *Political Broadcasts and Political Disclosures Act 1992*), uma lei federal que objetivava restringir a publicidade política durante campanhas eleitorais, sendo tal lei federal declarada inconstitucional diante da implícita garantia da liberdade de expressão política garantida pela Constituição.

Nesses julgados, apesar de a *High Court* entender que o direito à liberdade de comunicação das questões políticas e assuntos públicos é garantida pela Constituição, não vislumbrou esse direito como absoluto, possibilitando que uma legislação infraconstitucional, desde que de forma proporcional (ou seja, desde que necessária para satisfazer uma necessidade social premente e para servir a alguns imperiosos e importantes interesses públicos)[650], possa vir a restringir essa liberdade de comunicação.

Nos dois casos julgados em 1994 (*Theophanous* e *Stephens*), casos esses que envolviam a liberdade de expressão diante da lei de difamação, a *High Court of Australia* confirmou o entendimento no sentido de que a liberdade de expressão política decorre do sistema representativo previsto na Constituição da *Commonwealth* para considerar que a *common law* de difamação havia ponderado de forma equivocada contra a liberdade de comunicação, fato que possibilitaria estabelecer uma defesa, agora derivada da Constituição, nas hipóteses em que a publicação difamatória representava uma discussão política.[651]

Para Ian Cram, essas duas decisões representaram o primeiro sinal inequívoco de um maior ativismo por parte da *High Court of Australia*. CRAM, Ian. *A Virtue Less Cloistered:* Courts, Speech and Constitutions. UK - Portland: Hart Publishing. 2003. p. 34.

649 Em parte de seu voto, o juiz Brennan, da *High Court*, expressou que: "[…] onde a democracia representativa é constitucionalmente defendida, ela carrega consigo os incidentes jurídicos que são essenciais para a efetiva manutenção daquela forma de governo. Uma vez que se reconhece que a democracia representativa é constitucionalmente prescrita, a liberdade de discussão, que é essencial para sustentá-la, é tão firmemente defendida pela Constituição como o sistema governamental que a Constituição expressamente ordena." No original, temos o seguinte teor: "[...] where a representative democracy is constitutionally entrenched, it carries with it those legal incidents which are essential to the effective maintenance of that form of government. Once it is recognised that a representative democracy is constitutionally prescribed, the freedom of discussion which is essential to sustain it is as firmly entrenched in the Constitution as the system of government which the Constitution expressly ordains.".

650 Parte do voto de Gaudron J, da *High Court of Australia*, no caso *Cunliffe v. The Commonwealth of Australia* (1995) 182 CLR 272.

651 O placar nesses julgados foram os mesmos dos fixados nos casos de 1992, ou seja, 4 a 3, com os juízes Manson CJ, Toohey, Gaudron JJ e Deane J votando a favor do estabelecimento de uma defesa derivada da Constituição para os casos que envolviam difamação.

Assim, *Theophanous* e *Stephens* "constitucionalizaram" a lei australiana de difamação (o *Defamation Act 1974*) e reconheceram que a Constituição, ainda que indiretamente, garantia o direito de liberdade de expressar uma comunicação política. Por consequência, estabeleceram ainda que o acusado, para se valer da proteção constitucional da liberdade de comunicação política e não responder por crime de difamação em uma situação concreta, teria que provar que ele não conhecia a falsidade a respeito da matéria publicada; que ele não tenha publicado a matéria com despreocupado descuido em relação à falsidade da mesma; e, que a publicação era razoável diante das circunstâncias concretas.

Em *Theophanous*, a *High Court*, com base nas lições de Eric Barendt, adotou uma definição ampla para estabelecer os limites do que vem a ser expressão política, definindo-a como "[...] uma expressão relevante para o desenvolvimento da opinião pública sobre toda a extensão de uma matéria pública que um inteligente cidadão deveria pensar a respeito."[652]

Além de criar essa defesa constitucional, que passou a exigir que casos de difamação que envolvessem uma informação política teriam que passar por uma leitura constitucional da liberdade de expressão política, o caso *Theophanous*[653] criou para o sujeito processado por difamação um qualificado privilégio mais extenso do que o até então previsto no direito australiano.

A Defamation Act 1974 do Direito Australiano, em sua seção 22, prevê, de forma semelhante ao que ocorre no Direito Inglês[654], que a pessoa processada por difamação pode alegar em sua defesa que a informação foi divulgada de forma qualificadamente privilegiada, ou seja, que a informação foi divulgada por quem tinha um dever de divulgá-la e essa veiculação foi feita para quem tinha um interesse em recebê-la (*duty-interest*). Inserida a declaração no qualificado privilégio, o autor das declarações só responderá por difamação caso o ofendido com as declarações consiga provar uma real malícia do declarante.[655]

Até 1994, essa defesa do qualificado privilégio quase não era utilizada, uma vez que a entendiam de forma bastante restrita, não se aplicando quando a matéria publicada fosse dirigida ao público em geral. Portanto, até 1994, a tese do qualificado privilégio não era capaz de beneficiar os meios de comunicação que divulgavam matérias para esse público.

---

[652] No texto original, temos o seguinte teor: "[…] relevant to the development of public opinion on the whole range of public issues which an intelligent citizen should think about."

[653] Em razão de o caso *Theophanous* ser mais conhecido, a doutrina e jurisprudência australiana preferem fazer menção expressa unicamente a esse caso, não fazendo menção expressa, todas as vezes que abordam o tema, ao caso *Stephens*.

[654] A respeito, torna-se necessário consultar a parte do texto que fala sobre o qualificado privilégio Reynolds, da Inglaterra.

[655] A respeito das formas do *common law defence*, Cf. BURROWS, Andrew. *English Private Law* (Oxford Principles of English Law). 2nd ed. USA: Oxford University Press, 2008. p. 1287.

Essa forma de interpretar o qualificado privilégio foi modificada com o julgamento do caso *Theophanous*. A partir daí, foi assegurado (por 4 a 3) que o qualificado privilégio (*duty-interest*) previsto pela *common law* deveria ser interpretado à luz da liberdade de comunicação política constitucional. Por consequência, passou-se a entender que a mídia tem sim o dever (*duty*) de publicar e o público o interesse (*interest*) em receber informações políticas.

Dessa forma, a publicação de uma discussão de matérias políticas era agora capaz de configurar o qualificado privilégio, tendo o ofendido pela publicação uma única chance de vitória: provar a real malícia da mídia ao divulgar a informação política.

Sem embargo, verifica-se facilmente a importância dos julgados de 1994, uma vez que criaram para o acusado por difamação dois tipos de defesa completamente inéditos. Uma defesa decorrente da própria Constituição (conhecida como defesa *Theophanous*[656]) e uma defesa com base num qualificado privilégio mais extenso, qualificado privilégio esse já previsto pela lei de difamação, mas agora visto sob uma leitura constitucionalizada.[657]

Diante do fato de apenas uma pequena maioria da *High Court* (4 a 3) reconhecer essa leitura constitucionalizada da liberdade de expressão política, tendo, logo após os julgados de 1994, dois juízes que formavam a maioria se aposentado[658], nova expectativa surgiu em torno do assunto. O novo entendimento da *High Court* a respeito da matéria ocorreu com o julgamento dos casos *Levy v. State of Victoria*[659] e *Lange v. Australian Broadcasting Corporation.*[660] Esse último caso foi capaz de materializar o qualificado privilégio *Lange*, objeto de nosso estudo.

Esse caso, julgado pela *High Court of Australia* em 1997, decorreu originariamente de uma ação de difamação ajuizada pelo Deputado *David Lange*, ex-Primeiro Ministro da Nova Zelândia, em face de *Australian Broadcasting Corporation* perante a *Supreme Court of New South Wales* em razão dessa empresa de mídia veicular, em um de seus programas

---

[656] Neste caso, diante de um processo de difamação, bastaria ao editor demonstrar que a matéria publicada envolvia a comunicação de uma questão política e que ele (i) não tinha ciência da falsidade da matéria publicada; (ii) não publicou a matéria com intenção de difamar ou com despreocupado descuido a respeito; e, (iii) que a publicação era razoável diante das circunstâncias.

[657] Neste tipo de defesa, ao alegar o qualificado privilégio, o acusado terá que demonstrar que a matéria publicada envolvia a comunicação de uma matéria política, respondendo por difamação apenas no caso do ofendido pela reportagem conseguir provar a malícia do responsável pela matéria publicada.

[658] Os juízes Anthony Mason e William Deane se aposentaram em 1995, sendo nomeados os juízes Gummow e Kirby.

[659] (1997) 146 ALR 248, julgado em 31 de julho de 1997. Apesar de esse caso representar o primeiro caso a respeito do tema depois dos casos *Theophanous* e *Stephens*, ele só foi julgado depois do caso *Lange*. Daí a maior notoriedade do caso *Lange*, representando o julgamento do caso *Levy* apenas uma aplicação dos princípios já enunciados em *Lange*.

[660] (1997) 145 ALR 96 at 103, julgado em 8 de julho de 1997.

investigativos, o *Four Corners*, uma reportagem com críticas a *Lange*, chegando a mencionar que ele não tinha capacidade para exercer o cargo de Primeiro Ministro da Nova Zelândia.[661]

Em um julgamento unânime[662], a Corte endossou o princípio da liberdade de comunicação sobre matérias governamentais e políticas como "[...] um indispensável incidente do sistema governamental representativo criado pela Constituição da *Commonwealth*"[663]. A Corte enfatizou ainda que esta liberdade não constitui um direito pessoal no sentido convencional dos direitos humanos, como o estabelecido pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA. As Seções 7[664] e 24[665] da Constituição da Austrália (que tratam do sistema representativo) sobre as quais a liberdade está baseada, meramente proíbem que os poderes legislativo e executivo ameacem esta liberdade. A liberdade está limitada, segundo a Corte, "[...] ao que é necessário para o funcionamento eficaz do sistema de governo representativo e responsável previsto na Constituição".

O que emerge do que foi visto acima é a consistente tentativa de fazer nascer ou embasar a liberdade de comunicação política como decorrente de uma instituição, a democracia representativa. Esta teórica fundação para a liberdade de comunicação política significa que ela não é um direito pessoal, mas uma necessária consequência do governo representativo e responsável estabelecido na Constituição. Implicitamente, em tal formulação, há uma recusa da liberdade de expressão como um direito natural ou como essencial aspecto da humanidade, sendo a formulação consistente com o constitucionalismo que considera o

---

[661] *Lange* também ajuizou uma ação por declaração difamatória sobre seu desempenho como Primeiro Ministro em face de uma revista da Nova Zelândia. Cf. *Lange v. Atkinson* (1998) 3 NZLR 424; [2000] 1 NZLR 257, PC 264.

[662] Proferido pelos juízes Brennan CJ, Dawson, Toohey, Gaudron, McHugh, Gummow e Kirb JJ.
Para Haig Patapan, *Lange* é um marco na *High Court of Australia*, no que concerne à comunicação política, em razão de ter sido proferido em um julgamento unânime, consolidando, assim, sua jurisprudência sobre implícitos direitos. Cf. PATAPAN, Haig. *Judging Democracy: The New Politics of the High Court of Australia (Reshaping Australian Institutions)*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 56.

[663] (1997) 145 ALR 96 at 103.

[664] A Seção 7 estabelece que: "The Senate shall be composed of senators for each State, directly chosen by the people of the State, voting, until the Parliament otherwise provides, as one electorate.
But until the Parliament of the Commonwealth otherwise provides, the Parliament of the State of Queensland, if that State be an Original State, may make laws dividing the State into divisions and determining the number of senators to be chosen for each division, and in the absence of such provision the State shall be one electorate.
Until the Parliament otherwise provides there shall be six senators for each Original State. The Parliament may make laws increasing or diminishing the number of senators for each State, but so that equal representation of the several Original States shall be maintained and that no Original State shall have less than six senators. The senators shall be chosen for a term of six years, and the names of the senators chosen for each State shall be certified by the Governor to the Governor-General."

[665] A Seção 24 estabelece que: "The House of Representatives shall be composed of members directly chosen by the people of the Commonwealth, and the number of such members shall be, as nearly as practicable, twice the number of senators. The number of members chosen in the several States shall be in proportion to the respective members of their people, and shall, until the Parliament otherwise provides, be determined, whenever necessary, in the following manner:
(i.) A quota shall be ascertained by dividing the number of the people of the Commonwealth, as shown by the latest statistics of the Commonwealth, by twice the number of senators:
(ii.) The number of members to be chosen in each State shall be determined by dividing the number of people of the State, as shown by the latest statistics of the Commonwealth, by the quota; and if on such division there is a remainder greater than one-half of the quota, one more member shall be chosen in the State. But notwithstanding anything in this section, five members at least shall be chosen in each Original State."

governo representativo e responsável como essencial para o desenvolvimento humano e o progresso.[666]

Em apertada síntese, podemos afirmar que o caso *Lange* é importante por três motivos: 1º) confirmou, agora de forma unânime, que toda legislação infraconstitucional (federal, estadual, territorial e o *common law*) deverá conformar-se com a liberdade de comunicação política, sendo ela considerada pela corte como "um incidente indispensável" do sistema de governo criado pela Constituição; 2º) fixou um teste a ser feito para verificar se a liberdade de comunicação política garantida pela Constituição foi violada por uma lei infraconstitucional;[667] e, 3º) determinou que o qualificado privilégio, como era entendido antes do caso *Theophanous*, não é compatível com a Constituição, uma vez que muito restrito e incapaz de garantir a comunicação política para o público em geral. Neste último aspecto, a Corte também não aceitou a amplitude do qualificado privilégio fixado pelo caso *Theophanous*, estabelecendo, assim, um novo *standard* para ele. O privilégio firmado em *Lange* inclui elementos tanto da defesa *Theophanous* da comunicação política quanto do expandido *duty-interest* capaz de caracterizar o qualificado privilégio estabelecido em *Theophanous*. Surge, portanto, uma qualificado privilégio mais restrito e inédito.

Se para se inserir no qualificado privilégio fixado em *Theophanous* e *Stephens* bastava ao acusado demonstrar que a matéria publicada envolvia a comunicação de uma matéria política, aceitando apenas a real malícia como forma de exclusão do privilégio, agora, para se caracterizar o qualificado privilégio *Lange*, o acusado deverá demonstrar dois pressupostos: 1º) que a matéria a ser publicada "seja referente a matérias governamentais e políticas que afetam o povo da Austrália"; e, 2º) que era razoável publicar a matéria nas circunstâncias do caso concreto.

Segundo a Corte da Austrália, a exigência do segundo pressuposto decorre do fato de uma publicação para o público em geral ser capaz de causar um dano mais significativo à pessoa ofendida do que uma declaração difamatória que não é divulgada pela mídia.

Uma ideia extraída de forma bastante clara da decisão, não deixando, portanto, margens à dúvida,[668] está relacionada ao primeiro pressuposto do qualificado privilégio *Lange*. O que foi fixado como imprescindível aqui para preenchimento do pressuposto é

---

[666] PATAPAN, *op. cit.*, p. 59-60.

[667] Dessa forma, a corte estabeleceu que uma lei será compatível com a liberdade de comunicação política garantida pela Constituição se ela atender a duas condições. A primeira condição será atendida se o objetivo da lei for compatível com a manutenção do sistema constitucionalmente prescrito de governo representativo e responsável. A segunda é que a lei seja razoavelmente apropriada e adaptada para realizar aquele legítimo objetivo ou fim. Cf. CARNEY, Gerald. *The Constitutional Systems of the Australian States and Territories*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 422.

[668] Não há espaço aqui para a doutrina sugerir, como foi feito por alguns em relação aos casos de difamação de 1994 (*Theophanous* e *Stephens*), que a *High Court* teria estabelecido aqui uma defesa semelhante à doutrina da real malícia.

natureza da discussão veiculada pela mídia e não o cargo ocupado pela pessoa envolvida com a notícia. Não é necessário que a notícia divulgue um fato relacionado a um político, a um homem público ou a uma figura pública como ficou estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*[669] (doutrina da *actual malice*), bastando apenas que a natureza da matéria seja de interesse público.

Daí se poder afirmar que o qualificado privilégio *Lange* se caracteriza como um critério híbrido de solução de conflitos entre a liberdade expressão e o direito à boa reputação, apresentando, assim, uma mistura entre o *definitional balance* e o *ad hoc balance*. A High Court *of Australia*, ao adotar o qualificado privilégio *Lange*, de uma lado, escolheu o *definitional balance* ao determinar que o qualificado privilégio por expressão publicada para o público em geral estava limitado para expressões sobre "matérias políticas e governamentais", aproximando-se, de outro lado, do *ad hoc balancing* ao exigir que a conduta do acusado deveria ser razoável diante das circunstâncias do caso concreto.[670]

Alguns casos julgados pelos tribunais australianos poderiam nos fornecer com mais precisão o que vem a ser "matérias governamentais e políticas que afetam o povo da Austrália", tornando-se necessário destacar desde logo, porém, que a delimitação da extensão desse pressuposto tem se revelado uma difícil tarefa para os tribunais. A respeito, podemos encontrar decisões em dois sentidos completamente opostos: umas capazes de fixar uma extensão mais ampla para o pressuposto[671] e outras que fixam uma posição bastante restrita.[672]

A própria *High Court of Australia*, no julgamento do *caso Coleman v. Power*[673], em setembro de 2004, reconheceu expressamente a dificuldade de delimitar esse pressuposto. O caso analisado pela Corte envolvia a situação de Gleeson CJ, pessoa que, ao distribuir panfletos nas ruas de Townsville contendo acusações de corrupção contra diversos agentes da polícia local, em sinal de protesto, foi abordada por um dos policiais acusados que queria ver um dos panfletos. Neste momento, Glesson empurrou o policial e afirmou em alta voz: "este é o agente de polícia Brendan, um dos policiais corruptos". Por este motivo, o autor do protesto

---

669 376 U.S. 254 (1964).
670 BARENDT, *op. cit*, p. 226; MILO, *op. cit.*, p.10.
671 Em 1994, quando foram decididos os casos *Theophanous* e *Stephens*, prevalecia na *High Court of Australia* uma visão mais ampla a respeito da definição de comunicação política, sendo essa expressão entendida como sinônima de "negócio público". No caso *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth*, por exemplo, a expressão comunicação política abrangeu um sentido bem amplo, capaz de absorver governo, política, candidato, funcionário público, políticos, matérias públicas e pessoas cujas atividades são objeto de debates políticos, tais como reunião de líderes e comentaristas políticos.
672 Mais recentemente, entretanto, o entendimento mais restrito parece prevalecer. Desta forma, comunicação política pode ser limitada para os casos em que a informação é relevante para as decisões de eleitores sobre seus respectivos votos. Cf. KENYON, *op. cit.*, p. 214.
673 (2004) 209 ALR 182.

foi preso pelo policial, sendo mais tarde acusado e condenado pela prática de um crime descrito no art. 7º (1) (d) do *Vagrants, Gaming and Other Offences Act 1931* (conhecido como *Vagrant Act)*, ato normativo que estabelecia como conduta criminosa o fato de uma pessoa, em um local público, utilizar-se de ameaça, abuso ou palavras insultantes em relação a qualquer pessoa.

Para o magistrado que julgou o caso em Primeira Instância, o acusado não estava protestando contra qualquer lei ou policial, mas estava realizando um protesto pessoal em face "dos agentes de polícia de Townsville". O caso dividiu a Corte de Apelação de *Queensland*, indo parar na *High Court of Australia*.

O argumento do condenado, Glesson, foi fundamentado no sentido de que o dispositivo infraconstitucional acima citado era incompatível com a garantia constitucional da liberdade de comunicação política conferida indiretamente pela Constituição *Commonwealth*, conforme reconhecido em *Lange v. Australian Broadcasting Corporation*, uma vez que seu protesto envolvia uma questão política ou governamental.

No curso do processo, foi aceito pelo Procurador-Geral de *Queensland* que o dispositivo infraconstitucional atacado poderia realmente, em algumas circunstâncias, violar a liberdade de comunicação política garantida pela Constituição, uma vez que palavras ameaçadoras, abusivas ou insultuosas poderiam realmente se referir, em algumas situações, a assuntos políticos ou governamentais. A Corte destacou, todavia, que o caso é capaz de ilustrar muito bem a vagueza de conceitos como "debate político". A respeito, afirmou a Corte que:

> Os fatos analisados no caso ilustram a vagueza de conceitos tais como 'debate político' e 'no curso de comunicação sobre matérias políticas e governamentais'. Porque a liberdade constitucional identificada em *Lange* não se estende genericamente para todos os tipos de expressões, mas é limitada a certos tipos, muitos casos irão surgir [...] onde poderá haver um grau de artificilidade envolvida na caracterização da conduta para o propósito de decidir se a lei, na sua aplicação para tais comportamentos, impõe um pesado fardo para o tipo de comunicação protegida [...].[674]

Depois de expressar que palavras insultantes não são verdadeiramente importantes para uma "discussão aberta" ou para a "descoberta da verdade", não expressando este tipo de palavra uma "opinião", a Corte concluiu que o dispositivo infraconstitucional atacado não era

---

[674] No original temos o seguinte trecho: "The facts of the case illustrate the vagueness of concepts such as 'political debate', and words spoken 'in the course of communication about governmental or political matters'. […] Because the constitutional freedom identified in Lange does not extend to speech generally, but is limited to speech of a certain kind, many cases will arise […] where there may be a degree of artificiality involved in characterising conduct for the purpose of deciding whether a law, in its application to such conduct, imposes an impermissible burden upon the protected kind of communication."

incompatível com a garantia de liberdade de comunicação política garantida pela Constituição, representando tal dispositivo uma regulação razoável feita no interesse de uma sociedade ordenada.

A dificuldade de delimitação do que vem a ser "matérias governamentais e políticas" pode ser demonstrada, ainda, diante da controvérsia jurisprudencial descrita a seguir. No caso *Williams v. John Fairfax and Sons Ltd*[675], o juiz Levine J, da Suprema Corte de *New South Wales*, considerou como discussão política uma matéria em torno da atuação funcional de um membro do Judiciário. Em sentido contrário, muitas cortes têm entendido que a conduta de um magistrado não pode ser considerada como "matérias políticas ou governamentais", uma vez que o ofício dos juízes, individualmente considerados, é realizado independentemente da ramificação legislativa e executiva do governo.[676]

Demonstrada a dificuldade de estabelecer a definição e delimitação do que vem a ser matérias governamentais e políticas, alguns julgados, entretanto, podem colaborar para o esclarecimento do assunto.[677]

É o que ocorreu com o julgamento do caso *Peterson v. Advertiser Newspapers Ltd*[678], em que o Tribunal Pleno da Suprema Corte do Sul da Austrália (*Supreme Court of South Australia*) entendeu que uma matéria relacionada à atuação de um membro do Poder Legislativo estadual e sua obrigação parlamentar era uma matéria de discussão política.

Em *Sporting Shooters´Association (Vic) v. Gun Control Australia*[679], o juiz Shelton, da *County Court of Victoria*, assegurou que o debate sobre o controle de armas constitui uma discussão de matéria política em vista das campanhas para influenciar a política governamental em relação a este tema.

Discussões envolvendo matérias de administração pública podem frequentemente preencher o pressuposto ora analisado. Um exemplo desse entendimento é oferecido por *Chapman v. Conservation Council of South Australia.*[680] Nesse caso, julgado pela *Supreme Court of South Australia*, o jornal *Conservation Council*, em razão de se posicionar contra a construção de uma ponte de acesso à *Ilha Hindmarsh*, publicou onze reportagens com o

---

675 (1994) A Def R 52,010 at 43,075-6.

676 Neste sentido: *The Herald and Weekly Times Ltd v. Popovic* [2003] VSCA 161 [9], [507]; *John Fairfax Publications Pty Ltd v. O´Shane* [2005] NSWCA 164, [95]; *Peek v. Channel Seven Adelaide Pty Ltd* [2006] 94 SASR 196 [95]; *APLA Ltd v. Legal Services Commissioner* (NSW) (2005) 219 ALR 403 [64]. Neste último caso, um dos juízes, McHugh J, afirmou expressamente que o exercício do poder judiciário não está dentro da liberdade reconhecida em Lange.

677 Em sua obra, Matthew Collins também busca esclarecer a definição de matérias políticas ou governamentais com a citação de vários julgados. Cf. COLLINS, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet.* 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006. p. 142-143.

678 (1995) 64 SASR 152 at 156.

679 (1995) A Def R 52 at 43.

680 (2003) 87 SASR 62, [16] [18].

objetivo de veicular uma campanha contra a construção da ponte, partindo para atacar, nessas reportagens, a reputação dos responsáveis pela obra, Tom e Wendy Chapman, que se consideraram difamados pelas matérias veiculadas pelo periódico.

Em defesa, os representantes do jornal alegaram que as reportagens envolviam uma discussão relacionada a uma matéria política ou governamental (a construção de uma ponte), estando, pois, sujeitos ao qualificado privilégio.

Ao julgar o caso, o Tribunal considerou que a matéria realmente tinha relação com uma "informação política ou governamental", tendo, portanto, a capacidade de atrair a defesa *Lange*. Apesar desse entendimento, a Corte considerou que a conduta dos editores do jornal não poderia ser considerada como razoável diante das circunstâncias do caso, proferindo, então, uma sentença condenatória em face dos responsáveis pelo informativo.

No caso *Lewandowski v. Lovell (nº 2)*[681], o juiz Adams, da *Supreme Court of Western Australia*, entendeu que uma alegação no sentido de que agentes da polícia estavam engajados em uma conspiração para deturpar o curso da justiça, a ponto de fazer com que uma pessoa acusada não recebesse um julgamento imparcial, envolvia uma discussão política. Segundo ele, a discussão política seria capaz de abranger qualquer comentário sobre os poderes legislativo, executivo ou judiciário.

Apesar de a visão evidenciada no julgado acima demonstrar um entendimento favorável à demarcação da amplitude do qualificado privilégio *Lange*, recentemente parece que tem prevalecido, embora sem consistência, uma visão favorável a uma delimitação mais restrita do privilégio, determinando a aplicação do qualificado privilégio *Lange* somente para as hipóteses capazes de envolver a situação de políticos "em um sentido eleitoral" ou em uma "relação com os Poderes Executivo e Legislativo". [682] Assim é que Ian Cram ensina que:

> Em Lange v. Australian Broadcasting Corporation, a High Court, todavia, preferiu uma estreita definição que limitou o escopo da implícita liberdade de expressão para expressiva atividade que habilita o povo a ficar informado a respeito de suas escolhas como eleitores e facilitar o efetivo funcionamento do governo responsável. Disposto desta forma, Lange pode ter sido uma tentativa para ligar o novo entendimento a respeito de liberdade de comunicação política para o texto e estrutura da Constituição Australiana, e em particular para a demanda resultante de um período eleitoral e governo executivo responsável. É prematuro, todavia, para concluir que o escopo da implícita liberdade tem sido oficialmente estabelecido.[683]

---

[681] (1995) 13 WAR 468 at 470.

[682] KENYON, *op. cit.*, p. 215.
A visão mais restrita sobre o que constitui uma informação política que tem sido adotada na Austrália, segundo Dario Milo, também tem sido adotada na Nova Zelândia. Entretanto, uma visão mais ampla a respeito dessa definição tem sido adotada na Inglaterra, no Sul da África, nos Estados Unidos e na Corte Europeia de Direitos Humanos. Segundo o autor, nesses lugares, o termo expressão pública é amplamente definido e é um princípio generosamente protegido. Cf. MILO, *op. cit.*, p. 118.

[683] CRAM, *op. cit.*, p. 36. No original, temos o seguinte texto: "[…] in Lange v. Australian Broadcasting Corporation preferred a narrower definition which limited the scopo of the implied freedom to expressive activity which enables the

No tocante ao segundo pressuposto exigido para se configurar o qualificado privilégio *Lange*, ou seja, a razoabilidade da publicação diante das circunstâncias concretas, alguns esclarecimentos se fazem necessários.

A princípio, pelo inteiro teor do julgado em *Lange*, fica demonstrado que a Corte estabeleceu que a publicação de uma matéria será razoável desde que: (a) o responsável pela matéria não tenha conhecimento a respeito da falsidade do material publicado; (b) que ao publicar o material, o responsável não aja com negligência em relação à veracidade da matéria a ser publicada; e, (c) que seja dada oportunidade à pessoa atingida pela reportagem para contar sua versão sobre os fatos, desde que haja essa possibilidade.[684]

Aqui parece que a Corte não intencionou exigir que o réu estabelecesse uma positiva crença na verdade da matéria a ser publicada, bastando apenas que demonstrasse que não sabia que a matéria a ser veiculada era falsa. Não saber que algo é falso é completamente diferente de se exigir do réu que ele tenha uma crença positiva na verdade da imputação.[685]

Em *Roger v. Nationwide News Pty Ltd*[686], os juízes Gleeson CJ e Gummon J. estabeleceram que o requisito da razoabilidade não é um conceito que pode estar sujeito a uma "inflexível categorização", havendo, assim, uma margem de discricionariedade para o juiz analisar se a publicação era ou não razoável, levando-se em consideração as diretrizes traçadas no caso *Lange.*

Ao analisar os requisitos, não podemos imaginar que a exigência da razoabilidade para se configurar o qualificado privilégio *Lange* não se aplica quando a matéria divulgada retrata apenas um comentário em relação a uma determinada matéria. Nesse caso, para a mídia se beneficiar do qualificado privilégio, o editor terá que provar que foi razoável ao publicar o comentário. A simples expressão de uma opinião não está abarcada, automaticamente, por uma imunidade absoluta, exigindo-se aqui também a prova da razoabilidade.[687]

---

people to make informed choices as electors and facilitates the effective functioning of responsible government. Cast thus, Lange may be seen as an attempt to tie new found freedom of political communication more closely to the text and structure of the Australian Constitution, anda in particular to the demands resulting from periodic elections and accountable executive government. It is probably premature however to conclude that the scope of the implied freedom has been authoritatively settled."

[684] A respeito, veja-se: COLLINS, *op.cit.*, p. 143.

[685] WALKER, Sally. *Lange v. ABC: the High Court rethinks the "constitutionalisation" of defamation law*. Disponível em: <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v5n1/walker51.html>. Acesso em: 30 jan. 2009. Entretanto, essa não é uma visão pacífica a respeito desse pressuposto. Para Andrew Kenyon, em geral, os acusados deverão estabelecer que eles tinham fundamentos razoáveis para acreditar que a publicação era verdadeira, além de demonstrar que tinham feito investigações próprias (pesquisas) para verificar a veracidade da informação. Cf. KENYON, *op. cit.*, p. 214.

[686] (2003) 201 ALR 184.

[687] Em *Peterson v. Advertiser Newspapers Ltd* (caso já mencionado acima), um caso que envolveu o requerimento da defesa *Theophanos*, Olsson J rejeitou o argumento de que a mera expressão de opinião é capaz de atrair uma imunidade absoluta.

Diante da defesa do qualificado privilégio, conforme estabelecido em *Lange*, a única forma de a pessoa ofendida conseguir a condenação do responsável pela matéria publicada é se ela conseguir provar a real malícia do responsável pela matéria. Haverá real malícia por parte da mídia somente se o ofendido conseguir evidenciar que o réu publicou a matéria veiculada com um propósito diverso do que aquele que materializa o privilégio (finalidade de comunicar ideias políticas ou governamentais).[688]

Sem embargo, podemos concluir que o qualificado privilégio *Lange*, da forma como estabelecido pela mais alta corte da Austrália, consegue promover, de fato, uma livre discussão a respeito de temas importantes para a sociedade, de assuntos ligados à política e ao governo, ficando apenas necessário, para o futuro, delimitar de forma mais clara a extensão que o privilégio é capaz de alcançar.

Por outro lado, não há dúvida de que tal privilégio é comparativamente mais restrito do que o qualificado privilégio *Reynolds* desenvolvido pela *House of Lords* inglesa, materializando-se, assim, como uma defesa importante, mas significativamente mais fraca do que o qualificado privilégio *Reynolds.*

Analisada a liberdade de expressão diante de um cenário evidenciado a partir do Direito Norte-americano, com sua diretriz principal adotada pela Inglaterra e Austrália (a de entender a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada a assuntos de interesse público), torna-se importante agora analisar como a liberdade de expressão tem sido tratada no Direito Brasileiro, sendo esse, pois, o objetivo do próximo capítulo.

---

[688] (1997) 145 ALR 96 at 117-18.

5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

5.1 **A liberdade de expressão no Direito brasileiro: um cenário de incoerências**

No Direito Brasileiro há uma incoerência existente entre o entendimento expressado pela majoritária doutrina brasileira e o conteúdo da maioria dos julgados de nossa jurisprudência pátria em torno de casos envolvendo conflitos reais e posteriores entre a liberdade de expressão em sentido amplo e os direitos da personalidade.

A doutrina brasileira, nesses casos, tem-se manifestado, quase sempre, no sentido de que a solução ideal para o conflito entre a liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade só se encontra na aplicação do princípio da ponderação de interesses. Neste sentido, podemos citar a posição de vários autores, entre eles: Edilsom Farias[689], Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[690], Suzana de Toledo Barros[691], Alberto Silva Franco[692], Alexandre de Moraes[693], Gustavo Tepedino[694], Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo[695], Sidney César Silva Guerra[696], Sérgio Cavalieri Filho[697], entre outros. Quase não encontramos entendimento doutrinário que firma a prevalência de um direito constitucional sobre outro. Manifestando-se no sentido de que a liberdade de expressão pode vir a gozar de um status preferencial, encontra-se a posição de Tadeu Antônio da Silva.[698]

---

[689] FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação.* Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.
[690] CARVALHO, *op. cit.*, p. 107.
[691] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 105 et seq.
[692] STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 2195.
[693] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 57-58.
[694] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52 et seq.
[695] FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação*: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 141.
[696] GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem.* Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 101.
[697] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 5. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121 et seq.
[698] SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 284.
Como já foi dito anteriormente (Capítulo 3), apesar de Paulo Murillo Calazans se referir à liberdade de expressão como *norma normarum*, adotando expressão cunhada por Paulo Bonavides utilizada para definir os princípios, e afirmar que "[...] a liberdade de expressão se consusbstancia no mais elevado entre todos os direitos fundamentais que norteiam a vida nas sociedades democráticas[...]", o autor não adota a tese de que a liberdade de expressão ocupa uma posição hierárquica superior aos demais direitos fundamentais. Para o autor, a liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, está sujeita à ponderação. Cf. CALAZANS, *op. cit.*, p. 70.

Embora a questão não tenha muito interesse no âmbito doutrinário, uma vez que o padrão da ponderação de interesses para a solução dos conflitos já se encontra firmado, o mesmo não se pode afirmar em torno da majoritária jurisprudência brasileira.

Na jurisprudência pátria, apesar de quase todos os tribunais falarem nos seus julgados, introdutoriamente, que a solução dos casos em que apresentam o citado conflito está em aplicar o princípio da ponderação de interesses, ao analisarmos os conteúdos e conclusões de alguns julgados, é fácil perceber que, na grande maioria, os tribunais têm observado a liberdade de expressão, de forma efetiva, tão somente para impedir a censura prévia, dando preferência, nos casos de conflito posterior entre liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade, a esses direitos, esvaziando-se, quase completamente, o direito fundamental à liberdade de expressão neste último caso.

Após o estudo de diversas jurisprudências (dos TJMG, TAMG, TJRJ, TJSP, TJRS, TJPR, TJDFT e STJ), podemos chegar a uma conclusão interessante: quando o conflito entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade ocorre de forma prévia, por exemplo, havendo uma ação objetivando proibir, previamente, a publicação de uma determinada expressão, nesse caso, a liberdade de expressão é observada no Brasil, invocando as decisões judiciais, o princípio da proibição de censura prévia. O problema, todavia, não se concentra aqui. Na verdade, ele surge quando a liberdade de expressão é exercida a ponto de conflitar, posteriormente, com os direitos da personalidade. Neste último caso, a maioria esmagadora dos tribunais, apesar de falar em ponderação, dos fundamentos das decisões podemos concluir que os julgados têm adotado uma premissa completamente falsa – *a premissa de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos da personalidade.* Ora, isso coloca a liberdade de expressão, nesse conflito real e posterior com os direitos da personalidade, como letra morta.

É como se afirmássemos: a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir qualquer direito da personalidade. Se atingir os direitos da personalidade, em qualquer nível, ainda que não ofenda o núcleo essencial desses direitos, não interessa o motivo, é ilícita. Nesse caso, se a manifestação da liberdade for culposa ou dolosa, gera indenização.

O exercício da liberdade de expressão deve fazer-se, *na medida do possível*, no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo. Em não sendo possível observar os direitos de personalidade do indivíduo em toda a sua extensão, resta-nos analisar se o caso concreto autoriza ou não a liberdade de expressão nessa amplitude ou se exige a restrição da liberdade de expressão em prol dos direitos da personalidade. Isso se faz com a ponderação

(ponderação *ad hoc*[699]). Isso sim é ponderação. O que sempre tem que ser observado, na verdade, não são os direitos da personalidade, mas apenas o núcleo essencial desses direitos.

No sentido da premissa descrita anteriormente como falsa, várias decisões analisadas, de diversos Tribunais, têm colocado, como fundamento de seus julgados, o art. 49 da Lei de Imprensa[700], *in verbis*:

> Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:
> I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no artigo 16, nºs II e IV, no artigo 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;
> II - os danos materiais, nos demais casos.
> § 1º. Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos artigos 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.
> § 2º. Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela repartição do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (artigo 50).
> § 3º. Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano:
> a) o autor do escrito, se nele indicado; ou
> b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor.

Veja-se a redação do artigo 49, *caput*. Diz o artigo que aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem, está obrigado a indenizar. Porém, repare-se o seguinte: não basta que a liberdade de expressão atinja a honra ou privacidade alheia, ou qualquer outro direito da personalidade, que ela, necessariamente, deverá gerar obrigação de indenizar. Nem sempre a liberdade de expressão, quando atingir direito à intimidade, será ilícita. Isso não é verdade. Caso fosse, teríamos o seguinte cenário: a liberdade de expressão só pode ser exercida se não ferir os direitos da personalidade. Caso venha a ferir os direitos da personalidade, aplica-se o art. 49 da Lei de Imprensa, gerando, portanto, indenização. Isso não pode ser aceito.

---

[699] SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 3. tir.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 110.

[700] No dia 30.04.2009, o Supremo Tribunal Federal, através de seu Tribunal Pleno, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Nesse julgado, o STF entendeu que toda a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988. Entretanto, essa decisão produzirá poucos efeitos se o raciocínio dos tribunais brasileiros permanecer o mesmo no seguinte aspecto: a liberdade de expressão pode ser exercida desde que não ofenda outro direito fundamental. Nesse caso, em ofendendo outro direito fundamental, será considerada como um ato ilícito. Caso permaneça esse entendimento, predominante em nossa jurisprudência, o amparo jurídico será firmado com base não mais no art. 49 da Lei de Imprensa, mas sim com base agora nos artigos 186 e 944 do Código Civil de 2002, que dispõe: Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Pode ser que a liberdade de expressão venha a atingir a intimidade (ou honra) alheia e, mesmo com essa violação, não venha a ser considerada como um ato ilícito, portanto, não estando sujeito à indenização.

Se, em decorrência da liberdade de expressão, alguém fala a verdade sobre matéria de evidente interesse público e, ao publicar a matéria, fere os direitos da personalidade de modo evidente, nesse caso, não podemos pensar que a liberdade de expressão foi exercida, em abstrato, além de seus limites, uma vez que ela poderia apenas ser exercida desde que não violasse os direitos da personalidade. Não. Nestes casos, portanto, não podemos, simplesmente, falar que houve ofensa a direito alheio, devendo aplicar-se, por consequência, o art. 49 da Lei de Imprensa e obrigar a indenização.

Neste caso, na verdade, o que se tem que fazer é a ponderação. Verificar qual o interesse é o mais relevante: a honra (a privacidade ou qualquer outro direito da personalidade) ou a liberdade de expressão? Temos que verificar se, no caso, a liberdade de expressão podia ser exercida sem ofender a personalidade alheia ou se era necessário e razoável ferir os direitos da personalidade. É imprescindível verificar se os direitos da personalidade foram atingidos em seu núcleo essencial ou se foram afetados fora desse limite. Feita essa ponderação, podemos chegar à conclusão de que a liberdade de expressão deve ser alargada, no caso estudado, em razão de algum fundamento e em razão disso, ela deverá prevalecer, nesse jogo de ponderação, sobre os direitos da personalidade. Conclui-se que a liberdade de expressão ofendeu os direitos da personalidade de outrem, mas que essa ofensa é razoável e necessária, não atingindo o seu núcleo essencial.

Pensar que a liberdade de expressão, quando violar os direitos da personalidade, aplicando-se os artigos 186, 927 e 944 do Código Civil (antes o artigo 49 da Lei de Imprensa), deve gerar indenização (pois ocorreu ofensa a direito alheio), na verdade, é dar preferência, em tese, aos direitos da personalidade e considerar a liberdade de expressão, nesse conflito posterior com a intimidade, uma letra morta.

É o que diz Robert Alexy, ao afirmar que

> [...] nem toda a manifestação de opinião que de alguma maneira ofenda um concidadão ou membro de uma determinada raça pode ser proibida se a liberdade de manifestação de opinião não deve atrofiar. Isso mostra que uma fixação de limite com auxílio de uma ponderação é necessária.[701]

[701] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p.63, jul./set. 1999.

Aceitar outra premissa é o mesmo que disséssemos: a liberdade de expressão pode ser exercida sempre, desde que não atinja os direitos da personalidade. Isso não é verdade. Às vezes, a liberdade de expressão pode atingir os direitos da personalidade e mesmo assim ser considerada lícita; em razão de algum motivo relevante, tornou-se necessário violar a intimidade ou a honra alheia em razão do interesse público em jogo.

Outras vezes, poderá ocorrer de a liberdade de expressão ofender direito à intimidade alheia de forma desarrazoada. Em razão disso, deverá prevalecer a intimidade alheia.

Após a análise de diversas decisões, ficou demonstrado que a liberdade de expressão tem sido observada, no Brasil, apenas para proibir a censura prévia. Todavia, quando em conflito posterior com os direitos da personalidade, em muitas situações, tal direito fundamental não tem sido observado pelos tribunais brasileiros. No tocante ao tema, há uma enorme distância entre a posição adotada pelos doutrinadores brasileiros (que acatam a tese da ponderação de interesses como forma de resolver o conflito) e a posição assumida pela jurisprudência pátria (que adota, por diversas vezes, a tese da preferência dos direitos da personalidade).

A seguir, passa-se a transcrever apenas alguns trechos de julgados que evidenciam essa constatação. Muitas vezes serão transcritos apenas alguns trechos de julgados, sem nos preocuparmos com a análise do caso concreto como um todo, uma vez que entendemos que, pelos trechos citados, conseguiremos evidenciar a preferência dada pelo julgado aos direitos da personalidade.

Apesar de a maioria dos julgados falarem, formalmente, em ponderação, o que se vê, de fato, em muitas decisões, é um esvaziamento completo da liberdade de expressão e uma preferência, algumas vezes implícita, outras até mesmo expressa, aos direitos da personalidade. Neste sentido, podemos trazer à colação os seguintes julgados:

Na Apelação Cível nº 575.762.4/0-00, a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, manteve decisão de primeiro grau que julgou procedente ação indenizatória ajuizada por José Serra e Fernando Henrique Cardoso em face de Ciro Ferreira Gomes, por danos morais em razão de ofensa à honra e imagem por matéria publicada no jornal SP – Semana Popular, sob o título “Serra e FHC na mira de Ciro”.

No trecho da matéria publicada pela imprensa e que gerou a ação indenizatória constava a seguinte afirmação feita pelo entrevistado:

> [...] não tenho a menor dúvida de que essa hegemonia do PSDB em São Paulo, não todos, mas essa que se representa por Serra, Fernando Henrique, enfim, fico nesses dois, tem horror a pobre. Se for nordestino e preto então, nem se fala!

Segundo o relator, desembargador Francisco Loureiro,

> [...] ao atribuir aos autores a pecha a um Governador de Estado e a um Ex-Presidente da República de terem 'horror a pobre. Se for nordestino e preto então, nem se fala' fez imputação ofensiva, mas desprovida de qualquer crítica ou valoração de um comportamento, fundado em circunstâncias reais. Escapou a imputação da crítica a que todo homem público está sujeito, para descambar para a pura ofensa, sem base ou interesse público.

Interessante observar que a matéria veiculada pela imprensa apenas divulgava uma afirmação que envolvia um juízo de valor feito por um homem público em face de dois outros homens públicos, estando a afirmação, por outro lado, relacionada a políticas adotadas pelo partido político representado pelos homens públicos criticados.

Na Apelação Cível nº 70005119748[702], da Décima Câmara Cível do TJRS, julgado que teve como relator o Des. Luiz Ary Vessini de Lima e foi publicada em 18.12.2003, o fato pode ser resumido da seguinte forma: a Empresa Jornalística Caldas Júnior Ltda publicou matéria dando conta de que Luiz Mário Soares de Almeida foi preso por estelionato praticado contra dez empresas. O fato objeto de veiculação jornalística se embasou em inquérito policial que foi, posteriormente, arquivado. Após o arquivamento do procedimento policial, o investigado ajuizou ação em face da empresa jornalística citada, objetivando indenização por danos morais e materiais. No primeiro grau de jurisdição, seu pedido foi julgado improcedente, manifestando-se a autoridade judicial no sentido de que a publicação encontrava-se amparada pelo direito à liberdade de expressão.

No julgamento da apelação interposta contra a decisão de primeiro grau, a empresa jornalística foi condenada, tornando-se necessário transcrever aqui algumas partes do julgado:

> [...] não se discute o direito do Estado indiciar, acusar e punir os autores de delitos. Mas a imprensa, como não está investida dessas atribuições, até poderá repercutir tais ações, mas não poderá eximir-se de responsabilidade quando, não confirmada a suspeita, restar atingida a honra daquele que for alvo de sua notícia.
> É o que ocorreu aqui. Basta que se leia a publicação a que foi submetido o autor. Uma coisa é ser oficialmente acusado e julgado pelos órgãos competentes e outra muito diferente é ter o seu nome prematuramente anunciado à opinião pública como delinqüente[...].
> [...] não fosse assim e para que serviria o preceito constitucional de que todos são inocentes até o trânsito em julgado da condenação [...].
> [...]
> É verdade que se tem entendido, inclusive nesta Câmara, que a absolvição criminal, por si só, não autoriza a concessão de danos morais em favor daquele que fez a denúncia de crime contra outrem.

---

[702] Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2006.

> Mas tal conclusão refere-se àqueles que levaram a notícia criminis aos canais competentes do Estado, existentes para essa finalidade.
> É evidente que tal não se aplica ao órgão de comunicação.
> Este, ao tornar pública uma suspeita, mesmo que oriunda de procedimento oficial, a toda evidência, assume o risco de causar dano ao acusado, caso esse venha a ser absolvido judicialmente.
> É que a imprensa, por mais importante que seja para a estabilidade de um regime democrático, não tem o poder de acusar alguém da prática de crime, julgá-lo e instantaneamente condená-lo à execração publica [...].[703]

Pelos fundamentos transcritos acima, a imprensa só poderia divulgar uma notícia a respeito de um fato criminoso depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes desse momento, caso houvesse a publicação, havendo posterior absolvição, estaria a imprensa condenada a reparar os danos eventualmente causados.

A decisão é tão equivocada que a mesma Câmara (Décima) do citado Tribunal, em alguns julgados semelhantes, já adotou tese completamente oposta à mencionada cima. Vejamos, nesse sentido, algumas partes do Acórdão referente à Apelação nº 70006344907/2004, tendo como relatora a Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, decisão essa de 15.04.2004:

> [...] O fato de a manchete jornalística da fl. 18 ter difundido que, pela primeira vez, até um Delegado de Polícia fora afastado, mais além referindo que entre os denunciados estava o autor, acusado de extorsão, não impinge ao apelado a peja de condenado.
> A matéria é clara. Houve afastamento, houve denúncia, houve acusações [...].[704]

A Nona Câmara Cível do TJRS, no julgamento da Apelação nº 70000860312[705], de 29.08.2001, esboça alguns fundamentos que nos parecem insustentáveis diante do direito fundamental à liberdade de expressão.

O fato julgado envolve um particular, Valdir Lemes de Oliveira, que teria ajuizado uma ação de reparação de danos em face de Zero Hora Empresa Jornalística S. A em razão de a empresa, ao publicar matéria referente à morte de assaltantes, citar o nome do particular e incluir sua imagem como participante do roubo, sendo que o particular, apesar de, a princípio, ser indicado como suspeito pela autoridade policial, não foi sequer indiciado em inquérito, já que, após as primeiras diligências policiais, identificou-se tratar de pessoa estranha ao fato criminoso.

---

[703] No mesmo sentido encontra-se, entre outras, a decisão proferida, pelo TJRS, no julgamento da Apelação Cível nº 70004688065, da 10ª Câmara Cível, tendo como relator o Des. Luis Ary Vessini de Lima, decisão de 18.09.2003. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 07 jun. 2006.

[704] Disponível em: <www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 07 jun. 2006. No mesmo sentido, entre outras, encontra-se a Apelação Cível nº 70011615408, proferida pela Nona Câmara Cível do TJRS, de 25.05.2005, tendo como relatora a Des. Íris Helena Medeiros Nogueira.

[705] Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2006.

O pedido do autor, julgado procedente em primeiro grau, foi confirmado em segundo grau, tornando-se relevante destacar alguns trechos do Acórdão relatado pela Desembargadora Mara Larsen Chechi. Em seu voto, essa Juíza do Tribunal de Apelação afirmou que:

> O caso sub judice não envolve personalidade pública, de sorte que seguinte aquela orientação [aqui a desembargadora está se referindo à tese norte-americana da *actual malice* que confere à liberdade de expressão o status de direito preferencial se o fato envolve pessoa pública], tem-se como prioritária a proteção dos direitos de personalidade [...].

Neste caso, parece-nos também que o TJRS analisou superficialmente o conflito existente entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, considerando que esses direitos são prevalentes no caso de o conflito envolver um particular. Analisando a tese norte-americana da *preferred position*, concluiu o julgado da seguinte forma: em se tratando de pessoa pública, prevalece a liberdade de expressão, caso contrário, prefere os direitos da personalidade. A questão é muito mais complexa, não bastando apenas essa análise superficial, com premissas que não podem ser aceitas diante do ordenamento jurídico brasileiro. O fato, por exemplo, pode envolver um particular, mas se relacionar com uma matéria de interesse público, como ocorre no caso (investigação a respeito de um crime de roubo).

Não ficou provado neste caso que a empresa jornalística agiu com dolo, sendo-lhe impossível, por outro lado, antever o resultado do desenvolvimento do inquérito. De toda forma, entendeu a relatora que:

> A responsabilidade civil não pressupõe conduta dolosa, contentando-se com a culpa, em qualquer grau.
> E a incerteza relativamente ao resultado das investigações policiais constitui, justamente, uma constante desta atividade, de sorte que só vem atestar a negligência ou imperícia daquele que, precipitadamente, divulga os fatos sob investigação, sem antes assegurar-se a veracidade do conteúdo da notícia [...].

Adotando essa decisão como padrão, ficaria a liberdade de expressão completamente esvaziada. Não poderiam os meios jornalísticos, por exemplo, colher dados de uma investigação e realizarem a publicação da matéria (ainda que ressaltassem tratar-se o caso de *mera investigação*). Esse fato, se arquivado o inquérito ou se ficasse provado que o investigado não tinha qualquer relação com o crime, seria encarado como negligência, portanto, capaz de gerar indenização.

Na Apelação Cível nº 70004448668[706], julgada pela Décima Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, o TJRS parece também esvaziar a liberdade de expressão. Em um dos trechos do voto do relator encontra-se inserido o seguinte parágrafo: "No entanto, em um regime democrático, tais ações devem sempre levar em conta os direitos de personalidade das pessoas, à sua dignidade e honra, tanto objetiva, como subjetiva, os quais, aliás, são protegidos *prevalentemente* pela Constituição [...]." (grifo nosso)

Em outro trecho de sua decisão, o citado Desembargador chega a afirmar que não existe conflito real entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Para o eminente Juiz, tal conflito seria apenas aparente, pois: "[...] a própria norma constitucional que instituiu o primeiro [está aqui o julgador se referindo à liberdade de expressão], também prevê as respectivas limitações [no art. 220 da CF] [...]".

Na verdade, o julgador está querendo dizer que o direito à liberdade de expressão só pode ser tutelado se esse direito não violar os direitos da personalidade. Isso, pois, significa dar preferência aos direitos da personalidade. A ponderação de interesses não pode admitir essa premissa como verdadeira. De fato, admite-se a violação dos direitos da personalidade se se entender que, no caso concreto, a liberdade de expressão é mais importante que os direitos da personalidade.

No STJ também encontram-se algumas manifestações que acabam esvaziando a liberdade de expressão. Analisaremos apenas algumas dessas manifestações a seguir.

Em 11.4.1997, Hélio Brito da Silva foi surpreendido com a seguinte manchete do jornal Folha da Manhã: "Hélio Bicha é preso a 550 Km de Passos".

Considerando esse fato como capaz de ofender os direitos da personalidade, Hélio Brito ajuizou ação objetivando a reparação de danos materiais e morais em face da empresa jornalística responsável. A empresa acionada, por sua vez, alegou que limitou-se a reproduzir o conteúdo dos documentos oficiais concernentes à prisão do autor da ação, com o objetivo de informar devidamente o leitor a respeito da pessoa cuidada na reportagem.

Em primeiro grau de jurisdição, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido do autor, com a condenação da empresa ré. Em segundo grau, a apelação da empresa foi provida, entendendo o TJRS que

---

[706] Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2006.

> [...] a veiculação de notícia destacando apelido considerado pejorativo pelo autor, em jornal local, segundo informações obtidas em inquérito policial e denúncia do MP, não constitui abuso da liberdade de imprensa a gerar o dever de indenização.

Segundo a Corte de Apelação do Sul, "[...] se o apelado já era conhecido no meio policial pela alcunha de 'Hélio Bicha' e nesta condição foi denunciado pelo MP, ressai claro que a notícia veiculada não foi o único veículo a torná-lo afamado por este cognome".

Em sede de Recurso Especial,[707] o STJ, vencido o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, deu provimento ao Recurso Especial do autor da ação. Segundo sua Ministra Relatora, Ministra Nancy Andrighi, a empresa jornalística deveria ser condenada não pela "[...] simples veiculação da informação constante de documentos oficiais, mas pela forma como essa informação foi veiculada".

Entendeu ainda a preclara ministra que "[...] não há dúvidas sobre a indevida agressão ao segredo da vida privada do recorrente porque o seu cognome foi divulgado por toda a área de circulação do jornal, além da cidade onde mora".

Por outro lado, o Ministro discordante (voto vencido), Carlos Alberto Menezes de Direito, entendeu que "[...] houve a reprodução do boletim de ocorrência, inexistindo, nesse caso, violação da liberdade de imprensa".

Interessante nesse caso é que, mais uma vez, parece que o direito à liberdade de expressão não foi analisado e observado pelos votos vencedores. A imprensa, no caso estudado, divulgou fato notório, constante em boletim de ocorrência e em texto que materializou ação penal ajuizada pelo MP.

Os votos vencedores parecem não entender que a Constituição Federal tutela a liberdade de expressão. Apesar de tutelar também os direitos da personalidade, em caso de conflito, tem-se que realizar uma verdadeira ponderação. O que não se pode admitir é que o órgão julgador analise o fato tão somente sob um único enfoque: o da eventual violação dos direitos da personalidade.

Em outro caso também levado a julgamento perante o STJ, esse tribunal, apesar de observar atentamente a liberdade de expressão, enraíza, no voto de um de seus membros (voto vencido), tese inadmissível perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O fato levado a julgamento discutia a possibilidade de a Corregedoria-Geral da União – CGU – divulgar, na página da Internet, conteúdo de relatório preliminar, oriundo de suas investigações.

---

[707] Recurso Especial nº 613374-MG. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 17 de maio de 2005.

Apesar de prevalecer, no tribunal, a tese que promove a publicidade dos atos, em sua fundamentação, o Ministro Franciulli Netto (voto vencido) asseverou que:

> Interesse público nenhum está legitimado a ofender, direta ou indiretamente, ainda que por via oblíqua, a honra e a dignidade do cidadão, *princípios igualmente ou superiormente consagrados* em nome do interesse público pelo constituinte originário, com a dignidade de garantias fundamentais. Aliás, esse é o contorno básico do Estado Democrático de Direito.[708] (grifo nosso).

Pelo teor de sua fundamentação, fica evidenciada a preferência dada aos direitos da personalidade diante do direito fundamental à liberdade de expressão.

Interessante observar ainda que, neste julgado, o Ministério Público Federal, através do Subprocurador-Geral da República, José Eduardo de Santana, opinou pela concessão da ordem, ao argumento de

> [...] estar caracterizada ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que são divulgados pela Internet, no sítio da Controladoria-Geral da União, relatórios preliminares de levantamento de irregularidades detectadas na aplicação, pelo município, de verbas repassadas pela União Federal.

No TJRJ também encontramos diversas decisões que parecem dar uma preferência aos direitos da personalidade, apesar de algumas decisões falarem, formalmente, em ponderação.

No julgamento da Apelação Cível nº 2003.001.10188, da 2ª Câmara Cível do citado tribunal, alguns trechos do Acórdão parecem esvaziar a liberdade de expressão. Na parte introdutória da decisão, portanto antes de o julgado analisar o caso concreto, verificam-se as seguintes transcrições:

> De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de expressão através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
> [...]Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual a interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.
> Havendo de perseguir para tanto a harmonização das regras colidentes pelo princípio da concordância prática, buscando a proporcionalidade dos bens protegidos.

---

[708] Mandado de Segurança 9745-DF. Ministros que votaram pela denegação da segurança, observando a liberdade de expressão: Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e José Delgado (relator). Voto vencido: Ministro Franciulli Netto. Data do julgamento: 27.10.2004.

Até aqui, o acórdão se manifesta pela aplicação da ponderação de princípios, ressaltando a preferência, ainda que implícita, dos direitos da personalidade a seguir, com a seguinte assertiva: "[...] temos que a inviolabilidade prevista no art. 5º, X, da CF traça os limites de contenção tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, preservando *acima destes* a intimidade, a honra e a imagem das pessoas[...]"[709]. (grifo nosso)

Pelo teor dessa fundamentação, verifica-se a preferência dada aos direitos da personalidade.[710]

A liberdade de expressão encontra-se outras vezes esvaziada pelos TJMG e TAMG. Certa vez, o Sindicato dos Professores de Pouso Alegre fez um protesto colocando faixas com os seguintes dizeres: "Enéas é Zero". Enéas, referindo-se ao prefeito local, e zero, algarismo relacionado com o fato de o citado prefeito não conceder aumento à classe protestante, sendo aproveitado, na faixa, como uma nota dada ao prefeito.

Em ação reparatória de danos ajuizada pelo então prefeito, o sindicato foi condenado a reparar danos morais e materiais em primeiro grau, sendo confirmada tal decisão pelo TJMG[711].

Em suas fundamentações, o Des. Mauro Soares de Freitas certificou:

> Certo é que, constatada a violação do direito de imagem, honra e moral do apelado, por meio da afixação de faixa com dizeres ofensivos, é de se determinar a retirada da mesma, bem como determinar que os apelantes se abstenham de praticar qualquer ato ofensivo.
> Isso porque a pessoa, ainda que pública, tem direito a ver sua imagem, honra e moral respeitados.
> In casu, aquinhata-se que a faixa com os dizeres 'Enéas é Zero' a despeito de fazer parte da campanha salarial dos sindicatos apelantes, faz menção à pessoa do Prefeito Municipal, ora apelado, de modo pejorativo, ao dizer que ele é 'zero'.

Não há qualquer observação, nesse julgado, ao direito à liberdade de expressão. Parece que a decisão só reconhece como direito constitucional os direitos da personalidade.

---

[709] No mesmo sentido e com a mesma afirmação encontra-se a Apelação Cível nº 200400104302, julgada pela 16ª Câmara Cível do TJRJ, tendo como relator o Des. Antônio Saldanha Palheiro. Aqui não estamos querendo dizer que os julgados citados não observaram a ponderação de princípios, apenas ressaltamos que tais julgados acabaram adotando como premissa verdadeira, conforme transcrição feita acima, a preferência dos direitos da personalidade.

[710] No caso citado, o jornal acionado teria divulgado que uma pessoa (autora da ação reparatória de danos) teria emitido cheque sem provisão de fundos, ficando provado que se tratava de pessoa pública e que a notícia era inverídica. A Sentença de primeiro grau condenou a empresa jornalística em perdas e danos, sendo tal decisão confirmada pelo TJRJ. O Acórdão de 4.6.2003, teve como relator o Des. Antônio Saldanha Palheiro.

[711] Apelação Cível nº 4852848 – 16ª Câmara Cível do TJMG. Rel. Des. Otávio de Abreu Pontes. Data do julgado: 25.05.2005. Na verdade, várias são as decisões do TJMG e TAMG que acabam esvaziando a liberdade de expressão quando esta se encontra em conflito com os direitos da personalidade. Neste sentido, podemos mencionar o julgamento dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 369748-5/03- 5ª Câmara Civel do TAMG. Relatora Juíza Eulina do Carmo Almeida. Data do julgado: 10.3.2005. Disponível em: <www.tjmg.gov.br/, www. ta.mg.gov.br, sites>. Acesso em: 09 jun. 2006.

Interessante ainda ressaltar aqui que o protesto foi feito contra uma pessoa pública (o prefeito municipal), pessoa sujeita, em razão sobretudo do cargo que ocupa, às mais variadas críticas.[712]

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 3614231, a Primeira Câmara Cível do TAMG, através do Juiz Moreira Diniz (relator), em voto acompanhado pelos demais componentes da turma julgadora, foi ressaltada a preferência a ser dada aos direitos da personalidade quando esses direitos se encontram em conflitos com a liberdade de expressão, nos seguintes termos:

> A Constituição Federal – repito – não protege nem pode apoiar a violação a si própria. Se nela está estabelecida a inviolabilidade da honra e da imagem do cidadão, nenhum outro cidadão poderá, com base em direito de liberdade de expressão, violar dispositivo constitucional.
> E no confronto entre os dois dispositivos, fala mais forte aquele que protege a agravada, na medida em que a honra e a imagem são entes imateriais, incorpóreos, enquanto o ato de atingir com palavras ou escrito é concreto, material, plenamente tangível e, por isso mesmo, evitável.

Eis, portanto, os fundamentos do relator para considerar os direitos da personalidade superiores à liberdade de expressão. Esse critério não encontra, no Direito Brasileiro, amparo jurídico. Não observa a unidade da Constituição. Não se pode, no Brasil, considerar, em tese, um direito fundamental superior ao outro. Não existe hierarquia em abstrato entre direitos fundamentais.[713]

Encontramos a mesma situação, ainda, no TJDFT. No julgamento da Apelação Cível nº 19990110039036-3, de 10.5.2004, tendo como relator o Des. Cruz Macedo, a Quarta Turma Cível do citado tribunal parece também, em certo momento, dar preferência aos direitos da personalidade.

Neste sentido, basta apenas transcrever parte dos fundamentos da Sentença de primeiro grau que foi acolhida pelo relator como razão de decidir a demanda:

> [...] não se pode invocar o princípio da liberdade de comunicação, consagrado na Constituição Federal, porquanto a mesma Carta Magna tutela a inviolabilidade, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Assim, ao lado da liberdade há uma responsabilidade, sendo certo que entrando em conflito normas constitucionais, o juiz optará, no ato de decidir, por aplicação daquela que albergue o maior bem jurídico, no caso, a honra do demandante [...].[714]

---

[712] Para Fábio Konder Comparato, a "[...] perda da liberdade de crítica é a desmoralização do intelectual." Entrevista. *Folha de São Paulo*, Caderno A 12, 18 ago. 2003.

[713] Cabe ressaltar, todavia, que no TJMG e o TAMG são encontradas algumas boas decisões que realizam efetivamente uma ponderação de princípios. Neste sentido, entre outras, encontramos a Apelação Cível nº 511937, 14ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula. Data da decisão: 29/06/2005; Processo nº 1000000351531-9/000(1), do TJMG, Rel. Des. Silas Vieira. Data do Acórdão: 10.02.2003. Disponível em: <www.tj.mg.gov.br>. Acesso em: 09 jun. 2006.

[714] Disponível em: <www.tjdf.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2006.

Interessante observar aqui é a situação fática levada ao TJDFT. O fato se materializa em um anúncio, pela imprensa, que coloca um desembargador do TJDFT sob suspeita de irregularidades praticadas na gestão da herança de trinta e sete milhões de dólares deixada para um menor, de quatorze anos de idade. Em momento algum as reportagens "condenam" o citado juiz. Apenas noticiam que o fato será investigado pela CPI, que o desembargador é que foi o responsável pela nomeação do inventariante, etc.

Em outro julgado, o TJDFT parece não admitir um conflito real entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Em caso que a imprensa publicou matéria jornalística na qual se afirmava que um delegado de polícia federal manteve relações sexuais nas dependências da Superintendência da Polícia Federal com a extraditanda Gloria Trevi, com decisão de primeiro grau favorável ao delegado autor da ação de reparação de perdas e danos, com apelação julgada, por maioria, a favor do órgão de imprensa, o TJDFT, em embargos infringentes, deu ganho de causa ao policial. Destacam-se nesses embargos infringentes alguns trechos do voto do desembargador relator Mário-Zam Belmiro Rosa:

> Imperioso consignar, ainda, que a liberdade de expressão assegurada na Carta Política, por meio do inciso IX, do art. 5º não pode vir em confronto com a proteção à intimidade, a honra e à imagem, invadindo a individualidade da vida das pessoas, gerando danos de ordem moral e material.
> [...] Por fim, relembro o consagrado princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e revelado de modo veemente na máxima *in dubio pro reo.*
> Nesse passo, afirmo que neste ponto há mais uma razão para que a empresa tivesse maior cautela na apuração dos fatos veiculados, sopesando as declarações prestadas pelos detentos e os acontecimentos comprovadamente verdadeiros.[715]

Analisando o fundamento do julgado, fica estabelecido um limite para a imprensa que pode levar à autocensura. A imprensa para divulgar um fato, ainda que importante e de evidente interesse público, precisa esperar uma certeza absoluta a respeito da veracidade dos fatos. Essa não parece a melhor solução. Será que não bastaria a imprensa divulgar um fato e ressaltar que ele ainda está em fase de investigação?

Na Apelação Cível nº 7001533603[716], julgada pela Sexta Câmara Cível do TJRS, tendo como relator o Des. Ney Wiedemann Neto, ao modificar decisão preferida no primeiro

---

[715] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. Embargos Infringentes Cíveis na Apelação Cível. Processo nº 2002.01.10113077. Relator: Des. Mário Zam Belmiro Rosa. 9 de novembro de 2005. Disponível em: <www.tjdf.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

[716] Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2006.

grau de jurisdição, parece, realmente, que o citado Tribunal fez uma verdadeira e boa ponderação.

O fato, bem analisado pelo TJRS, pode ser resumido da seguinte maneira: RBS Participações SA e Zero Hora Editora Jornalística SA ajuizaram ação de indenização por danos morais em face do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do RGS e Celso Augusto Schroeder, afirmando que, no mês de junho de 1999, em publicação de jornal, o primeiro réu veiculou texto ofensivo à sua imagem, acrescido de uma charge da autoria do segundo réu. Em 08.05.2000, sobreveio sentença julgando procedente o pedido do autor. Do acórdão que reformou a sentença de primeiro grau, podem se extrair os seguintes bem lançados argumentos:

> O jornal não conseguirá ser um veículo da 'Verdade Absoluta'. Muitas vezes o conteúdo da notícia será duvidoso. Não há como fugir do terreno da verossimilhança dos relatos. Uma notícia não é o 'canal da verdade'. Cabe aos leitores e aos telespectadores desenvolver uma consciência crítica sobre o material que recebem [...].
> [...] No caso concreto, as 'ofendidas' são empresas jornalísticas, cuja publicidade é notória. Estão sujeitas a críticas e questionamento, ainda mais por um jornal editado pelo sindicato dos jornalistas. Sopesados os princípios o dano à imagem perde força porque o direito à liberdade de expressão é mais expressivo e merece maior influência na resolução da lide [...].
> [...] Considero que o material não ultrapassou os limites da liberdade de expressão, ainda que se faça evidente crítica às autoras [...].

Verificam-se, pelo teor do julgado, razões bem lançadas e uma análise razoável dos dois princípios em conflito, prevalecendo, no caso, depois da devida ponderação, a liberdade de expressão. Isso sim é fazer ponderação entre dois princípios constitucionais em conflito (conflito real e não aparente).

Somente as decisões que fazem uma verdadeira ponderação (como a decisão descrita no último item acima), em especial se analisadas diante do princípio da unidade da Constituição, podem ser admitidas como corretas. Todas as outras (a grande maioria), se analisadas diante de nosso ordenamento jurídico, estão incorretas.

Percebe-se também, analisando as várias decisões, que a liberdade de expressão tem sido desconsiderada, em tese, quando se conflita com os direitos da personalidade, por uma razão simples: os julgadores não conhecem profundamente as funções da liberdade de expressão e também não conseguem enriquecer a liberdade de expressão com os vários princípios constitucionais que estão relacionados a ela (tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio do pluralismo de expressão). Em razão de ocorrer uma falta de conhecimento mais profundo da liberdade de expressão, ela tem sido preterida quando analisada em conflito com os direitos da personalidade.

Os julgados acima, portanto, selecionados, entre vários outros semelhantes, demonstram o equívoco da linha jurisprudencial adotada pelos tribunais brasileiros e mostram que somente a verdadeira ponderação (que exige o conhecimento profundo da liberdade de expressão) pode levar a um resultado satisfatório diante do ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, embora considerado quando o analisam previamente (com a proibição da censura prévia), o princípio da liberdade de expressão tem sido desprezado em uma análise posterior em face dos direitos da personalidade, tendo o Direito Brasileiro, na prática jurídica, adotado uma premissa exatamente oposta à premissa que está prevalecendo no Direito Norte-americano e outros países que adotaram a mesma linha da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial.

A preferência dos direitos de personalidade no Direito Brasileiro já foi reconhecida até mesmo pela doutrina. Vejamos as lições de Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, em seu livro - Direito de Informação e Liberdade de Expressão:

> De tudo isso e mais o que foi dito no capítulo específico da informação jornalística, pode-se deduzir que, no direito brasileiro, *dá-se certa prevalência aos direitos da personalidade no conflito com a liberdade de imprensa*, ressalvada a possibilidade de exceção da verdade, quando aos fatos caluniosos e difamatórios.[717] (grifo do autor)

Torna-se necessário, pois, conhecer mais a fundo a liberdade de expressão e seus fundamentos para podermos realizar uma verdadeira ponderação no caso de conflito com os direitos da personalidade.

5.2 **Alguns casos emblemáticos julgados pelo Poder Judiciário brasileiro**

5.2.1 Proibição da marcha da maconha

Um dos casos brasileiros mais emblemáticos e capazes de demonstrar como a liberdade de expressão é tratada, muitas vezes, no Brasil, ocorreu recentemente. Trata-se de evento conhecido como “Marcha da Maconha” e sua proibição pela Justiça brasileira.

---

[717] CARVALHO, *op. cit.*, p. 236.

Manifestantes favoráveis à descriminalização da maconha objetivavam realizar, no dia 04.05.2008, um domingo, um movimento denominado de "Marcha da Maconha", manifestação essa que consistiria em uma passeata com declarações que pretendiam, entre outras coisas, discutir políticas públicas relacionadas à maconha, fomentando, assim, um amplo diálogo a respeito do tema.

Apesar de se tratar de uma manifestação pacífica, pré-agendada, que não tinha por fim, ao menos diretamente, incentivar o uso da maconha, mas tão somente visava a dar publicidade ao pensamento, às ideias do grupo, essa marcha foi proibida pelo Poder Judiciário estadual em nove[718] de dez cidades brasileiras que fariam parte do circuito de manifestações favoráveis à descriminalização da maconha.

Apenas a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul garantiu que a Marcha da Maconha fosse realizada em Porto Alegre.

Interessante destacar que o movimento Marcha da Maconha é idealizado por um grupo que tem como objetivos, segundo os próprios manifestantes declaram expressamente,

> [...] criar espaços onde indivíduos e instituições interessadas em debater a questão possam se articular e dialogar; estimular reformas nas leis e políticas públicas sobre a maconha e seus diversos usos; ajudar a criar contextos sociais, políticos e culturais em que todos os cidadãos brasileiros possam se manifestar de forma livre e democrática a respeito das políticas e leis sobre drogas; exigir formas de elaboração e aplicação dessas políticas e leis que sejam mais transparente, justas, eficazes e pragmáticas, respeitando a cidadania e os Direitos Humanos [...].[719]

Afirmam ainda os manifestantes que

> O Coletivo Marcha da Maconha Brasil não tem entre suas atividades a intenção de fazer apologia à maconha ou ao seu uso, nem incentivar qualquer tipo de atividade criminosa. As atividades do coletivo respeitam não só o direito à livre manifestação de ideias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos.[720]

Assim, embora os objetivos da manifestação estivessem bem definidos, a proibição da Marcha da Maconha pelo Poder Judiciário decorreu de dispositivos infra-constitucionais: artigos 33, parágrafo 2º, da Lei nº 11.343/06 (que prevê o crime de apologia ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes) e 287 do CP (que prevê o crime de apologia de crime ou criminoso), evidenciando, de forma equivocada, a aplicação de um mero raciocínio de

---

[718] Eis as cidades nas quais foi proibida a realização da Marcha da Maconha: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Fortaleza, Salvador, João Pessoa, Cuiabá, Brasília e Curitiba.
[719] Disponível em: <www.marchadamaconha.org>. Acesso em: 30 jul. 2008.
[720] *Idem*.

subsunção ao caso, sem levar em consideração o direito fundamental que garantia essa manifestação, ou seja, a liberdade de expressão.

Ora, o movimento projetado como Marcha da Maconha não faz diretamente uma apologia às drogas, embora esse efeito possa realmente ser refletido de tais manifestações, mas apenas objetiva abrir uma ampla discussão em torno do assunto, levar ao conhecimento das pessoas os argumentos favoráveis à descriminalização da maconha. Trata-se de movimento no qual seu objetivo encontra amparo constitucional, uma vez que a liberdade de expressão está prevista em nossa Constituição como um direito fundamental.

Não há como confundir, como o Judiciário fez em sua grande maioria, simples condutas de incentivo à maconha com o direito constitucional de discutir a matéria, abrir discussões em torno do melhor caminho para tratar o tema, realizar manifestações a respeito da necessidade de revisão de políticas públicas em torno do assunto, discussões essas que se baseiam em uma única premissa: a garantia constitucional concedida pela liberdade de expressão.

Não podemos confundir a conduta de quem incentiva diretamente o uso de drogas (fato previsto como crime) com a conduta de quem objetiva a descriminalização dessa conduta, ainda que esse tipo de atuação, de alguma forma, acabe refletindo um incentivo às drogas. Não podemos confundir a conduta de quem incentiva diretamente a prática do aborto (crime previsto no CP) com a conduta de quem pretende a descriminalização dessa conduta ou tem a pretensão de discutir a razoabilidade da norma penal. São coisas completamente diferentes.

O incentivo direto ao uso da maconha é crime em razão de existir um dispositivo legal que o criminaliza como apologia ao crime (art. 287 do CP), assim também como acontece com quem incentiva diretamente e em concreto a prática de aborto ou de qualquer outro delito. Nesses casos, basta um mero raciocínio de subsunção para solucionar o caso. Por outro lado, quem objetiva abrir discussões em torno da adequação ou não do tipo legal que prevê o fato de usar maconha ou de fazer aborto como crimes tem seu direito garantido em nossa Constituição. Esse direito constitucional não pode ser eliminado sob o simples argumento de que, se o fato é criminoso, por consequência, qualquer pessoa que tenha por fim discutir a adequação do tipo penal ou a razoabilidade da norma é capaz de praticar o delito de apologia ao crime, aplicando-se ao caso um mero raciocínio de subsunção. Aqui a situação é um pouco mais complexa e deve ser analisada sob duas perspectivas diversas: sob o aspecto do Direito Penal e do Direito Constitucional.

Na verdade, a melhor solução para o caso é analisar se o fato, no caso a Marcha da Maconha, é capaz, após uma filtragem hermenêutica constitucional, de tipificar a conduta de apologia ao crime.

Não podemos admitir a leitura do Direito Penal sem antes realizarmos uma filtragem hermenêutica constitucional, sob pena de admitirmos que uma regra infraconstitucional (provinda do Direito Penal) acabe prevalecendo, em um determinado caso concreto, sobre um princípio constitucional, eliminando-o por completo do ordenamento jurídico. Nesse caso em particular, a simples aplicação da regra, por mera subsunção, levaria a uma situação incompatível com o princípio constitucional da liberdade de expressão.

Melhor seria se o Judiciário, no caso concreto ora analisado, excluísse a tipicidade da conduta dos agentes responsáveis pela Marcha da Maconha, utilizando-se do sopesamento como forma de argumentação[721], como fez o Supremo Tribunal Federal em caso semelhante ao ora analisado (o caso do diretor Gerald Thomas[722]), nos seguintes termos:

> Tendo em conta as circunstâncias em que se deram os fatos – momento seguinte a uma apresentação teatral, que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, após manifestação desfavorável de um público adulto e às duas horas da manhã, entendeu-se atípica a conduta praticada pelo paciente, que, apesar de inadequada ou deseducada, configuraria apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público, que estaria inserida no contexto da liberdade de expressão.[723]

Nesse caso, como afirma Luís Virgílio Afonso da Silva, o Supremo Tribunal Federal decidiu "[...] simplesmente que o ato não se enquadrava na descrição da regra[...]"[724], tratando-se, sim, de mero exercício da liberdade de expressão. Esse resultado só pôde ser expressado após uma leitura atenta do Direito Penal sob a luz da Constituição, não se extraindo de um simples raciocínio de subsunção.

Interessante ressaltar que as decisões judiciais que proibiram a Marcha da Maconha, apesar de se utilizarem de um raciocínio equivocado de mera subsunção, eliminando

---

[721] Na verdade, no caso, parece existir um conflito entre uma *regra* e um *princípio*, motivo pelo qual o princípio da proporcionalidade não deve ser aplicado como critério solucionador do conflito, mas tão somente como forma de argumentação jurídica. O sopesamento, nesse caso, não é uma forma de aplicação do direito, já que a colisão envolve uma regra, mas uma mera forma de argumentação. Cf. SILVA, L., *op. cit.*, p. 63.

[722] Esse caso pode ser resumidamente explicado da seguinte forma: na estréia de uma de suas peças de teatro, ao término da apresentação, o diretor da peça, Gerald Thomas, foi vaiado pela platéia, chegando mesmo, segundo alguns, a ser ofendido. Em reação à manifestação da platéia, o diretor da peça exibiu suas nádegas ao público. Esse fato fez com que Gerald Thomas fosse processado pelo crime de ato obsceno (art. 233 do CP). O caso foi parar no Supremo Tribunal Federal que acabou considerando a conduta do diretor como *atípica* em razão do princípio da liberdade de expressão. Interessante análise do caso, demonstrando que, na situação, existiu um conflito entre uma regra infraconstitucional e um princípio constitucional, é feita na seguinte obra: *Ibidem*, p. 62-3.

[723] HC 83.996 (DJ 26.08.2005).

[724] SILVA, L., *op.cit.*, p. 64.

completamente o direito fundamental à liberdade de expressão, ainda fizeram questão de ressaltar o princípio da proporcionalidade, como se esse princípio constitucional tivesse sido capaz de orientar o caminho percorrido pelo julgador, que analisou o caso sob o ponto de vista apenas de uma perspectiva, a do Direito Penal.

A decisão do juiz de Direito Roberto Câmara Lacé Brandão, do Rio de Janeiro, firma esse entendimento, ao expressar que:

> A liminar almejada encontra amparo legal. A garantia prevista no inciso IV do art. 5º da Magna Carta veda expressamente o anonimato. Logo, não há como se argumentar qualquer violação ao direito à livre manifestação do pensamento. O ato previsto para amanhã igualmente pouco tem de *livre manifestação de convicção filosófica ou política* e ninguém está sendo privado do direito à associação por conta disso (art. 5º da CF de 1988, incisos VIII e XVI).
> Afinal, a plena liberdade de associação só e assegurada para fins lícitos (art. 5º da CF de 1988, inciso XVII). O objetivo primário do evento se reveste, a princípio, de interesse legítimo, posto que almeja ação de cunho político, pretendendo revisão legislativa. Todavia, o efeito secundário é inegável – há nítida apologia ao uso de droga ilícita e, por conseguinte, ao tráfico ilícito de entorpecentes. Como muito bem argumenta o *parquet*, 'nenhuma liberdade pública é absoluta' e, levando-se em conta o Princípio da Razoabilidade, o confronto entre os interesses em jogo pende em prol da Sociedade, diante do anonimato mantido pelos organizadores da marcha. Reputo, pois, presente o requisito do *fummus boni iuris*. (grifo do autor)

Importante destacar o raciocínio do magistrado fluminense. Para ele, somente as manifestações relacionadas a convicções filosóficas ou políticas estariam protegidas pela liberdade de expressão. Além disso, entende o juiz do Rio de Janeiro que não pode haver nenhum tipo de discussão em torno de matéria considerada como crime, uma vez que essa discussão, de forma secundária, acabaria materializando apologia ao crime.

Apesar de a decisão acima eliminar por completo o direito fundamental à liberdade de expressão, o julgado ainda faz questão de expressar o princípio da razoabilidade como fundamento da supressão à livre manifestação de pensamento. Nada mais equivocado. Não houve sopesamento na decisão, mas apenas um raciocínio simplório de subsunção, ainda que disfarçado pela referência à proporcionalidade.

Com base nessa decisão, o advogado Gustavo Castro Alves, de 26 anos, chegou a ser preso e levado para a 14ª Delegacia de Polícia, do Leblon, em razão de se apresentar no local marcado para a realização da passeata (Arpoador) com um cachorro labrador que tinha uma placa pendurada no pescoço com os dizeres: *"A estupidez é a essência do preconceito. Legalize a cannabis"*.

A respeito do tema, o deputado federal Marcelo Itagiba (PMDB), responsável por uma representação contra a "Marcha da Maconha" apresentada ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro afirmou que a manifestação é a favor de algo ilegal. Segundo ele:

> A marcha foi criada para promover um crime, que é o consumo de drogas. Eu não sou contra a liberdade de expressão, mas essa discussão não deveria ser feita em um local público, e sim em meios acadêmicos e no Congresso. Esse é o movimento de meia dúzia de burgueses que buscam satisfação pessoal para o seu vício.[725]

Em São Paulo, a decisão judicial que proibiu a Marcha da Maconha foi proferida por um integrante do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva, decisão proferida em liminar de Mandado de Segurança ajuizado com o objetivo de obter efeito suspensivo para um agravo interposto contra decisão proferida pela Juíza de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital – DIPO, que havia indeferido pedido formulado pelo MP no sentido de pretender proibir a citada marcha.

A decisão do TJSP também faz menção ao direito fundamental à liberdade de expressão, apesar de suprimi-lo. Segundo o magistrado:

> Embora não se desconheça que, em princípio, é livre a manifestação do pensamento, conforme regra inserida na Constituição da República, não há dúvida que não só o tráfico, mas o simples uso de maconha, substância entorpecente, é crime, de sorte que a realização do evento torna-se inviável, porque acabaria redundando na prática de conduta ilícita, de conduta criminosa, nos precisos termos do art. 286 do Código Penal e art. 33, parágrafo 2º, da nova Lei de Combate às Drogas, nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Portanto, está presente o *fumus boni juris* [...].

Em decisão proferida pela juíza da 3ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais, Rejane Zenir Jungbluth Teixeira Borin, de Brasília-DF, extrai-se o seguinte trecho:

> Não há como olvidar que esse tipo de evento possa proporcionar, ainda, a incidência de crimes como os previstos no art. 33, caput e parágrafo 2º, da Lei 11.343/06, arts. 287 e 288, ambos do CP [...].
> Ademais, a reunião ora programada não pode ser incluída dentre aquelas previstas no art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal, vez que o fim objetivado é ilícito, na medida em que induz o uso de substância proibida em lei.
> Impende ressaltar que não obstante o direito de reunião está elencado dentro os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, tais direitos podem sofrer limitações quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, não sendo, portanto, absolutos.
> *In casu*, há evidente colisão de direitos fundamentais, no sentido amplo, considerando que envolvem direitos fundamentais e outros princípios e valores que têm por propósito a proteção de interesses da comunidade.
> Com efeito, razoável a vedação do acontecimento, considerando que se choca com a liberdade pública de evitar a instigação, o auxílio e uso de drogas, além de outros possíveis delitos, como retro indicado [...].

Mais uma vez, o Judiciário analisou o caso apenas sob a perspectiva do Direito Penal, como se não existisse o direito fundamental à liberdade de expressão no Direito Brasileiro.

---

[725] Informação publicada no Jornal "O Globo". Disponível em: <www.oab-rj.org.br>. Acesso em: 16 jun. 2008.

Ora, não há dúvida de que a Constituição da República, ao estabelecer no art. 5º, inciso XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, transferiu para o legislador ordinário tanto a decisão sobre o que deva ser considerado infração penal quanto a definição sobre a medida da consequência jurídica (pena) atribuível à espécie. Todavia, apesar dessa transferência constitucional ao legislador ordinário, o princípio constitucional da legalidade nada significaria se o legislador penal infraconstitucional pudesse fixar, com ilimitada liberdade e sem observância aos preceitos constitucionais, o alcance dos conceitos de crime e de sanção penal. Isso não pode ocorrer.

Na verdade, a Constituição obrigatoriamente funcionará como um limite (formal e material) ao Direito Penal[726], não permitindo, assim, que o legislador ordinário (e o intérprete) possa considerar como conduta criminosa uma simples e plausível manifestação da liberdade de expressão, ainda que favorável à descriminalização de uma conduta considerada criminosa.

Essa situação, em não sendo enfrentada adequadamente, poderia gerar uma equação no mínimo esdrúxula: 1º) o constituinte originário, em dado momento, garante a liberdade de expressão como um direito fundamental; 2º) em outra oportunidade, entretanto, transfere ao legislador ordinário o poder de definir infrações penais e cominar penas; 3º) o legislador infraconstitucional, então, com base nessa delegação de poderes que lhe transfere uma liberdade ilimitada, resolve considerar que a liberdade de expressão para reivindicar a descriminalização de uma determinada conduta deverá ser considerada como um ato criminoso (como se dissesse: eu sou o senhor absoluto, ninguém pode reivindicar ou criticar os meus atos). Como resultado, teríamos o esvaziamento completo do direito fundamental garantido pelo constituinte originário (o direito à liberdade de expressão), com base em uma atuação legislativa infraconstitucional completamente desproporcional.[727]

Em sentido diverso, manifestando-se pela observância precisa ao direito fundamental à liberdade de expressão, podemos citar a decisão da juíza Laura de Borba Maciel Fleck, de Porto Alegre/RS, que, ao analisar Habeas Corpus Preventivo impetrado em favor dos Coletivos e Grupos de Ação Antiproibicionista de Porto Alegre contra ato iminente do Comandante Geral da Brigada Militar, determinou em sua decisão:

> Tenho que a liminar é de ser deferida, por dois aspectos, bem enfocados na impetração.
> A um, a Constituição Federal assegura a liberdade de expressão, em seu artigo 5º, incisos IV e IX, enquanto garantia fundamental do cidadão brasileiro, bem assim assegura que essa

---

[726] FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.* Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2005. p. 40.

[727] O resultado dessa equação seria o mesmo que dar com uma das mãos e tomar com a outra, como advertia Geraldo Ataliba.

> manifestação do pensamento se dê de forma pública, inclusive com realização de marchas e passeatas (inciso XVI, do mesmo artigo 5º da Constituição Federal).
> Nesse sentido, e do material acostado com a impetração, se vislumbra que o movimento que se reunirá na denominada "Marcha da Maconha" não visa propalar o uso de substâncias que causem dependência química, mas discutir, inclusive em nível mundial, políticas públicas que incluem a descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, no caso, especificamente, da 'Cannabis sativae', discussão pública que está há vários anos em curso no Brasil e que visa, a final, modificação legislativa. Tal tipo de discussão e exercício do direito de crítica tem sido exercido em relação a vários outros assuntos que são ou foram tipificados como delitos, como ocorreu em relação ao Estatuto do Desarmamento e ainda ocorre em relação à discussão sobre a descriminalização do aborto, eutanásia, etc. Temas polêmicos, todos, com posições divergentes e até acirradas a favor ou contra e que têm por base a descriminalização de conduta prevista como infração penal.
> Tal propósito, em princípio, se situa dentro do direito de crítica e de livre expressão do pensamento, não podendo ser caracterizado, 'a priori', como apologia ao crime, o que, em tese, parece estar sendo o pensamento da Autoridade dita Coatora ou, mesmo, como caracterizador do tipo penal previsto no art. 33, parágrafo 2º, da Lei n. 11.343/2006.
> De outra parte, e a dois, de se ver que os argumentos invocados quanto à potencial atipicidade da conduta dos participantes da denominada 'Marcha da Maconha', por ausentes os elementos de tipicidade tanto do artigo 287 do Código Penal como do parágrafo 2º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, se mostram razoáveis, para efeitos de obstar a ação da Brigada Militar, pois a lavratura de Termos Circunstanciados (conduta admitida pela Autoridade Coatora como a que será adotada), como se sabe, dispensa maiores formalidades quanto à análise da tipicidade da conduta e submete, desde logo, o autor do fato, a procedimento criminal, o qual sempre invade a seara da liberdade pessoal, ainda que não sujeite o infrator à pena de prisão.
> Evidentemente, o deferimento da presente liminar não abarca condutas que, diretamente, sejam praticadas pelos participantes da 'Marcha' e que se configurem como delito (como, exemplificativamente, para ser didática tanto aos participantes do evento como às autoridades policiais: consumo de maconha durante a marcha, distribuição de plantas/sementes de maconha).
> Isto posto, defiro a liminar para assegurar aos participantes da 'Marcha' o direito de livre e pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de apologia ao crime (artigo 287 do Código Penal), com as ressalvas acima expostas [...].

Essa decisão, realmente, conseguiu analisar o fato concreto sob as perspectivas do Direito Penal e do Direito Constitucional, afastando a tipicidade da conduta praticada pelos agentes em razão de uma interpretação com base no princípio da proporcionalidade.

Como ensina Luciano Feldens,

> Não haverá de incidir o Direito Penal quando a atuação do agente venha a apresentar-se como uso legítimo de um direito constitucionalmente reconhecido; é dizer: quando a Constituição expressamente reconheça determinados fatos como exteriorizadores de "direitos de liberdade", isso nos mais variados campos de desenvolvimento da personalidade humana (civil, ético-social, econômico e político).
> Na síntese de Marinucci e Dolcini, do reconhecimento, pela Constituição, deste ou daquele direito de liberdade, resultam, para o legislador ordinário, proibições de incriminação mais ou menos extensas (vastas). Exemplos genéricos dessas situações seriam: a liberdade de domicílio, a liberdade de pensamento, a liberdade de organização sindical, o direito à greve, o direito de reunião e associação, etc. Como exemplifica Prieto Sanchís, se a Constituição proclama a liberdade de religião ou a garantia do acusado de não declarar contra si mesmo, isso significa que nenhuma lei pode impedir o exercício daquela liberdade (*v.g.*, tornando obrigatória ou proibindo a missa dominical) ou a efetividade dessa garantia (*v.g.*, autorizando a tortura), ainda que existam boas razões políticas para tanto. E simplesmente não poderá fazê-lo porque a força normativa da Constituição impede que o legislador ordinário, ou qualquer outro poder público, submeta a debate aquilo que conferem os direitos fundamentais.[728]

[728] FELDENS, *op. cit.*, p. 47-48.

Em relação à proibição à "Marcha da Maconha", a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB do Rio de Janeiro, em uma iniciativa louvável, realizou um ato público em defesa da liberdade de expressão no dia 12.05.2008. Essa manifestação aconteceu na sede da OAB, no Rio, reuniu vários representantes da sociedade civil e formalizou um protesto contra as decisões judiciais que proibiram as marchas pela legalização da maconha.[729]

Ao final desse ato público, foi aprovada uma Declaração de Princípios, com as seguintes afirmativas:

> Declaração de princípios
> Diante da proibição judicial para a realização da marcha em defesa da legalização da maconha, que estava marcada para o dia 4 de maio último, as entidades presentes ao ato público realizado no auditório Evandro Lins e Silva, na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro (OAB/RJ), afirmaram:
> 1. seu inquebrantável compromisso com a democracia;
> 2. sua defesa incondicional do direito de quaisquer segmentos da sociedade propugnarem a mudança da legislação vigente;
> 3. seu repúdio a quaisquer atos que venham a tolher a liberdade de expressão, tão duramente conquistada;
> Tal posição, reafirmada pelas entidades signatárias deste documento, é consoante com nossos princípios democráticos e não entra no mérito das bandeiras encampadas pela caminhada que teve sua realização impedida por força da decisão do Poder Judiciário [...].[730]

No ano de 2009, o evento Marcha da Maconha foi proibido em diversas capitais, destacando-se aqui: João Pessoa[731] (na Paraíba), Salvador[732] (na Bahia), Fortaleza[733] (no Ceará), São Paulo[734] (em São Paulo) e Curitiba[735] (no Paraná).

Uma das pessoas que participou do evento no Rio de Janeiro, o Ministro do Meio Ambiente Carlos Minc, foi convocado pelo Deputado Federal e Delegado Laerte Bessa (PMDB/DF) para prestar esclarecimentos. Segundo o Deputado, o Ministro teria que prestar

---

[729] Participaram do evento, o presidente da OAB RJ, Wadih Damous; o deputado federal Chico Alencar; o presidente da Associação Brasileira de Imprensa Maurício Azedo; o presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, Paulo Saboya; o sociólogo Renato Cinco; o representante da Associação Nacional dos Jornais, Ricardo Pedreiras; o professor da UERJ, Daniel Sarmento, entre outros.

[730] Disponível em: <www.une.org.br>. Acesso em: 28 maio 2008.

[731] Em decisão proferida pela 8ª Vara Criminal de João Pessoa.

[732] Em decisão da 2ª Vara Privativa de Tóxicos, acatando o pedido feito por quatro promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaecco), do Ministério Público Estadual. A fundamentação da proibição foi o crime de apologia ao uso de drogas.

[733] Em decisão proferida, a pedido do Ministério Público do Estado, pela 1ª Vara de Delitos de Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes, sob o argumento de que o evento caracteriza-se como apologia ao uso de substâncias entorpecentes.

[734] Um mandado de segurança do Tribunal de Justiça solicitado pelo Ministério Público do estado de São Paulo fez com que o evento fosse suspenso.

[735] A Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba atendeu uma medida cautelar proposta pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), do Ministério Público do Paraná (MPPR). Na decisão, o magistrado afirmou que "não se trata de proibição à liberdade de expressão (alegada pelos manifestantes), que, em face ao princípio da proporcionalidade, esbarra em interesses diversos sociais mais elevados, de forma que permitir a realização da 'Marcha da Maconha', em apologia ao uso de drogas, significa decreta a anarquia no país e usurpar a ordem jurídica e os interesses sociais da nação".

esclarecimentos à sociedade porque havia participado de uma manifestação capaz de caracterizar o crime de apologia ao uso de drogas.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, em uma decisão mais razoável em 2009, decidiu que não pediria a proibição da Marcha da Maconha em Porto Alegre. Segundo o promotor Fabiano Dalazen, o evento deveria ser monitorado pela Brigada Militar para que não houvesse apologia ao uso de drogas.

5.2.2 Caso Federação Israelita do Rio de Janeiro *versus* Grêmio Recreativo e Escola de Samba Unidos do Viradouro (carnaval do Rio de Janeiro de 2008)

Outro caso emblemático e que é capaz de retratar como a liberdade de expressão é tratada, muitas vezes, no Brasil, ocorreu no Carnaval do Rio de Janeiro no ano de 2008.

Nesse carnaval, a Escola de Samba Unidos do Viradouro, através de seu carnavalesco Paulo Barros, pretendia fazer desfilar, na Marquês de Sapucaí, um carro alegórico que retratava o Holocausto, reproduzindo uma pilha de corpos esqueléticos, nus e empilhados, em alusão aos seis milhões de judeus mortos pelo regime nazista, com uma pessoa representando Adolf Hitler sobre uma plataforma no ponto mais alto do carro.

Diante da notícia dessa pretensão do carnavalesco do Unidos do Viradouro, a Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro – FIERJ conseguiu uma liminar na Justiça do Estado do Rio de Janeiro proibindo a exibição de fantasia de Hitler e de corpos representando vítimas do Holocausto.

A decisão liminar foi concedida em uma ação de obrigação de fazer, em plantão noturno em 31.01.2008, e proferido pela Juíza Juliana Kalichszteim.

Diante de tamanha agressão à liberdade de expressão, torna-se necessário transcrever as poucas linhas da decisão judicial com intuito de demonstrar como um direito fundamental pôde ser completamente aniquilado por um simples juízo de valor de uma integrante do Poder Judiciário.

Veja-se a decisão mencionada em seu inteiro teor:

> Trata-se de ação de obrigação de não fazer com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela da qual pretende a autora a que a escola de samba ré se abstenha de exibir, em seus desfiles de carnaval, o carro alegórico que retrata cadáveres nus de vítimas do nazismo, bem como qualquer passista caracterizado de Adolf Hitler.

> Da análise dos fatos, inclusive amplamente divulgados na imprensa oficial, e da documentação apresentada constando fotografias do referido carro alegórico, vislumbro a presença dos requisitos do *fumus boni júris* e do *periculum in mora* que autorizam a concessão em parte da medida pleiteada.
> De fato, o carnaval brasileiro, especialmente na cidade maravilhosa, é evento mundialmente conhecido, esperado e transmitido através dos diversos veículos de informação dentro e fora das fronteiras do país.
> Um evento de tal magnitude apesar de, em sua essência, pretender passar alegria, descontração e alertar a população sobre fatos importantes que ocorreram e ocorrem através dos anos, não deve ser utilizado como ferramenta de culto ao ódio, qualquer forma de racismo, além da clara banalização dos eventos bárbaros e injustificados praticados contra as minorias, especialmente cerca de seis milhões de judeus (diga-se, muitos ainda vivos), e liderados por figura execrável chamada Adolf Hitler.
> Além disso, a urgência se justifica para ambas as partes, uma vez que intimada nesta data da presente decisão, a escola de samba ré poderá providenciar a substituição de algumas fantasias dos passistas e proceder ao reparo no carro alegórico a fim de adequar-se ao *decisum.*
> Impõe-se, então, a determinação de abstenção de exibição de passista caracterizado de Adolf Hitler, contudo, não há necessidade de impedir a saída de carro alegórico, devendo-se determinar a ré a proceder à retirada apenas da parte que retrata cadáveres nus de vitimas do nazismo.
> Portanto, dada a pertinência da medida requerida, e à presença, ainda que em cognição *primo occuli*, dos requisitos legais, o *periculum in mora* configurado pela data próxima ao desfile, e o *fumus boni juris*, evidenciado como provável existência de um direito a ser tutelado, conforme se vê dos termos da inicial e documentos que a instruem.
> Ante o exposto, DEFIRO EM PARTE a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar à escola de samba ré que se abstenha de exibir, em seus desfiles de carnaval, qualquer passista caracterizado de Adolf Hitler bem como a parte do carro alegórico que retrata cadáveres nus de vitimas do nazismo, sob pena de multa no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada passista caracterizado de Adolf Hitler e R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a exibição do carro alegórico sem a referida alteração [...].

Diante dessa decisão, restou ao criativo carnavalesco desmontar o carro alegórico e criar uma nova alegoria que recebeu o nome melancólico de “Liberdade de Expressão”.

É importante ressaltar que o próprio legislador brasileiro, seguindo uma diretriz de diversas nações europeias, estabelece como crime, punido com reclusão de 2 a 5 anos, a fabricação, a comercialização, a distribuição e a veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos e propagandas que a utilizem para fins de divulgação do nazismo (art. 20, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 7.716/1989, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.459/1997).

Como afirma Gustavo Binenbojm a respeito do tema, em artigo escrito no Jornal do Brasil de 25.05.2009, intitulado “Respeito é o limite da liberdade de expressão”:

> É evidente que a caracterização do crime depende da intenção de divulgar o ideário nazista, o que, na maioria dos casos, só se pode depreender da análise do contexto em que a conduta foi praticada.
> A exposição para fins históricos, informativos e educativos, em museus, escolas, ou centros culturais, é um exemplo óbvio do que a lei não pretendeu criminalizar.
> Por evidente, a preservação da memória do horror nazista, como alerta e advertência para as novas gerações, inclui a guarda de símbolos e vestimentas que compunham a estética do regime.
> Igualmente, a proibição não pode ser de forma a impedir a veiculação de filmes históricos, peças teatrais e outras manifestações artísticas sem qualquer intenção discriminatória ou aviltante, quando seu contexto justifique a presença do símbolo

Decisões desse tipo provocam um efeito desastroso à liberdade de criação, com enorme prejuízo à sociedade, pois acabam inibindo os artistas de desenvolverem seus trabalhos com a mais ampla liberdade possível.

5.3 **A liberdade de expressão no Brasil e o diagnóstico feito pela ONG *Article 19***

O fato de o direito fundamental à liberdade de expressão, quando em conflito *a posteriori* com os direitos da personalidade, não estar sendo observado no âmbito do Direito Brasileiro, já foi identificado corretamente pela organização não governamental *Article 19*, organização de defesa da liberdade de expressão com sede na Inglaterra.

Um diagnóstico feito pela mencionada ONG[736], a partir de encontros com vários representantes da sociedade civil brasileira, dos veículos de comunicação social, jornalistas e agentes e funcionários públicos, inclusive membros do Congresso, mostra que o Brasil é recordista em processos contra jornalistas, num grupo de cem países. Os dados apontam que existe, em média, uma ação de indenização por danos morais contra cada jornalista brasileiro que atua em um dos cinco grandes grupos de comunicação do país (Organizações Globo, Folha, o Estado de São Paulo, Editoras Três e Abril). Os autores da ação, segundo o diagnóstico mencionado, em sua maioria, são pessoas públicas criticadas por corrupção ou comportamento ilícito pelos jornalistas.

Algumas conclusões do estudo elaborado pela *Article 19* identificam, entre outras, as seguintes causas como prejudiciais à liberdade de expressão no cenário brasileiro:

> • Alto número de casos: Advogados e jornalistas estimam que hoje exista cerca de uma ação de indenização para cada jornalista trabalhando nos 5 principais grupos de comunicação no país (Globo, Abril, Estado e Editora Três). Se provada correta, tal proporção configuraria um recorde mundial.
> • Elevado valor das indenizações: Em 2003, a média das indenizações encontrava-se em torno de R$ 20.000. Em 2007 o valor médio das indenizações pulou para R$ 80.000. (Em comparação, o salário médio de um jornalista brasileiro é de cerca de R$ 1500). Enquanto grandes veículos são capazes de se proteger contra tais ações, a situação torna-se mais complicada em relação a veículos menores e jornalistas individuais.
> • Corrupção e oficiais públicos: Vários casos de indenização por danos morais trazidos ao conhecimento da ARTICLE 19 referem-se a investigações sobre corrupção, tema de claro interesse público, e envolvem políticos e juízes; estas são exatamente as pessoas que deveriam demonstrar maior tolerância ao escrutínio da mídia em razão da função que exercem.

---

[736] O relatório integral a respeito do trabalho realizado pela ONG Article 19 pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico. Disponível em: <http://www.article19.org/pdfs/publications/brazil-mission-statement-port.pdf>. Veja-se ainda: <www.article19.org>. Acesso em: 21 out.2009.

> • Decisões liminares com efeito de censura prévia: Um número significativo de decisões liminares concedidas por juízes de primeira instância têm constituído censura, inclusive censura prévia, em situações nas quais informações sobre os autores das ações judiciais são proibidas de serem publicadas.
> • Decisões revogadas pelas instâncias superiores e pelo Supremo: Enquanto jornalistas e associações de mídia reconhecem que a ausência de treinamento e qualificação adequada podem resultar em um jornalismo de baixa qualidade, eles apontam também para o fato de que a maioria dos casos de danos morais / difamação resultam de abuso de poder. Esta posição parece ser confirmada pelo grande número de decisões modificadas em grau de recurso. De acordo com advogados que têm monitorado casos de indenizações por danos morais contra a mídia, o Supremo Tribunal Federal revoga cerca de 80% das decisões julgadas procedentes em instâncias inferiores. Esta alta porcentagem indica que existe um certo padrão de decisões inadequadas que podem ser atribuídas ao conhecimento insuficiente dos limites da liberdade de expressão e / ou ao alto nível de pressão sofrida no âmbito local pelos juízes. Além disso, quando um caso finalmente chega ao STF, muito do prejuízo à liberdade de expressão já se materializou, uma vez que um caso pode levar 10 anos para ser levado em recurso à referida corte.

Para a ONG *Article 19*:

> O alto número de casos de indenização por danos morais, assim como seu montante, limitam de forma significativa o livre fluxo de informação e idéias no país. Muitos jornalistas entrevistados admitiram que a auto-censura tornou-se uma das “principais doenças” no interior das redações brasileiras, como forma de tentar evitar os altos custos de processos judiciais.
> A mídia tem um papel central na ampliação do direito do público de saber, na disponibilização de um fórum para debate público de temas que preocupam os cidadãos e no monitoramento para promoção da prestação de contas e responsabilização do governo.

Diante do retratado cenário brasileiro, resta-nos agora analisar se, no Brasil, a liberdade de expressão deve ou não ser entendida como um direito fundamental preferencial, tornando-se necessário, assim, identificar se as premissas que autorizam esse raciocínio conclusivo se encontram presentes no ordenamento constitucional. É o que se passa a analisar no próximo capítulo.

6 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL *PRIMA FACIE* NO DIREITO BRASILEIRO

6.1 **Introdução**

As situações fáticas que retratam conflitos entre direitos fundamentais são tratadas pela doutrina e jurisprudência como "casos difíceis".

No Brasil, como já foi visto, prevalece o entendimento no sentido de que esses casos só poderão ser solucionados pela ponderação de princípios, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Não se admite aqui uma eventual solução de conflitos entre direitos fundamentais com base em uma escala hierárquica e abstrata de importância desses direitos, tendo em vista os princípios da unidade[737] da Constituição e da indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Com o intuito de dar maior objetividade às soluções desses conflitos e, por consequência, garantir maior estabilidade ao sistema jurídico, o desafio contemporâneo do intérprete do Direito é o de conseguir extrair do texto constitucional alguns *standards* capazes de direcionar, da forma mais completa e objetiva possível, a solução de conflitos de interesses fundamentais.

Com base nesses *standards*, diante de uma situação real de conflito entre direitos fundamentais, cabe ao aplicador do Direito apenas utilizar tais padrões e dar uma solução menos subjetiva para o problema, formando-se, assim, um método cientificamente eficaz de solução de problemas difíceis.

No que toca especificamente aos objetivos do presente trabalho, esses se concentram em extrair da Constituição argumentos capazes de formar *standards* para solução de conflitos entre dois direitos fundamentais: liberdade de expressão *lato sensu versus* direitos da personalidade.

---

[737] Cabe destacar aqui que o princípio da unidade da Constituição não impede a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, mas apenas rejeita que seja fixada uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos fundamentais. Em outras palavras, "[...] a unidade não comporta absoluta assimilação igualitária entre todos os enunciados constitucionais, mas sim imperiosa obrigação de que todos sejam efetivos". Cf. USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 176. Conferir ainda: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 283.

Aqui, como em vários outros casos capazes de retratar conflito entre direitos fundamentais, a tarefa não é simples, fato evidenciado pelo próprio cenário brasileiro: um cenário de confusões e incoerências.

Enquanto a jurisprudência pátria, principalmente diante do pouco conhecimento em torno da liberdade de expressão e da facilidade de aplicar uma "ponderação" de princípios de uma forma extremamente subjetiva, tem praticamente, com suas decisões, anulado o direito fundamental à liberdade de expressão em casos de conflito com os direitos da personalidade; a doutrina, por sua vez, sem conseguir produzir um avanço metodológico consubstancial, tem se limitado a afirmar que os casos de conflito entre direitos fundamentais devem ser solucionados pela ponderação de princípios.

Diante desse quadro, temos os seguintes resultados: 1) havendo conflito entre dois direitos fundamentais (liberdade de expressão e direitos da personalidade), a solução do problema parece se encontrar na ponderação de princípios; 2) no caso concreto, não conhecendo a fundo os direitos fundamentais em conflito, o aplicador do direito, até mesmo por uma questão pragmática, tem-se valido de uma "ponderação" subjetiva; 3) com esse método de "ponderação", chega-se a vislumbrar, até mesmo em razão das inúmeras decisões em sentido idêntico, a criação de um *standard* completamente equivocado, na direção de que a liberdade de expressão, quando em um conflito *a posteriori* com os direitos da personalidade, só será considerada como uma manifestação lícita (razoável) se exercida de forma a não ofender qualquer dos direitos da personalidade (seja em que intensidade for). Faz-se, assim, ao invés de uma verdadeira ponderação, uma autêntica categorização restrita do direito fundamental à liberdade de expressão, esvaziando-o completamente. Nesse sentido é que se chega a proibir uma manifestação legítima como a "Marcha da Maconha" e a condenar professores da rede pública de ensino por meros protestos realizados contra um prefeito municipal que não lhes concedera aumento de subsídios (Veja-se o caso "Enéas é zero").

No Direito Comparado, em busca de se evitar essas "ponderações" subjetivas, vimos algumas concepções que fazem uma opção, em determinadas situações, em favor da liberdade de expressão, a ponto de considerá-la um direito fundamental preferencial *prima facie* quando a liberdade de expressão se referir a um assunto de interesse público. Encontrando-se o aplicador do direito diante de uma situação capaz de retratar um conflito envolvendo a manifestação de uma expressão em casos de interesse público, o intérprete já sabe, desde o início, que a proteção a ser conferida à liberdade de expressão, nesse caso, é mais intensa, afastando-se esse direito fundamental apenas em casos excepcionais, exigindo-se, pois, nessas situações, uma justificação mais sólida.

No caso brasileiro, as confusões e incoerências existentes especialmente no cenário jurisprudencial e que levam à incapacidade de formular soluções mais objetivas, gerando total insegurança ao sistema jurídico e um efeito silenciador da imprensa, decorrem, principalmente, pela ausência de fixação de *standard*s como os já firmados no Direito Comparado. O magistrado, deparando-se com um caso considerado difícil, que retrata um conflito envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão, não tem diante de si, no Brasil, um parâmetro objetivo capaz, ao menos, de fazê-lo iniciar o processo ponderativo de forma mais objetiva. Essa lacuna interpretativa, diante da imensa carga de serviço e dos valores trazidos ao longo da vida por cada juiz, pode conduzir, como tem ocorrido, a um processo interpretativo de ponderação de fachada, uma ponderação utilizada apenas para justificar a opção acolhida pelo magistrado desde o início do trabalho ponderativo, servindo a ponderação apenas para justificar uma escolha feita *a priori* e sem qualquer embasamento científico.

Essa tarefa de fixar *standards* para orientar o juiz a fazer uma boa e correta ponderação, entretanto, parece-nos possível diante de uma leitura atenta do texto constitucional brasileiro. Torna-se necessário, antes disso, entender as funções da liberdade de expressão e as premissas que a justificam, no Direito Comparado, como um direito fundamental preferencial *prima facie*, objetivando-se, então, uma solução para o Direito Brasileiro.

6.2 **Os fundamentos que justificam a liberdade de expressão *lato sensu* como um direito fundamental e as premissas que a estabelecem como um direito fundamental preferencial *prima facie*. Uma visão a partir do Direito Comparado**

Viu-se no Capítulo Primeiro deste trabalho que a liberdade de expressão em sentido amplo é considerada um direito fundamental em razão de múltiplos fundamentos, destacando-se, entre eles, alguns fundamentos de natureza instrumental e um outro de natureza constitutiva.[738]

Na primeira categoria de fundamentos, a liberdade de expressão tem uma importância meramente instrumental; trata-se de um meio para a realização de um fim importante. A

[738] DWORKIN, O direito... *op. cit.*, p. 318.

segunda classe de fundamentos da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante por si só, não somente pelas consequências que esse direito pode acarretar. Neste plano, alguns autores consideram que a liberdade de expressão se justifica como direito fundamental em razão de se caracterizar como algo imprescindível para a autossatisfação (*self-fulfillment*) humana, portanto, com base em um fundamento intrínseco.[739]

Para outros, entretanto, que a consideram como um direito meramente instrumental, um meio e não um fim, a liberdade de expressão é vista, para alguns, como um meio para alcançar uma verdade social. Essa verdade, extraída de um amplo debate, representa algo importante para o desenvolvimento da humanidade. A verdade só pode surgir, segundo esses, de um amplo debate extraído de um livre mercado de ideias, sendo esse o propósito de proteção da liberdade de expressão como direito fundamental. O progresso dialético do conhecimento depende dessa liberdade.[740]

Outra teoria instrumental com bastante força no Direito Comparado considera que a liberdade de expressão realmente não representa um fim em si mesma, servindo antes para assegurar a manutenção da democracia e, sobretudo, de seu princípio fundamental, o da eleição imediata ou indireta. O propósito da liberdade de expressão, para tais teóricos, não é a autorrealização individual, mas sim a preservação da democracia e o direito de um povo, enquanto tal, decidir que tipo de vida quer viver. Assim como uma decisão judicial não pode ser objetiva e justa sem que todos os participantes do processo tenham podido expressar sua opinião, assim também ocorre no que toca às decisões políticas. A autonomia aqui é protegida não por seu valor intrínseco, como poderia insistir um kantiano, mas sim como um meio ou instrumento de autodeterminação coletiva. A expressão de opiniões permite as pessoas votarem de forma inteligente e livre, conhecendo todas as opções e possuindo todas as informações relevantes.

Essa última teoria, que ressalta a importância da liberdade de expressão para a democracia, adotada, entre outros, por Owen Fiss e Alexander Meiklejohn, é utilizada por muitos tribunais para considerar a liberdade de expressão não somente como um direito fundamental, mas, além disso, para considerá-la como um direito fundamental preferencial *prima facie* em relação aos demais direitos fundamentais.[741]

---

[739] Entre todas as finalidades da liberdade de expressão, esta é a mais importante. A liberdade de expressão é um fim em si mesma e independe do fato de o seu uso favorecer ou não outros fins políticos ou sociais. Cf. KRIELE, *op. cit*., p. 473.

[740] *Idem.* Essa idéia pertence às formulações clássicas do pensamento liberal jusnaturalista de Inglaterra e EUA.

[741] Sobre a importância de assegurar a liberdade de expressão para a efetividade do sistema democrático e, mais ainda, sobre o interesse de afirmar aos jornalistas a garantia do sigilo da fonte informativa, vale a pena consultar decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem no caso *Goodwin v. The United Kingdom*, julgado em 24 de maio de 1994. Em determinado momento da decisão, ficou consignado que "[...] o Tribunal lembra que a liberdade de expressão

Em verdade, essa função democrática da liberdade de expressão é que norteia as teorias norte-americanas da *actual malice* e da reportagem neutra, bem como as teorias inglesa (defesa *Reynolds*) e australiana (defesa *Lange*), todas elas estudadas no Capítulo 4 desse trabalho. A liberdade de expressão, nesses países, é considerada como um direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada a assuntos de interesse público e essa preferência se consubstancia através dessas opções teóricas.

No Brasil, a opção teórica de se considerar a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* pode ser adotada diante de nosso ordenamento constitucional? É o que se passa a analisar.

6.3 **A liberdade de expressão no Brasil: múltiplas finalidades**

A Constituição Federal de 1988 adota uma opção pelo regime democrático logo em seu preâmbulo, ao asseverar que a Assembléia Constituinte se reuniu "[...] para instituir um Estado Democrático."

Em seu artigo 1º, ratificando essa opção democrática, determina a Carta Constitucional que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constitui-se em um Estado democrático de direito, tendo como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.[742]

Diante especialmente do destaque conferido à democracia pelo texto constitucional brasileiro, alguns autores entendem que a democracia representa até mesmo um

---

constitui um dos principais alicerces de uma sociedade democrática e que as garantias a serem oferecidas à imprensa são de particular importância [...]. A proteção das fontes jornalísticas se configura como uma das principais condições para a liberdade de imprensa; sem essa proteção, as fontes podem ser dissuadidas de colaborar com a imprensa para informar o público sobre questões de interesse público". [De forma que] "Por uma questão de princípio geral, a 'necessidade' para qualquer restrição à liberdade de expressão tem de ser estabelecida de forma convincente [...]."

[742] O pluralismo é a estrutura social que permite a distribuição de mensagens múltiplas ou a identificação de alternativas. A antítese do pluralismo é o monismo, uma situação na qual a sociedade é dominada por um único sistema de valores, por um "certo conhecimento" do que é correto. Essa certeza geralmente leva à supressão indiferenciada de visões dissidentes. Quanto mais forte for o sistema de valores, maior será o crescimento do monismo. Por outro lado, uma sociedade pluralística considera necessária a tolerância em relação a um amplo espectro de pontos de vista. Se o pluralismo pode ser representando por um homem (ou uma mulher) que pertence a muitos grupos e que não é nem um herói nem um canalha, tratando-se de um ser moderado que se tornou uma pessoa tolerante, o monista é caracterizado como intolerante e obtuso. BARNEY, Ralph D. O Jornalista e uma sociedade pluralista: uma abordagem ética. In: ELLIOT, Deni. *Jornalismo Versus Privacidade*. Tradução de Celso Vargas. Rio de Janeiro: Nordica, 1986. p. 73.
Em vários outros artigos constitucionais pode se extrair a concretização do princípio democrático. A título de exemplo, podemos mencionar os artigos 5º, LXXIII; 14 e seguintes; 29, I a IV; 45; 46; 60, parágrafo 4º, inciso II; 61, parágrafo 2º, entre outros.

megaprincípio[743] estabelecido pela ordem constitucional. Nesse sentido é que Carlos Ayres Britto, ao relatar sobre o tema em seu livro "Teoria da Constituição", afirma que "[...] a Democracia está no centro dos princípios constitucionais, tanto quanto os princípios constitucionais estão no centro da Constituição e a Constituição está no centro do Sistema Jurídico"[744].

Para outros, a democracia é "[...] o mais valioso dos direitos fundamentais". Nessa direção, Paulo Bonavides afirma que:

> A nosso ver, a democracia, conforme temos reiteradamente assinalado, é a esta altura da civilização política, do gênero humano, direito da quarta geração, direito cuja universalidade, em vigor, deriva de sua natureza principal, e como princípio entra ela de forma constitutiva no ordenamento republicano, precisamente como caput do art. 1º, em que o constituinte qualifica por democrático o nosso Estado de Direito. A partir pois dessa formulação conceitual, positivada na lei maior, podemos dizer que democracia é rigorosamente o mais valioso dos direitos fundamentais.
> Sem ela, a convivência, a informação, o consenso e o pluralismo não alcançariam, em relação ao bem comum, o sentido perfectivo, nem o grau de importância que ora assumem. A democracia, seguindo essa linha de compreensão, sintetiza na escala ética do poder valores substanciais, valores supremos, valores que emancipam o homem e sua consciência.
> A democracia incorpora a igualdade e a liberdade, sem as quais não há sociedade aberta nem digna, abraçada ao dogma da justiça. A democracia, por conseguinte, não é apenas forma de governo senão princípio constitucional da mais subida juridicidade na hierarquia dos ordenamentos; é, como, já disse, direito da quarta geração, que agrega todas as dimensões antecedentes na escala dos direitos humanos. É também síntese de valores que o país sacraliza na obediência do cidadão e lhe rende o mais inviolável dos cultos. É, de último, o direito objetivo e direito subjetivo com titularidade respectiva e concomitante no povo e no cidadão; o povo, ente universal, expressão de humanidade e o cidadão, ente particular, expressão de personalidade.[745]

Há ainda quem entenda que a democracia

> [...] tem de figurar como um elemento essencial na interpretação jurídica[...].
> A democracia é a única forma de governar que trata a todos com igualdade, na medida em que atribui a cada indivíduo um idêntico poder de influência nas decisões coletivas que atingirão sua vida. É na democracia que as pessoas são tratadas como sujeitos e não como objetos, uma vez que apenas no regime democrático se reconhece em cada indivíduo um cidadão livre, dotado da competência moral para, em igualdade com seus concidadãos, participar da adoção de decisões vinculativas para toda a comunidade. Só no regime democrático ganha concretude o princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico de qualquer ordenamento constitucional humanitário - , pois denegar a cada um o direito de participar ativamente da construção do futuro coletivo da comunidade a que pertence é fazer pouco da sua humanidade. [746]

---

[743] BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183.

[744] *Ibidem*, p. 186.

[745] BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da Democracia Constitucional. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Florianópolis, v. 22, n. 1, p. 255, [s.d.].
Sobre uma fundamentação teórica do direito fundamental à democracia: Cf. SERRANO MORENO, José Luis. *Validez y vigência:* la apostación garantista a la teoria de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999. p. 115 et seq.

[746] SARMENTO, Livres... *op. cit.*, p. 11.
A respeito do tema, torna-se relevante conferir o seguinte texto: PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (Organizador). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285-325.

A respeito do assunto, entretanto, uma afirmação é inquestionável: em um ordenamento constitucional que se manifesta expressamente por um estado de direito democrático, torna-se necessário observar, ao menos, duas diretrizes em seu planejamento: o respeito pelas decisões majoritárias e a observância dos direitos fundamentais[747]. Daí se falar que a democracia "[...] é um processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história"[748].

Essa relação entre democracia e direitos fundamentais é destacada em lição lapidar pelo jurista alemão Martin Kriele. Para o autor:

> Os direitos fundamentais e a democracia se dão numa relação de condicionamento mútuo: a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos; a liberdade para todos pressupõe democracia. Este fato é de grande importância para a interpretação dos direitos fundamentais. Se se separa a conexão entre liberdade e democracia, chega-se a uma *interpretação dos direitos capaz de pôr em perigo tanto a liberdade como a democracia*. Mas a separação entre a liberdade e a democracia é um efeito tardio da tradição estatal alemã, que tentou garantir certa medida de liberdade sem democracia, certamente não a liberdade para todos e sem as condições econômicas, sociais e políticas adequadas, mas a liberdade para os integrantes de uma camada social caracterizada por propriedade e educação. Assim como para esta tradição pareciam opor-se os princípios de representação e de democracia, o mesmo sucedeu-se com os direitos fundamentais e a democracia. O Estado constitucional democrático aparece como um feixe de compromissos entre ideias opostas entre si.[749] (grifo do autor)

Se essa relação existente entre democracia e respeito a todos os direitos fundamentais se caracteriza como um importante avanço – uma conquista –, a relação existente entre essa forma de estado e o direito fundamental à liberdade de expressão é capaz de caracterizar algo ainda mais peculiar: a liberdade de expressão pode tranquilamente ser considerada como constituinte[750] da democracia. Entre ambos, liberdade de expressão e democracia, existe uma relação de interdependência de sentido, não se tendo notícia de experiência que reconheça a existência de um sem o outro.[751]

É como se afirmar que, entre todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão, ao menos em algumas situações, destaca-se ainda mais para o funcionamento da engrenagem

---

[747] Daí afirmar José Luis Serrano que, "[...] se diz que pertencem ao estado democrático aquelas regras de um sistema jurídico que estabelecem *quem* decide (a maioria) e *como* se decide (pela maioria). Se diz, por outro lado, que pertencem ao estado de direito aquelas regras que estabelecem *sobre o* que não se pode decidir nem sequer pela maioria (os direitos fundamentais)". Cf. SERRANO MORENO, *op. cit*., p. 109.

[748] SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE,Clèmerson; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 369. Em nosso trabalho, o termo democracia será levado em consideração pelo dado da sua fórmula política, que é a soberania popular. Conforme afirma Bobbio, o único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas. BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. 6 ed. Editora Brasiliense. São Paulo, 1994, p. 42.

[749] KRIELE, *op. cit.*, p. 470.

[750] Como já se manifestou o Tribunal Constitucional da Alemanha. Cf. HECK, *op. cit*. p. 249-250.

[751] MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra. O Novo Código Civil e a Lei de Imprensa.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

de um sistema democrático uma vez que ela é essencial para todas as funções vitais da democracia.

Realmente, toda forma de organização social se mantém com interações e acordos, expressos e implícitos, originados de vínculos e intercâmbios comunicativos. A língua é o mais importante vínculo para alcançar tais acordos sociais, embora não seja o único. Por esse motivo, toda forma de organização política, toda forma de governo, necessita da comunicação humana como base fundamental.[752]

Se se está de acordo com o fato de que toda forma de organização tem que se basear, em grande medida, na comunicação, estar-se-á também em conformidade com a afirmação de que a democracia não pode existir sem se fundamentar em processos comunicativos, já que democracia, como forma de Estado e de Governo, é também um princípio de organização sobre a titularidade e o exercício do poder do Estado.[753] O próprio surgimento histórico da democracia ocorre com a participação deliberativa daqueles com direito na assembléia de cidadãos, na discussão pública de assuntos comuns, generalizando-se, séculos depois, com o desenvolvimento da esfera pública burguesa mediante processos comunicativos cada vez mais mediados (e amplificados) pelo advento dos modernos meios de comunicação: a imprensa, especialmente durante o século XIX; a televisão, primordialmente na segunda metade do Século XX[754], e nos últimos anos, as novidades tecnológicas que fazem convergir a computação, as telecomunicações e as indústrias culturais.

Não há possibilidade de se imaginar a sociedade sem a comunicação humana. Tampouco a política. A democracia, finalmente, também não é possível sem a comunicação humana. São dois os aspectos complementares que mostram a importância da comunicação na política. No âmbito interior dos governantes, as informações são capazes de justificar a tomada das melhores decisões. Do âmbito externo, nas democracias modernas, os governados exigem cada dia mais ser informados a respeito dos agentes políticos, dos processos de geração de políticas públicas e seus resultados, exigindo também ser escutados na definição dos problemas, na definição de temas e prioridades, talvez consistindo, principalmente nisso, a governabilidade democrática.[755]

---

[752] HABERMAS, Jürgen. *Communication and the Evolution of Society*. Translated by Thomas McCarthy. London: Heinemann, 1979. p. 6 et seq.
[753] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho e a democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 53.
[754] A TV chegou ao Brasil em 1950, com a inauguração da TV Tupi de São Paulo. Nessa época, já havia cinco milhões de telespectadores nos EUA que assistiam às redes NBC.
[755] BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 23.

Destacando a importância da liberdade de expressão para esse contexto de organização social democrática, Ronald Dworkin afirma que:

> A soberania popular demanda que o povo – e não os funcionários – tenham o poder final do governo. Mas se os dirigentes se lhes permite castigar as críticas de suas decisões tipificando-as como "sedição", impedir a população de informação que poderia dar lugar a ditas críticas ou proibir novos partidos ou periódicos que poderiam extrair à luz de seus erros ou crimes, então o povo não é quem manda, ou não é completamente. Portanto, uma estrutura constitucional que garante a liberdade de expressão contra a censura oficial protege os cidadãos em seu papel democrático como soberanos.
> A liberdade de expressão ajuda também a proteger a igualdade dos cidadãos. Resulta essencial para a associação democrática que esses sejam livres, em princípio, de expressar qualquer opinião relevante que tenham, sem importar se ditas opiniões são rechaçadas, odiadas ou temidas por outros cidadãos. Uma boa parte da pressão a favor da censura nas democracias contemporâneas não está gerada por um intento oficial de manter certos segredos longe da gente, mas sim pelo desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar a outros cujas opiniões detestam. Esta, por exemplo, é a ambição dos grupos que desejam que as leis proíbam marchas de neonazistas ou desfile dos nazistas dentro de seus sábanas blancas. Mas ditas leis desfiguram a democracia, porque se uma maioria de cidadãos tem o poder de negar a um concidadão o direito de falar quando considere que suas ideias resultam perigosas ou ofensivas, então este não é um igual na competição argumentativa do poder. Devemos permitir que todos os cidadãos que se encontrem obrigados por nossas leis tenham uma voz igual no processo que as produz, ainda quando temos razões para detestar suas convicções ou quando sacrifiquemos nosso direito a impor nossas leis sobre eles. A liberdade de expressão põe em jogo esse princípio, protegendo, assim, a igualdade dos cidadãos.[756]

Essa visão demonstrando a importância da liberdade de expressão para a realização do projeto democrático já foi ressaltada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades. A título de exemplo, traz-se a lume um trecho do voto do Ministro, então relator, Celso de Melo, no julgamento da Pet. 3486/DF:

> Não custa insistir, nesse ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento. Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado. É preciso advertir, bem por isso, notadamente quando se busca promover, como no caso, a repressão penal à crítica jornalística, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social. *Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática.* Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.[757] (grifo nosso)

---

[756] DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana*. La teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertomeu. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2003, p. 396-7.

[757] Ao julgar Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7, do Distrito Federal, o mesmo ministro Celso de Mello ressaltou em seu voto que: "[...] a liberdade de imprensa não traduz uma questão meramente técnica. Ao contrário, representa matéria impregnada do maior relevo político, jurídico e social, porque concerne a todos e a cada um dos cidadãos desta República". E acrescentou mais uma vez que, "[...] essa garantia básica,

Embora seja evidente essa intrínseca ligação existente entre liberdade de expressão e democracia[758], dar efetividade ao sistema democrático não é a única função da liberdade de expressão no Brasil. Nesse sentido é que a Constituição Brasileira garante essa liberdade em vários de seus dispositivos, prevendo-a expressamente no artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento); IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação) e no art. 220, parágrafo 1º (liberdade de informação propriamente dita).

A nosso entender, a liberdade de expressão, no Brasil, como quase todos os direitos fundamentais, serve a diversas funções: pode ser considerada como uma boa forma para alcançar a verdade; pode servir como um meio para garantir a democracia; e, enfim, pode ser justificada, ainda, como um valor intrínseco do ser humano, tendo a finalidade de garantir a autossatisfação da pessoa. Todos esses bons argumentos se complementam e justificam a liberdade de expressão como direito fundamental, não sendo, pois, os argumentos instrumentais e constitutivos mutuamente exclusivos[759] e excludentes[760].

Esse entendimento que concebe diversas funções à liberdade de expressão pode ser extraído diretamente do próprio texto constitucional brasileiro. É verdade que a liberdade de expressão se encontra, em primeiro lugar, fortemente ligada aos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal de 1988), destacando-se aqui sua relação com a soberania, com a cidadania[761], com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo político, a ponto de se poder afirmar que, sem liberdade de expressão, não há Estado Democrático de Direito. Sem liberdade de expressão, não se efetivam os fundamentos desse estado, restando a liberdade de expressão aqui configurada (artigo 1º da CF/88), portanto, como um meio para alcançar a democracia.

---

que resulta da liberdade de expressão do pensamento, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos pilares em que se fundamente e repouse a ordem democrática."

758 A respeito do assunto, na doutrina brasileira vale a pena conferir a seguinte obra: SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 102 et seq.

759 CHEMERINSKY, *op. cit*., p. 925.

760 Nesse sentido, veja-se a seguinte obra: DWORKIN, O direito... *op. cit.*, p. 320.

761 Para Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, "[...] a cidadania é exercida por múltiplas formas, dentre elas, pelos direitos políticos. Ora, na medida em que se assegura o direito à informação plural e, tanto quanto possível, veraz, o amplo acesso aos meios de comunicação de todas as correntes políticas e sociais e o livre fluxo das informações necessárias à formação da personalidade política, social e o desenvolvimetno pessoal e cultural dos indivíduos, estar-se-á garantindo um dos pilares fundamentais da cidadania. Assim também com a dignidade humana, dentre outras maneiras, assegurada pela educação, a qual, como já visto, dá-se hoje tanto pelos meios tradicionais – ensino – quanto pelo conhecimento dos acontecimentos locais, nacionais e mundiais, bem como das opiniões e interpretações sobre todos os fatos relevantes. Ela se relaciona com a difusão e acesso às várias formas de cultura, muitas vezes pelos meios de comunicação de massa e com uma adequada oferta de lazer, também propiciada pelos meios aqui tratados." Cf. LOPES, Vera Maria de Oliveira. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 217-218.

Em outra oportunidade, entretanto, nossa Constituição prevê a liberdade de expressão como inserida em seu Título II, artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, encontrando-se a liberdade de expressão, principalmente sob o aspecto subjetivo, ligada à autossatisfação individual.

A liberdade de expressão aqui promove especialmente a autonomia da pessoa, firmando uma relação íntima com a liberdade pessoal de escolha, constituindo-se, assim, em um pressuposto essencial da autenticidade do sujeito.[762] Ou seja, protege-se a liberdade de expressão tão somente porque ela é um importante aspecto da autonomia, sendo analisada a partir de uma importância intrínseca.

Mais à frente, nossa Constituição faz previsão desse direito em seu Título VIII, que trata da Ordem Social, garantindo-lhe, em seu Capítulo V (art. 220), que "[...] a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição[...]", revelando-se a liberdade de expressão especialmente como um meio para o desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, basta apenas identificar que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da Constituição Federal de 1988), prática essa que só será alcançada em um ambiente em que se busca a liberdade de criação dos meios de comunicação e a aberta competição entre eles, terreno propício para assegurar a verdade e o pluralismo da informação.

No seu conjunto, portanto, todos os argumentos mencionados acima acabam aumentando substancialmente a "[...]capacidade de resistência da liberdade de expressão em sentido amplo no processo de ponderação com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos [...]"[763], sendo esse efeito importante para o Direito Brasileiro que, como vimos, não tem observado efetivamente esse direito fundamental quando em um conflito *a posteriori* com os direitos da personalidade.

Dessa forma, pode-se chegar agora a uma conclusão: a liberdade de expressão, no Direito Brasileiro, é um direito fundamental, sendo várias (múltiplas) as justificativas (instrumentais e constitutivas) que autorizam a considerá-la como um direito fundamental. Ou seja: a liberdade de expressão, no Brasil, é importante para a efetivação do sistema democrático. Entretanto, ela não é importante somente para dar efetividade ao sistema democrático.

---

[762] MACHADO, J., *op. cit.*, p. 286.
[763] *Ibidem*, p. 290.

Outra indagação agora deve ser investigada: entre as várias justificativas que afirmam a liberdade de expressão em sentido amplo como direito fundamental, o argumento democrático permite considerá-la, além de um direito fundamental, mais ainda, como um direito fundamental preferencial *prima facie*?

6.4 **A liberdade de expressão em sentido amplo e a função democrática**

Em razão da multiplicidade de funções da liberdade de expressão e, dentre elas, a importância dessa liberdade para a constituição do Estado democrático, parece-nos necessário, diante da exigência de se garantir uma efetiva prática democrática em um ordenamento jurídico que se decidiu plural, apresentando-se essa direção como um único caminho a seguir diante de uma infinita pluralidade quanto às preferências morais e aos diversos interesses contrapostos, tratar a liberdade de expressão sob duas perspectivas diversas.

Primeiramente, quando ela se relacionar a um assunto de interesse público, a liberdade de expressão deve ser considerada, em razão de sua importância para a democracia, além de um direito fundamental, como um direito fundamental preferencial *prima facie*. Nos demais casos, envolvendo assuntos de interesse particular, a liberdade de expressão deve ser considerada tão somente como um direito fundamental.

Não é só o argumento democrático, no Brasil, que justifica a liberdade de expressão como direito fundamental. Para esse fim, existem diversas justificativas teóricas. Entretanto, o argumento democrático parece permitir que a liberdade de expressão seja considerada, quando relacionada a temas de interesse público, como um direito fundamental preferencial *prima facie* em face dos demais direitos fundamentais.

Essa forma de tratar a liberdade de expressão apenas materializa uma lembrança de que o ponto de partida, em uma sociedade democrática, é a liberdade de expressão, sendo as restrições a esse direito fundamental apresentadas como meras exceções que demandam uma sólida justificação. Se a liberdade de expressão, quando relacionada a assuntos de interesse público, não for tratada de uma forma privilegiada, como um direito fundamental preferencial *prima facie*, a veiculação de ideias, pensamentos, fatos, expressões não estará suficientemente protegida, prejudicando-se a efetividade do sistema democrático.

Se cada uma das diversas funções mencionadas acima justifica, só por si, a liberdade de expressão como direito fundamental, o fundamento democrático autoriza a considerar a

liberdade de expressão, quando relacionada com assunto de interesse público, como algo mais do que um simples direito fundamental, como um direito fundamental preferencial *prima facie*.

A liberdade de expressão está mais intimamente relacionada com a democracia apenas quando ela se refere a um tema de interesse público, não nos demais casos. Somente quando relacionada com assuntos de interesse público é que a liberdade de expressão *lato sensu* se apresenta como pressuposto da opinião pública livre[764], firmando-se, portanto, como um direito da sociedade (direito meta-individual)[765] e um dever dos meios de comunicação, impondo-se, assim, uma tutela mais intensa à liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos fundamentais.

Neste sentido é que Alexandre H. Català, ao comentar a respeito do direito de a sociedade saber de assuntos de interesse público, afirma que:

> Esta afirmação [de a sociedade ter o direito de saber a respeito dos assuntos de interesse público] se extrairá de uma multidão de sentenças, especialmente aquelas em que o demandante é um profissional da informação como maneira de reforçar a essencialidade do direito em uma sociedade democrática que não se satisfaz com o emissor, mas sim necessita do outro extremo da comunicação, receber. O direito do grande público a ser informado em relação às questões que afetam a assuntos de interesse geral é a outra cara da moeda. Se o direito a comunicar tem um corte individual, o direito a receber tem, essencialmente, uma dimensão coletiva. Isso exige que as cláusulas que limitam as faculdades de investigar, de comunicar e de criar meios de comunicação terão de ser interpretadas de forma estrita de maneira que respondam a uma necessidade imperiosa [...].[766]

O real funcionamento dos regimes democráticos exige uma participação ativa do povo na vida política, estando subordinado ao fato de o povo estar tendo acesso a informações. Esse acesso deve ser franqueado de forma mais ampla a informações precisas sobre todos os assuntos de relevância pública, apurando-se, assim, como o Estado está sendo gerido e quais são as verdadeiras necessidades e reações públicas.[767]

Nesse sentido é que Robert A. Dahl afirma que:

---

[764] A formação da opinião pública, pois, converte-se no *leiv motiv* dessa "especial posição" dos direitos de expressão e informação sobre os direitos de personalidade. Cf. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 126. A respeito do tema, decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC 19/1996, de 12 de fevereiro, que: " [...] a confrontação dos direitos de liberdade de comunicação e informação e liberdade de expressão, por um lado, e direito à honra por outro, há de finalizar-se tendo em vista a especial posição que sobre os direitos denominados da personalidade do artigo 18 da Constituição ostentam os direitos à liberdade de expressão e informação do art. 20.1 da Constituição, em razão de seu duplo caráter de liberdade individual e garantia institucional de uma opinião pública indissoluvelmente unida ao pluralismo político dentro de um Estado democrático; contribuindo, em consequência, para a formação da opinião pública". Vejam-se, ainda, as Sentenças 104/1986; 171/1990; 172/1990; 40/1992, entre várias outras.

[765] Para o famoso juiz Douglas, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), a imprensa tem de respeitar o "direito do público de saber", referindo-se, portanto, a tal direito como a um direito supraindividual.

[766] BAS, *op. cit.*, p. 147.

[767] CRICK, Bernard. *Democracy:* A Very Short Introduction*.* New York: Oxford, 2002. p. 97-98.

> Para começar, a liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política. Como poderão eles tornar conhecidos seus pontos de vista e persuadir seus camaradas e seus representantes a adotá-los, a não ser expressando-se livremente sobre todas as questões relacionadas à conduta do governo? Se tiverem de levar em conta as ideias de outros, será preciso escutar o que esses outros tenham a dizer. A livre expressão não significa apenas ter o direito a ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm pra dizer.
> Para se adquirir uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo, também é preciso a liberdade de expressão. Para adquirir a competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas que em suas opiniões confiem – e aprender de outras maneiras que dependem da liberdade de expressão.
> Por fim, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia.[768]

No mesmo sentido são as lições de Konrad Hesse,

> Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos 'meios de comunicação de massa' modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como 'formação preliminar da vontade política' não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental 'simplesmente constituinte' [...].[769]

Para Paulo Murillo Calazans,

> Há uma exigência intrínseca ao processo democrático de formação de vontade e produção decisória que é o permanente intercâmbio de informações entre os membros da comunidade política, com fito de permitir a constante reavaliação das diversas percepções e pontos de vista acerca dos assuntos postos em pauta na discussão política e, da mesma forma, contribuir para que as decisões afinal tomadas estejam revestidas do mínimo de fundamentação racional que se espera de decisões que irão afetar a vida de todos aqueles que, direta ou indiretamente, participam da comunidade. Neste contexto, o asseguramento da liberdade de expressão, sob a ótica reversa do direito à informação que se pode e que se pretende receber, tem natureza eminentemente difusa, posto que as informações veiculadas no espaço público atingem destinatários que não podem ser identificados individualmente ou, sequer, coletivamente, e os interesses que necessitam receber a tutela necessária para sua manutenção consubstanciam-se no processo democrático em si, cuja titularidade é inequivocamente meta-individual.[770]

Daí se entender que a liberdade de expressão reveste-se de uma especial transcendência nos sistemas democráticos, merecendo, pois, o adjetivo de essencial. Uma

---

[768] DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 110.
[769] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 305.
[770] CALAZANS, *op. cit.*, p. 84.

opinião pública livre somente pode ser gerada a partir de um reconhecimento amplo desta liberdade, *condictio sine qua non* do pluralismo.[771]

No sentido de demonstrar a contribuição efetiva da liberdade de expressão *lato sensu* para a concretização da democracia brasileira, o Ministro do STF Carlos Ayres Britto afirmou, em recente julgamento da ADPF nº 130, que:

> Daqui já se vai desprendendo a intelecção do quanto a imprensa livre contribui para a concretização dos mais excelsos princípios constitucionais. A começar pelos mencionados princípios da 'soberania' (inciso I do art. 1º) e da 'cidadania' (inciso II do mesmo art. 1º), entendida a soberania como exclusiva qualidade do eleitor-soberano, e a cidadania como apanágio do cidadão, claro, mas do cidadão no velho e sempre atual sentido grego: aquele habitante da cidade que se interessa por tudo que é de todos; isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, os assuntos da polis. Organicamente. Militantemente. Saltando aos olhos que tais direitos serão tanto melhor exercidos quanto mais denso e atualizado for o acervo de informações que se possa obter por conduto da imprensa (contribuição que a INTERNET em muito robustece, faça-se o registro).[772]

Em parecer concedido nesse mesmo processo de Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130), o Procurador-Geral da República em exercício ressaltou o direito fundamental à liberdade de expressão como requisito para participação ativa do povo na vida política:

> O debate em questão deve levar em conta o modelo de democracia que essa Corte Constitucional pretende viabilizar (ou mesmo inviabilizar), não podendo se resumir, como já alertado, à bipolarização entre os direitos individuais de personalidade, de um lado, e os direitos da coletividade de ser informado, de outro.
> Deve-se ter em mente que apenas com informação advinda de fontes diversificadas e livremente veiculadas é que se poderá garantir uma base cognitiva capaz de permitir ao cidadão ser incluído do debate político para que possa participar das decisões ativamente e não como mero espectador mas como co-autor das transformações normativas da sua realidade individual e coletiva. Aí, talvez, possamos alcançar a democracia poliárquica retratada por DAHL, legitimando-se a permanente tensão entre a facticidade e a validade por meio do discurso democrático.
> Portanto, a análise da natureza jurídica do direito de liberdade de expressão e de informação e suas implicações, como se verá na sequência, funda-se nessa premissa *sine quae non* para a construção de um Estado Democrático de Direito, capaz de respeitar o ideal de vida boa elegido pelo indivíduo e ao mesmo tempo preservar a identidade coletiva da comunidade [...].[773]

O entendimento da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* já foi acolhido pelo Ministro Marco Aurélio ao afirmar, em pedido de vista no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2, a liberdade de expressão como um "[...] bem de envergadura maior". Nas palavras do citado ministro:

---

[771] BAS, *op. cit.*, p. 64 et seq.
[772] Páginas 42 e 43 de seu voto como relator do processo.
[773] Parecer do Procurador-Geral da República em exercício, Roberto Monteiro Gurgel Santos, na ADPF nº 130, p. 13-4.

> Informo, desde já, que refletirei principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão, sem desconsiderar, evidentemente, os parâmetros do próprio habeas corpus.

As decisões e ações políticas de hoje, para terem legitimidade e eficiência dependem, em muito, de estratégias comunicativas e dos insumos suficientes e eficientes de informação[774], o que nos autoriza a dizer que, sem uma tutela específica a ser conferida à liberdade de expressão e informação, quando ela se relaciona a um tema de interesse público, não há como se estabelecer efetivamente uma organização legítima e eficiente. Os fluxos de informação são tão importantes para a legitimidade e eficiência das decisões que já foram afirmadas por Karl W. Deutsch, um americano especialista em Ciências Políticas, como "os nervos do governo."[775]

Em conclusão, pode-se afirmar que considerar a liberdade de expressão, quando relacionada a temas de interesse público, como direito fundamental preferencial *prima facie*, em verdade, representa inserir a democracia no cenário brasileiro com um elemento essencial de interpretação jurídica no tocante aos direitos fundamentais, garantindo, assim, que as pessoas sejam tratadas, efetivamente, como livres e iguais.[776]

6.5 **A liberdade de expressão em sentido amplo como direito fundamental preferencial *prima facie*: importantes fundamentos extraídos do Direito brasileiro**

Já vimos que, nos casos que envolvem um tema de interesse público, a liberdade de expressão é importante não somente para o sujeito concreto (periodista, autor, comentarista), mas sim para toda a comunidade política, pois um sistema pluralista e democrático somente pode se estabelecer de forma efetiva se os cidadãos têm acesso a informações e opiniões de diversos signos.[777]

---

[774] SANCHEZ RUIZ, Enrique. *Medios de Comunicación y democracia*. Enciclopedia Lationoamericana de Sociocultura y Comunicación. Bototá: Grupo Editorial Norma, 1979. p. 23.
[775] DEUTSCH, Karl W. *The Nerves of Government. Models of Political Communication and Control*. New York: The Free Press, 1966.
[776] A respeito da democracia como elemento essencial de interpretação jurídica dos direitos fundamentais, SARMENTO, Livres... *op. cit.*, p. 11.
[777] LÓPEZ GUERRA, Luis Maria. La libertad de informacion y el derecho al honor. *Poder Judicial*, Madrid, número especial VI, p. 286, 1989.

A liberdade de expressão serve, no Estado Democrático, para a formação da opinião pública, sendo protegida não somente como um direito individual, mas acima de tudo como um fundamento que permite aos eleitores analisar, julgar e ajustar contas com o Poder.

Com esse entendimento, não se está instrumentalizando a liberdade de expressão. A liberdade de expressão deverá, sempre, ser considerada, diante da sua multiplicidade de funções, como um direito fundamental. Entretanto, em algumas situações, pode até mesmo ser considerada como um direito fundamental preferencial *prima facie* no momento em que for realizada a ponderação de princípios diante de um conflito com outro direito fundamental, geralmente os direitos da personalidade.

Essa necessidade de tutelar a liberdade de expressão de forma mais intensa nas hipóteses envolvendo um assunto de interesse público garante a efetividade do sistema democrático, justificando-se, ao menos, em razão das seguintes premissas: 1) em razão de o público ter o direito de saber dos assuntos de interesse público; 2) diante do fato de a imprensa ter o *dever* de informar ao público sobre os assuntos de interesse público.

6.5.1 Em razão de o público ter o direito de saber dos assuntos de interesse público

A liberdade de expressão em sentido lato, diante de suas múltiplas fundamentações teóricas, impõe que o intérprete, ao analisá-la em um caso concreto capaz de revelar um autêntico conflito com outro direito fundamental, perceba-a sob duas perspectivas distintas: levando-se em consideração não apenas o direito da pessoa que emite a mensagem, mas também sob a ótica de quem recebe a mensagem que foi transmitida.

Se o direito de quem emite a mensagem é importante como expressão fundamental da autossastisfação humana e realização de sua dignidade, o direito de receber essa mensagem também se configura como merecedor de enorme atenção e proteção, especialmente a partir da análise de uma sociedade plural constituída em um estado democrático de direito.

Para os teóricos que destacam esse direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público[778], mais que a salvaguarda dos direitos individuais, a liberdade de expressão é importante para a proteção dos processos coletivos de decisão.[779] A face passiva do direito à

---

[778] SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 99, p. 147-159.
[779] MEIKLEJOHN, Political… *op. cit.*, p. 26.

informação (o direito de receber informação) tutela não somente a faculdade de cada pessoa, mas também a coletividade inteira no sentido de permitir-lhe acesso livre ao conhecimento de fatos de relevância pública.[780]

Dando ênfase à importância desse aspecto passivo da liberdade de informação é que José Afonso da Silva afirma:

> A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é *reflexa*, no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de obtê-la.[781] (grifo do autor)

Em determinados países, os Estados Unidos por exemplo, chega até mesmo a predominar o entendimento no sentido de que a liberdade de expressão destina-se à proteção do público em geral e não à de seu emissor. Ou seja, esse direito fundamental protege mais intensamente não quem fala ou escreve (o informante), mas o público que se deseja atingir (o receptor da mensagem)[782], sendo essa, portanto, uma importante faceta da liberdade de expressão que deve ser considerada pelo intérprete do Direito.

A ideia central desse entendimento cinge-se no fato de que o cidadão tem direito a ser informado a respeito de fatos que, direta ou indiretamente, atingem-no[783], uma vez que só o cidadão bem informado está em "[...] uma situação de constituir o seu próprio juízo e de participar do processo democrático da maneira pretendida pela Constituição."[784]

O direito de saber não deve ser encarado apenas como um privilégio concedido pela sociedade, porém deve ser visto como uma necessidade imperiosa diante de um Estado que se pretende constituir como democrático.[785] Os cidadãos têm de saber, pressuposto para que eles tenham capacidade de tomar decisões válidas sobre as coisas do mundo.

---

[780] STC 168/1996, de 22 de dezembro, FJ num. 2, proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha.
No mesmo sentido são as lições de José Afonso da Silva. Para o autor, "[...] o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. Albino Greco notou essa transformação: 'Já se observou que a liberdade de imprensa nasceu no início da Idade Moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação'". Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109-110.

[781] *Ibidem*, p. 826.

[782] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 574.

[783] O' CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.,* p. 7.

[784] MACHADO, J., *op. cit.*, p. 476.

[785] O primeiro documento de ampla repercussão a tratar do assunto dentro da perspectiva de um direito do público à informação foi a encíclica *Pacem in Terris*, do papa João XXIII, editada em 11 de abril de 1963. Cf. LOPES, *op. cit.*, p. 184.

Nesse sentido é que Roger-Gérard Schwartzenbert afirma:

> Este direito (o direito de saber) deveria aparecer num lugar de honra na lista dos direitos do homem e do cidadão. Sem ele, não há democracia possível. Sem ele, as opções fundamentais permanecem fora do alcance dos eleitores, para reverter a uma minoria, que monopoliza o acesso aos arquivos e aos dados, e a uma 'elite do saber', que controla o Estado espetáculo e congrega os dirigentes do *stablishment* econômico e da tecnocracia administrativa.
> Essa tecnoestrutura acumula saber, como outros acumulam capital. Para transformá-lo em poder. E moldar a sociedade. De acordo com sua concepção. A seu bel-prazer. Forma-se assim uma nova casta, que faz a informação como se dá uma esmola. Com parcimônia. E condescendência.[786]

Partilhando dos mesmos argumentos, Ralph D. Barney ensina que:

> Estabelecendo-se o 'direito de saber' e o 'pluralismo' como dois componentes básicos de uma sociedade participativa, parece ser óbvio que, caso se espere que decisões inteligentes e consistentes sejam tomadas, os indivíduos devem receber informações adequadas para estarem mais conscientes das alternativas disponíveis no momento da decisão.
> Realmente, uma definição básica de liberdade envolve a disponibilidade de alternativas. Se não existe nenhuma alternativa, um indivíduo não é livre, não importa quão desejável seja a opção diante dele. O grau de liberdade que uma pessoa tem está diretamente relacionado com o número de alternativas de que ela dispõe.
> Se a mídia deve funcionar deste modo, com um mínimo de intervenção governamental (embora uma disposição intervencionista pareça estar em franco crescimento nos Estados Unidos), o jornalista tem a obrigação moral implícita de fortalecer e não de enfraquecer o tecido social; e isso pode ser mais bem realizado se ele aceitar o imperativo ético de desempenhar suas funções como um pluralista comprometido com um direito de saber – certamente de modo muito melhor do que sendo o defensor de uma causa e talvez até mesmo um observador neutro.[787]

Restrições sobre a livre fluência de informações políticas ou de interesse público em geral devem ser consideradas, a princípio, como suspeitas porque elas invadem o interesse do ouvinte (receptor da mensagem) em receber informações necessárias para fazer as escolhas corretas e participar plenamente do processo democrático.[788]

Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, já destacou o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público como diretriz para a solução de conflitos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão, conferindo-se maior peso a esse direito. Segundo o autor:

---

[786] SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo:* ensaio sobre e contra o star system em política. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. DIEFEL, 1978. p. 345.
[787] BARNEY, *op. cit.*, p. 69.
[788] BARENDT, *op. cit.*, p. 25.
New York Times Co. v. United States, 403 US 713 (1971); *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 US 415 (1971); *Bantam Books, Inc v. Sullivan*, 372 US 58 (1963); *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 US 697 (1931); entre outros julgados importantes da Suprema Corte dos Estados Unidos, falam sobre a presunção constitucional contra a validade de leis que restringem a liberdade de expressão.

> No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.
> Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si. Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflito, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática.
> Assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, *a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer*. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.[789] (grifo nosso)

Daí o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, referir-se ao direito de ser informado como "direito público, subjetivo e político do cidadão".[790]

Esse importante argumento é imprescindível não somente para considerar a liberdade de expressão como direito fundamental (para isso, como já afirmamos, os fundamentos são múltiplos), mas para elevá-la, quando relacionada a temas de interesse público, ao patamar de direito fundamental preferencial *prima facie*. Num caso concreto que venha a retratar um conflito entre o direito fundamental à intimidade (honra ou imagem) de uma pessoa e a liberdade de expressão dos meios de comunicação, o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público autoriza o intérprete a calibrar, inicialmente, a balança da ponderação conferindo mais peso à liberdade de expressão. A inversão dos pesos atribuídos, *prima facie*, aos direitos fundamentais em conflito, portanto, será possível, mas exigirá uma fundamentação capaz de afastar, no caso concreto, o direito inicialmente conferido à sociedade – de saber dos assuntos de interesse público.

Em relação às informações de interesse geral que estão sob a guarda dos órgãos públicos, a Constituição da República fez previsão expressa do direito que a sociedade tem de ser informada a respeito, asseverando em seu artigo 5º, inciso XXXIII, que:

> Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.[791]

---

[789] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 284.

[790] Parte de seu voto no julgamento da Pet 2.702-7, Rio de Janeiro, de 18.09.2002, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

[791] A respeito do assunto, interessante apontar o conteúdo de parte do discurso de Raul Alfonsín proferido perante a Assembléia Legislativa ao assumir a presidência da Argentina, em 10 de dezembro de 1983. Segundo ele, "[...] o governo

No tocante às demais informações de interesse público, o direito de a sociedade ser informada decorre do próprio artigo 5º, inciso XIV, dispositivo no qual a Constituição determina expressamente que "[...]*é assegurado a todos o acesso à informação* [...]."[792]

Em uma democracia, todas as informações de interesse público devem fluir livremente para a constituição da opinião pública, requisito do estado democrático. Toda a sociedade tem o direito de saber o que está acontecendo e sendo discutido no âmbito dos Poderes da República (Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público) e fora deles, caso a informação seja de interesse público, havendo previsão constitucional expressa nesse sentido.

No Direito Comparado, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem reconhecido expressamente o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público como um fator importante a ser levado em conta no momento de ponderação de conflitos entre direitos fundamentais que envolvem o direito à liberdade de expressão *lato sensu*. No caso *De Haes and Gijsels v. Bélgica*[793], julgado pela Corte de Estrasburgo em janeiro de 1997, foi expressamente ressaltado esse aspecto do direito fundamental à liberdade de expressão. Nesse caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos modificou, por sete votos a favor e dois votos contrários, os julgamentos realizados pelos Tribunais de Bruxelas que haviam condenado, em todas as instâncias, *Leo De Haes* (editor) e *Hugo Gijsels* (jornalista) por difamação em razão da publicação de cinco artigos veiculados na revista semanal *Humo*.

Nos artigos, o jornalista mencionado fez várias críticas contundentes a três juízes e a um advogado-geral da *Antwerp Court of Appeal* (Corte de Apelação da Antuérpia), pessoas públicas responsáveis pelo julgamento de uma ação de divórcio que conferiu a guarda dos filhos ao pai, um *notary* (tabelião) belga que já havia sido acusado de incesto e de abusar das crianças. Os artigos informavam, com base em fatos relatados ao jornalista pela ex-esposa do

---

democrático cumprirá com a obrigação constitucional de informar o povo sobre o que ocorre no país [...]. Todos os habitantes desta República poderão saber o que ocorre, sem que a informação seja suprimida através de uma guerra psicológica que se perpetra contra o povo argentino, gerando uma verdadeira muralha de incomunicação entre os governantes e os governados e impedindo assim a retroalimentação de um circuito que serve a gente comum, como direito para julgar e opinar, mas que também serve as mesmas autoridades [...]. Através desses meios de comunicação, assim, se expressará a natural pluralidade da república democrática, através de todas as suas formas [...]. E esta decisão de cumprir com nosso dever, como correspondente, se fundamenta também em razões práticas: em primeiro lugar, nós mesmos necessitamos da constante retroalimentação do circuito informativo para saber em cada momento como é a reação dos distintos setores da opinião pública; em segundo lugar, porque a razão de ser de um governo constitucional e democrático implica o reconhecimento da diversidade. Se negarmos ou ocultarmos essa diversidade, negaríamos ou ocultaríamos nossas razões de viver e de lutar". Cf. Mensagem presidencial de Raúl Alfonsín à Assembléia Legislativa, 10 de dezembro de 1983. Imprensa do Congresso da Nação Argentina, p. 17/18.

[792] Para Vidal Serrano, entretanto, o direito que a sociedade tem de receber informações, no regime constitucional brasileiro, só existe em relação aos assuntos relativos às atividades do poder público, em razão da redação do art. 5º, inciso XXXIII, não se extraindo esse mesmo direito em relação aos organismos privados. Cf. SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direto à crítica jornalística.* Coordenação Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997. p. 33.

[793] 7/1996/626/809, de 27 de janeiro de 1997.

notário e por peritos por ela contratados, que os juízes e o advogado-geral tinham sido parciais, que haviam cometido um erro crasso em sua decisão e que essa decisão era, até mesmo, tendenciosa em razão do influente círculo de amizades que tinham o pai do notário e o próprio tabelião.

Após ampla discussão sobre os limites impostos à liberdade de expressão e a sua importância para a efetivação de um sistema democrático, a Corte Europeia considerou que as críticas veiculadas, apesar de serem contundentes, embasaram-se em premissas fáticas razoáveis e se referiram a um assunto de interesse público: a falta de independência de juízes em um caso concreto.

Para o Tribunal Europeu, a imprensa desempenha um papel essencial em uma sociedade democrática e, embora não devesse ultrapassar certos limites, em especial os que dizem respeito à reputação alheia, ela tem o direito de transmitir, de forma coerente com suas obrigações e responsabilidades, informações e ideias sobre todas as matérias de interesse público, incluindo as relacionadas com o funcionamento do sistema judiciário.

Assim, em razão de os artigos terem sido publicados com base na opinião de vários peritos e envolverem um tema de interesse público, os jornalistas não podiam, segundo a Corte, ser acusados de falharem em suas obrigações profissionais ao publicarem as informações que detinham sobre o caso. A respeito, concluiu o TEDH que:

> O tribunal recorda que a liberdade de expressão constitui um dos principais alicerces de uma sociedade democrática e que as garantias a serem oferecidas à imprensa são de particular importância (ibid). Embora a imprensa não devesse ultrapassar os limites fixados, entre outros, no interesse da 'defesa da honra ou dos direitos de outrem', a ela cabe transmitir informações e ideias de interesse público. *Não só a imprensa tem a missão de transmitir essas informações e ideias: o público também tem o direito de recebê-las.* Do contrário, a imprensa não seria capaz de exercer o seu papel vital de 'cão de guarda público'.[794] (grifo nosso)

O direito de o público receber todas as informações disponíveis a respeito de assuntos de interesse público também já havia sido considerado pelo Tribunal Eureopeu de Direitos do Homem no julgamento dos casos *Observer and Guardian v. The United Kingdom*[795], *Jersild*

---

[794] No origninal, temos o seguinte texto: "The Court reiterates that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that the safeguards to be afforded to the press are of particular importance (ibid). Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, in the interest of 'the protection of the reputation or rights of others', it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the pubic also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vita role of 'public watchdog' (ibid)".

[795] Julgado em 24 de outubro de 1991, pelo Plenário da Corte. No julgamento desse caso, ficou estabelecido ainda que "[...] a notícia é uma mercadoria perecível e adiar a sua publicação, mesmo que por um período curto de tempo, pode perfeitamente fazer com que haja a perda total de seu valor e interesse"

v. Denmark[796], *Goodwin v. The United Kingdom*[797], entre vários outros, destacando-se, assim, esse aspecto do direito fundamental à liberdade de expressão como uma importante diretriz para solucionar conflitos entre direitos fundamentais envolvendo o direito à liberdade de expressão em sentido amplo.

É esse direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público que, quando observado, também irá manter viva a confiança do povo em seus governantes, confiança essa capaz de representar a essência do sistema democrático. Em uma democracia, o povo tem de sentir-se como verdadeiro titular do poder e tem que acreditar que seus interesses (os do povo) são o verdadeiro objetivo dos governantes como fiduciários do povo.[798] Essa relação de confiança, por sua vez, só se estabelece em um ambiente de completa transparência em que se observa, fielmente, o direito que o público tem de saber de todos os assuntos de interesse público, podendo-se chegar a uma cristalina conclusão para o estado democrático: sem transparência, não há confiança e sem confiança, não há democracia que sobreviva de forma efetiva.

O fortalecimento da relação de confiança entre governados e governantes não pode consistir, como pretendem alguns, de uma fé cega dos primeiros nos segundos, uma fé global expressada tão somente no momento das eleições. Não é a fé cega, incondicional, mas sim a confiança racional, constantemente renovada, resultado do conhecimento pessoal e da aceitação cotidiana e permanente da atuação dos governantes, o que unicamente pode se estabelecer como uma base eficaz dessa relação.[799]

E o direito de o povo saber dos assuntos de interesse público promove eficazmente o princípio da confiança. Daí ser perfeitamente plausível, em um estado democrático, o direito de a sociedade pedir contas de sua administração a todo agente público, de o povo conhecer

---

[796] 36/1993/431/510, de 22 de agosto de 1994. Em razão de o jornal dinamarquês *Information* publicar em sua revista dominical, de 31 de maio de 1995, um artigo sobre atitudes racistas de membros de um grupo de jovens denominados de *camisas-verdes* e, posteriormente, transmitir, pelo canal de televisão de propriedade do mesmo jornal, um documentário sobre o denominado grupo, documentário esse que veiculou, em entrevista com alguns membros dos *camisas-verdes*, algumas declarações consideradas racistas em relação aos imigrantes que integram grupos étnicos estabelecidos na Dinamarca, o jornalista responsável pelo artigo, M. Jeans Olaf Jersild, foi condenado pelos tribunais dinamarqueses. A Corte Europeia de Direitos Humanos, todavia, revisando o julgado, acolheu recurso interposto por Jersild por considerar que, em seu conjunto, a reportagem não tinha a finalidade de propagar idéias e opiniões racistas, mas apenas veicular a idéia de terceiros (dos *camisas-verdes*). Segundo a Corte, condenar um jornalista por haver participado na difusão de declarações emanadas de terceiros, por meio de uma entrevista, acabaria inibindo gravemente a potencial contribuição da imprensa às discussões sobre os problemas de interesse geral. Concluiu-se pela prevalência, no caso, do art. 10 (liberdade de expressão) sobre o art. 17 (proibição do abuso de direito) da Convenção.

[797] 16/1994/463/544, de 22 de fevereiro de 1996.

[798] GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de La Administracion*. 4.ed. ampl. Madrid: Civitas, 1998. p. 105.
A Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Gannett Co. v. DePasquale* (443 US 368), entre outros vários que envolvem o conflito potencialmente existente entre o princípio da publicidade do julgamento e o direito do arguido a um julgamento justo, afirma expressamente que "[...] a publicidade é essencial para a preservação da confiança pública no Estado de direito e no funcionamento dos tribunais".

[799] *Ibidem,* p. 108.

os fatos de interesse público da forma mais ampla e aberta possível, de a sociedade conhecer as investigações feitas em relação a homens públicos. Como afirma García de Enterria, "[...] a democracia não se constrói com palavras e com dogmas, mas sim com fatos, fatos que o povo, bem esclarecido, posto que ele é protagonista do sistema, há de compreender e crer."[800]

O controle democrático dos órgãos do Estado pressupõe liberdade de opinião, uma vez que o cumprimento do *ethos* do funcionário e das regras convencionais têm que ser vigiados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública.[801]

Norberto Bobbio chega a qualificar a democracia como "poder em público", para expressar a obrigatoriedade daqueles que detêm o poder de realizar todos os procedimentos e decisões "às claras", permitindo, assim que os governados possam ver onde e como são realizadas aquelas ações.[802] Segundo o mesmo autor, o que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas a democracia, por meio da liberdade de crítica e da licitude de expressão dos diversos pontos de vista, pode desenvolver em si mesma anticorpos e consentir formas de desocultamento (por exemplo, com a denúncia de escândalos).

No Brasil, esse direito que a sociedade tem de saber dos assuntos de interesse público para a constituição efetiva da confiança do povo em seus governantes foi destacado recentemente pelo Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto como relator na ADPF nº 130. Segundo o ministro, "[...] não se pode privar o público em geral, e os lidadores jurídicos em particular, da possibilidade de saber *quando trabalham, quanto trabalham e como trabalham* os membros do Poder [...]". Afinal, acrescentou o ministro, "[...] todo servidor público é um servidor do público, e os ministros do Supremo Tribunal Federal não fogem a essa configuração republicana verdadeiramente primaz".[803] (grifo do autor)

Em outro trecho de seu voto, no julgamento da mencionada Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental, afirmou Carlos Ayres Britto que:

> [...] todo agente público está sob permanente vigília da cidadania (o direito do cidadão saber das coisas do Poder, ponto por ponto), exposto que fica, além do mais, aos saneadores efeitos da parábola da 'mulher de César': não basta ser honesta; tem que parecer. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de comportamento antijurídico. O que propicia maior número de interpelações e cobranças em público [...].[804]

---

[800] *Ibidem*, p. 109.
[801] KRIELE, *op. cit.*, p. 474.
[802] BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 9. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 386.
[803] Parte de seu voto no julgamento da ADPF nº 130, pág. 44.
[804] Página 61 de seu voto no julgamento da ADPF nº 130.

Essa ideia conduzida pelo voto do Ministro, que confere à sociedade o direito de saber de assuntos envolvendo o trabalho de servidores públicos, deve ser estendida a todos os demais temas capazes de envolver um assunto de interesse público.

Nessa direção também é que o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2, afirmou a liberdade de expressão como efetivo instrumento de controle governamental, ao decidir que:

> A liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência da vontade popular.

Em estudo recente, Kevin Boyle já se manifestou nessa mesma direção ao afirmar: "Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática."[805]

De outro modo, é preciso destacar também que o Estado e, portanto, seus representantes, cuida de decidir sobre o que não lhes pertence, mas a respeito do que pertence ao homem que o compõe, tornando-se necessário, nessa relação, ter-se de estabelecer todas as condutas públicas com base no princípio da máxima transparência na atuação dos representantes do povo e justificação constante dos motivos de suas decisões. Como afirma Flávio Biroli,

> A imprensa torna o exercício do governo transparente e compreensível ao público, tornando, em via oposta, as reivindicações do público visíveis para o governo. Constrói-se, assim, uma ideia de representatividade que não coincide com a representatividade eleitoral, mas que a ultrapassa, sendo tratada como um 'dado' das chamadas sociedades de massa.[806]

O povo precisa acreditar e confiar que os seus representantes estão na busca do interesse público, exigindo-se, para que a democracia possa funcionar eficazmente, transparência absoluta em torno de tudo que envolve um tema de interesse público. Nessa direção, a liberdade de expressão goza de importante status, uma vez que essa transparência é efetivada, especialmente, diante da veiculação desses fatos pelos meios de comunicação.

---

[805] BOYLE, *op. cit.*, p. 490.
[806] BIROLI, Flávio. Liberdade de Imprensa: margens e definições para a democracia durante o governo de Juscelino Kubitscheck (1956/1960). *Revista Bras. Hist.*, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 9, 2004.

Outra não foi a intenção de nossa Constituição ao estabelecer, em seu artigo 37, que a administração pública obedecerá, entre outros, ao princípio da publicidade.[807] Na mesma diretiva, estabeleceu o constituinte (art. 93, IX, da CF/88) que "[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]". A transparência das atividades administrativas decorre ainda do direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, b) e da possibilidade de utilização do *habeas data* (art. 5º, LXXII).[808]

A respeito do tema, considera Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes que:

> Tal ocorre também em virtude dos princípios republicanos segundo os quais a sociedade tem o direito de saber tudo o que diga respeito aos negócios públicos/estatais a fim de exercer seus direitos políticos de forma eficaz. Daí a necessidade de consagração em todos os ordenamentos jurídicos modernos democráticos ou pretensamente democráticos do princípio da publicidade dos atos públicos. Neste sentido, por exemplo, o Freedom Information Act, dos Estados Unidos, de 1966, modificado em 1974, estabelece que toda informação em poder de estabelecimentos públicos é de conhecimento do público. Na mesma linha, o habeas data, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição brasileira, garante o acesso dos indivíduos aos seus dados contidos em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, pode ser entendido como resultante de uma especial visão do direito à informação como um direito de crédito contra o Estado.[809]

No mesmo sentido encontram-se as lições de Maren Guimarães Taborda, para quem:

> Aprofundando-se o conceito de transparência, aparecem três facetas diferenciadas. A primeira é que a transparência é direito de saber, isto é, se a Administração funciona no interesse geral, os cidadãos devem ter o direito de saber o que se passa no interior da Administração porque ela está a seu serviço. O segundo aspecto do princípio da transparência cinge-se ao direito de controle, porque só conhecendo o que se passa dentro da Administração, o cidadão pode melhor verificar a legalidade e a oportunidade das decisões administrativas e apreciar como o dinheiro público está sendo utilizado. [...] Por fim, por transparência entende-se o direito do cidadão de ser um ator e não só um espectador da vida administrativa: é o direito de não ser mais um administrado, mas um usuário, isto é, de participar dos mecanismos administrativos.[810]

---

[807] Corolário da publicidade é o princípio da motivação, reconhecido pelos administrativistas com um dos princípios norteadores da atividade administrativa. O dever de motivar, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "[...] é exigência de uma administração democrática [...] pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los." Embora o direito à motivação dos atos administrativos não esteja previsto expressamente na Constituição de 1988, decorre de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Nessa direção é que Bandeira de Mello ensina que "[...] o fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no art. 5º XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porquê' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis". Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

[808] A respeito do princípio da publicidade, vale a pena consultar o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: MS 9.745 – DF, Relator Ministro José Delgado, de 27.10.2004.

Na Constituição Europeia, o princípio da transparência é previsto no art. I-50, denominado de "princípio da abertura".

[809] LOPES, *op. cit.*, p. 189.

[810] TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 258-259, out./dez. 2002.

Daí se afirmar que a publicidade serve à representação em virtude da transparência das decisões. Por outro lado, a transparência do processo do ato decisório obriga a justificação das decisões e, com isso, a probabilidade de responsabilização, fortificando sua legitimidade democrática e podendo resultar como um importante aspecto para a sua interpretação.[811]

A partir da fixação dessa premissa de que a sociedade tem o direito de saber dos assuntos de interesse público, podem ser imaginadas várias situações concretas em que a solução de conflitos entre direitos fundamentais, envolvendo a liberdade de expressão *lato sensu*, já estará, a princípio, delineada em favor desse direito fundamental.

Imagine-se que uma potencial candidata à Presidência da República identifique estar acometida de uma doença grave. Ela tem o direito de exigir que tal informação não seja veiculada ao público sob o argumento de que essa informação encontra-se inserida na esfera de sua intimidade? Um político carismático, ao concorrer a um cargo político, tem o direito de impedir que a imprensa revele aos seus potenciais eleitores a sua opção sexual? Um jornal, ao tomar conhecimento da opção sexual de um candidato a um cargo político, está proibido de veicular informações a respeito em razão de tal informação estar incluída na esfera de intimidade do político? A imprensa, ao tomar conhecimento de um fato que denigre a honra de uma determinada pessoa pública, estaria proibida de divulgar a notícia em razão do respeito à honra dessa pessoa? Os subsídios de uma determinada classe de servidores públicos foram reajustados, a imprensa está proibida de lançar informações a respeito desse fato em razão de se tratar de uma matéria de âmbito íntimo ou privado daquela classe de servidores? Por outro lado, a imprensa ou o cidadão comum estão proibidos de criticar esse reajuste? Um determinado servidor público tem um patrimônio incompatível com os seus vencimentos, a imprensa está proibida de veicular essa informação em razão de ela se encontrar inserida na esfera de intimidade do servidor? A Polícia abre uma investigação para descobrir uma potencial participação de servidores públicos ou políticos em um esquema criminoso com atuação em um dos Poderes da República. A imprensa está proibida de divulgar nomes dos servidores ou políticos supostamente envolvidos em razão do princípio constitucional da presunção de inocência? Um político (ou um cidadão comum) foi preso em flagrante por dirigir alcoolizado. A imprensa está proibida de divulgar essa notícia sob pena de manchar a honra alheia?

---

[811] KRIELE, *op. cit.*, p. 267.

A princípio, pode-se afirmar tranquilamente que todas as questões formuladas acima serão respondidas de forma negativa. A justificativa para essas respostas negativas decorre da premissa de que a sociedade tem o direito de saber dos assuntos de interesse público numa sociedade que pretende ser democrática, justificativa essa capaz de colocar a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial *prima facie* em face dos demais direitos fundamentais nesses casos.

Por fim, não se pode deixar de destacar que, além do direito de o público saber de assuntos de interesse público, uma verdadeira democracia exige ainda que esse direito seja concretizado a partir de uma pluralidade heterogênea de fontes de informação, com objetividade e sem manipulações, respeitando-se também os valores morais e culturais representativos da dignidade da pessoa e o progresso da civilização.[812]

Neste sentido, não basta apenas garantir uma abertura puramente formal dos canais de comunicação para que esse requisito da pluralidade heterogênea de fontes de informação seja realizado. Além disso, impõe-se ainda analisar o direito fundamental à liberdade de expressão e informação como um dever constitucional imposto aos meios de comunicação social no sentido de obrigá-los a informar a sociedade, da forma mais completa possível, a respeito de todos os assuntos de interesse público. Os meios de comunicação social, a partir do que dispõe o projeto constitucional (estado democrático de direito), devem assumir esse compromisso (de informar) perante a sociedade, passando, assim, a ter um dever (uma verdadeira obrigação) de informar a sociedade a respeito de todos os assuntos de interesse público, dever este decorrente das diversas funções naturalmente exercidas pela mídia em um estado democrático de direito e também em razão das promessas feitas pelos meios de comunicação social à sociedade. É o que se passa a analisar.

6.5.2 Diante do fato de a imprensa ter o *dever* (e não apenas o direito) de informar ao público sobre os assuntos de interesse público

Em uma ordem constitucional como a nossa, que acolheu expressamente a opção pelo sistema democrático, tendo como um de seus fundamentos o pluralismo, toda manifestação de pensamento, informação, ideia, especialmente quando veiculada pelos órgãos de comunicação

---

[812] SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión em el estado de derecho.* Barecelona: Editorial Ariel S. A., 1987. p. 100.

(jornais, rádios, televisões), presta-se ao exercício de diversas funções imprescindíveis para que essa opção democrática venha a se concretizar.

Os meios de comunicação exercem, por exemplo, uma importante função social ao exprimirem às autoridades constituídas o pensamento e a vontade do povo, inserindo-se assim como importante instrumento de governabilidade democrática. De outra forma, ainda exercem uma importante função social ao permitirem que os membros de uma sociedade desenvolvam uma percepção mais clara de quem eles são, para onde estão indo e de onde vieram.[813]

Por outro lado, exercem também um importante papel educacional. Através da ampla discussão pública de ideias, pensamentos e informações veiculadas pelos meios de comunicação social, há um refinamento, por parte da sociedade, sobre tais questões, constituindo-se esse aprimoramento uma pré-condição absoluta para a existência de uma política pública inteligente em um estado democrático.[814]

No âmbito político, têm os meios de informação diversas funções importantes. Primeiramente, exercem a função de cão de guarda público.[815] Cabe aos meios de informação revelar tudo que ocorre nos bastidores do poder. Os meios de informação, hoje, exercem importantíssimo papel democrático ao investigar as ilicitudes ocorridas no contorno dos Poderes da República, revelando à sociedade, aos eleitores, os crimes, as improbidades praticadas pelo homem público, os fatos que interessam ao público.

A mídia tornou-se o principal instrumento de prestação de contas dos políticos e do homem público em geral. Governantes, da mesma forma que líderes sociais e políticos, são chamados a prestar contas de suas condutas através das reportagens dos meios de informação. Os canais mais tradicionais de mediação entre a sociedade e o governo, tais como os partidos políticos e as entidades sociais representativas, perderam espaço para os meios de informação.[816]

---

[813] GLASSER, Theodore L. *A responsabilidade da imprensa e os valores da primeira emenda.* In: ELLIOT, Deni. *Jornalismo Versus Privacidade*. Tradução de Celso Vargas. Rio de Janeiro: Nordica, 1986. p. 99.

[814] HODGES, Louis W. Definindo a responsabilidade da imprensa. Uma abordagem funcional. In: ELLIOT, Deni. *Jornalismo Versus Privacidade*. Tradução de Celso Vargas. Rio de Janeiro: Nordica, 1986. p. 26.

[815] Há quem informe que essa expressão foi utilizada pela primeira vez por James Mill, pai de John Stuart Mill, sendo empregada em razão de os meios de comunicação tornarem conhecida a conduta dos indivíduos escolhidos para exercerem os poderes do governo Cf. ZASHIN, Elliot M. *Civil Desobedience and Democratic Theory*. Collier-Macmillan, 1972. p. 25. A expressão também já foi mencionada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento do caso *De Haes and Gijsels v. Bélgica*, caso relatado acima. Também se encontra essa expressão no voto de *Lord* Nicholls, da *House of Lords*, no julgamento do caso *Reynolds*, entre outras decisões importantes de vários tribunais. A doutrina, por sua vez, faz várias menções a essa expressão. A título de exemplo, recomenda-se: LICHTENBERG, Judith. Foundations and limits of freedom of the press. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and mass media*. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 105 e 110.

[816] FIGUEIREDO, Marcus. *Mídia, mercado de informação e opinião pública.* In: CHICO JÚNIOR, César Guimarães (Org.). *Informação e Democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 40.

Evidenciando à mídia esse importante papel de fiscalização, Rui Barbosa entendia que a imprensa exercia a função de "vista da Nação":

> Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam ou roubam, percebe onde lhe alveja, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça.
> Sem vista mal se vive. Vida sem vista é vida no escuro, vida na soledade, vida no medo, morte em vida: o receio de tudo; dependência de todos; rumo à mercê do acaso; a cada passo acidentes, perigos, despenhadeiros. Tal a condição do país, onde a publicidade se avariou, e, em vez de ser os olhos, por onde se lhe exerce a visão, ou o cristal, que lha clareia, é a obscuridade, onde se perde, a ruim lente, que lhe turva, ou a droga maligna, que lha perverte, obstando-lhe a notícia da realidade, ou não lha deixando senão adulterada, invertida, enganosa. [817]

Nesse mesmo sentido é que Louis W. Hodges, comentando sobre o papel político dos meios de comunicação, diz que:

> O governo representativo não pode existir (e nem mesmo ser teoricamente concebido) a menos que os governados disponham de mecanismos que lhes permitam saber o que seus governantes estão fazendo, não fazendo, e pretendendo fazer. Uma vez que nem todos os cidadãos podem ter acesso direto aos poderes constituídos – executivo, legislativo e judiciário – eles necessitam de alguém que observe em seu lugar como o governo cuida de seus interesses. Jornalistas são aqueles que observam por nós e nos informam sobre os nossos governantes. É uma questão de necessidade prática! Como não podemos estar presentes o tempo todo, precisamos que alguém mais esteja. Nós 'encarregamos' os jornalistas de observarem o governo em nosso nome. Eles constituem portanto um elo prático vital na cadeia das comunicações. (Como as grandes empresas dispõem hoje de um poder cada vez maior, elas também tornaram-se objetos de investigação por parte da imprensa. Precisamos saber como esses centros de poder afetam as nossas vidas).[818]

Os meios de informação têm ainda nessa área a importante função de subsidiar os cidadãos para a realização de boas escolhas. Como já foi dito, os cidadãos, para garantirem uma participação plena e consciente em uma democracia, necessitam de informações, tendo os meios de comunicação o dever de trazer a lume todos os pontos de vista e as distintas versões sobre as matérias de interesse público. Como democracia significa soberania popular, os cidadãos, em um estado democrático, precisam de todas as informações a respeito dos assuntos de interesse público (ou ao menos de muitas informações) para fazerem escolhas políticas inteligentes.[819]

Por outro lado, os líderes políticos precisam de informação para a tomada de melhores decisões. Daí se dizer com frequência na doutrina, especialmente na norte-americana,

---

[817] BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Com-Arte - USP, 1990. p. 21. (Clássicos do Jornalismo Brasileiro; 2).
[818] HODGES, *op. cit*., p. 24.
[819] Esse argumento, sustentado originalmente por Meiklejohn, pode ser visto na seguinte obra: LICHTENBERG, o*p. cit*., p. 110.

> [...] que a liberdade de expressão permite a fluência de informações necessárias para os cidadãos tomarem decisões partindo da premissa de estarem bem informados e para os líderes políticos (servidores públicos) permanecerem diante do interesse de seus constituintes (a soberania eleitoral).[820]

Na verdade, essas funções exercidas pela mídia têm uma eficácia tão importante para a sociedade, especialmente em um sistema democrático, que alguns chegam a considerar que os meios de comunicação social acabam se apresentando como verdadeiros representantes do povo, curadores da sociedade, ao exercerem suas funções profissionais já que as ideias, informações e pensamentos de interesse público geralmente só se tornam conhecidos do grande público em razão do trabalho realizado pelos meios de comunicação social. Em vez de obterem informações em primeira mão ou da boca de alguém que presenciou o fato, as pessoas agora estão sendo informadas sobre assuntos de interesse público (resultados de julgamentos, decisões políticas, entre outras) principalmente pela mídia impressa e eletrônica.[821]

O Direito Comparado, especialmente nos Estados Unidos e para a Corte Europeia de Direitos Humanos, existem diversas decisões fazendo referências à imprensa como um representante do povo.[822]

No julgamento de *Nebraska Press Association v. Stuart*[823], processo que envolveu o interesse dos meios de comunicação local, regional e nacional em acompanhar as investigações e cobrir de forma ampla o julgamento de um caso relacionado com o homicídio de seis pessoas de uma mesma família, crime ocorrido numa cidade pequena (com cerca de 850 habitantes), e o potencial conflito entre o interesse da mídia e o direito a um julgamento justo por parte do acusado, a Suprema Corte dos Estados Unidos modificou o julgamento da *Nebraska Supreme Court* para permitir que a mídia cobrisse amplamente o caso, considerando que a ordem judicial que restringia o acesso da mídia às informações do

---

[820] *Idem*. No original, temos o seguinte texto: "Free speech permits the flow of information necessary for citizens to make informed decisions and for leaders (public servants) to stay abreast of the interests of their constituents (the sovereign electorate)."

[821] A respeito se encontram as manifestações do juiz Warren Burger no julgamento do caso *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 1979.

[822] Neste sentido, torna-se interessante consultar: a) casos federais: *Pell v. Procunier* (1974) 417 US 817; *Press Assn v. Stuart* (1976) 427 US 539; Houchins v. KQED (1977) 438 US 1; *First National Bank v. Belloti* (1978) 435 US 765; *Gloe Newspaper Co. v. Superior Court* (1982) 457 US 596; *US v. Criden* (1981) 648 F. 2d. 814; *Belo v. Clark* (1981) 654 F. 2 ed. 423; *Application of the Herald Co.* (1984) 734 F. 2d. 93; *First Amendment Coalition v. Judicial Inquiry Review Board* (1984) 579 F. Supp. 192; b) casos estaduais: *State of Montana v. District Court* (Mont. 1984) 654 P. 2d 982; *Miami Herald Publishing Co. v. Lewis* (Fla. 1982) 426 So. 2d. 1; *Forida Publishing Co. v. Morgan* (Ga. 1984) 322 S. E. 2d. 233; e *Kerns-Tribune Corp v. Lewis* (Utah 1984) 685 P. 2 d. 515.

[823] 427 US 539, julgado em 30 de junho de 1976.

julgamento não teria demonstrado, com "grau de certeza", que tais publicações sobre o caso prejudicariam o direito de o réu ter acesso a um julgamento justo.

Segundo a mais alta corte dos EUA, numa sociedade em que cada indivíduo tem tempo e recursos limitados, não podendo, portanto, observar em primeira mão as ações de seu governo, a sociedade conta que a imprensa possa trazer para ela todas as informações de interesse público, cabendo à mídia, assim, reportar, de forma plena e rigorosa, todos os procedimentos de interesse público. Sem as informações a serem prestadas pela mídia, a maioria da sociedade e muitos de seus representantes seriam incapazes de votar de forma inteligente ou de registrar opiniões sobre a administração do governo.

Em relação, especialmente, aos processos judiciais, a função da imprensa serve, segundo a Suprema Corte Norte-americana, para garantir a equidade dos processos e trazer as ações da justiça ao conhecimento do público em geral, tornando-se a liberdade de imprensa de fundamental importância para o governo democrático.

No julgamento do caso *Gannett Co. v. DePasquale*[824], a Suprema Corte dos Estados Unidos também consignou expressamente, através do juiz Powell, que a proteção constitucional conferida à imprensa no sentido de garantir a presença de jornalistas nos julgamentos não ocorre em razão de um especial status conferido aos jornalistas, mas sim vem do fato de, ao procurar a notícia, a imprensa atuar como um agente do grande público, um representante de cada membro individual do grande público que não pode obter para si "[...] a informação necessária para um inteligente desfecho em suas responsabilidades políticas".

Na mesma direção, a Corte Europeia de Direitos Humanos também já reconheceu à mídia a função de representante do povo, afirmando, ao julgar o caso *Sunday Times*, de 27 de abril de 1979, que o direito a informar sobre um processo judicial não é somente um direito de o periodista informar, mas também um direito do público a conhecer o que ali acontece, exercendo a imprensa, portanto, um papel intermediário entre a notícia e aqueles que não estão em condições de conhecê-la diretamente.

Diante do direito já reconhecido de o povo saber dos assuntos de interesse público e da impossibilidade de a sociedade saber desses assuntos diretamente ou através de alguém que os tenha presenciado, essas informações, ideias e pensamentos de interesse público geralmente

---

[824] 443 US 368, decidido a 2 de julho de 1979. O caso levado à Suprema Corte envolveu o pedido de dois réus acusados de roubo e homicídio, Greathouse e Jones, no sentido de que a imprensa ficasse proibida de acompanhar o respectivo julgamento, fator decisivo, segundo os requerentes, para lhes garantir um julgamento justo.

chegam ao povo através do trabalho realizado pelos meios de comunicação, os quais representam a sociedade no exercício de suas funções.

Como representantes do povo, os meios de comunicação social chegam a exercer mesmo uma função pública[825], conforme ressalta Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, ao afirmar que:

> A dimensão do direito à informação que aqui se pretende evidenciar decorre da relevância assumida pelos meios de comunicação de massa e sua função pública na sociedade atual: o direito de toda a sociedade em ser bem informada, de forma ampla e diversa, de modo a propiciar a formação e consciência política, social, cultural dos indivíduos livres e isonomicamente, garantindo a todos o acesso aos meios de comunicação de massa para que possam receber e transmitir pensamentos e opiniões, com vistas a assegurar também o pluralismo político e social definidores de uma sociedade democrática.[826]

Em decisão emanada do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, essa relevante utilidade pública atribuída à imprensa ficou consignada em acórdão assim ementado:

> Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.[827]

Assim é que a mídia passa a gozar de certos privilégios, tais como o de ter amplo acesso às informações de interesse público (acesso a julgamentos que não comportam a presença de muitas pessoas, informações detalhadas sobre prisões realizadas pela polícia, informações sobre investigações em curso), restando-lhes, por outro lado, a imposição de alguns deveres (o de informar e, mais ainda, o de informar com responsabilidade).[828]

Nessa direção é que para a Corte Europeia de Direitos Humanos os meios de comunicação social passam a gozar de uma especial posição no exercício da liberdade de informação em razão do fato de terem o dever de informar. Segundo a Corte:

> [...] não resulta adequado entender que os representantes dos meios de comunicação social, ao assistir às seções de um julgamento público, gozam de um privilégio gracioso, mas sim

---

[825] Trata-se na verdade de uma função pública *sui generis* porque os meios de comunicação social não foram eleitos pelo povo para o exercício de suas funções e também não prestaram concurso público para exercer suas funções.

[826] LOPES, *op. cit.*, p. 190.

[827] JTJ 169/86, Rel. Des. Marco Cesar.

[828] No caso *Branzburg v. Hayes (408 US 665 (1972))*, em voto dissidente, o juiz Douglas, da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou que a imprensa tem uma posição preferencial diante do regime constitucional norteamericano não para permitir que ela ganhe dinheiro ou para considerar os jornalistas como uma classe especial de profissionais, mas sim para que a mídia consiga satisfazer o direito de o público saber. O direito de saber é crucial para os poderes governantes do povo. No original: "The press hás a preferred position in our constitutional scheme, note to enable it to make money, not to se newsmen apart as a favored class, but to bring fulfillment to the public´s right to know. The right to know is crucial to the governing powers of the people."

> que o que se tem qualificado como tal é um direito preferente, atribuído em virtude da função que cumpre nas áreas do dever de informação constitucionalmente garantido [...].[829]

No Brasil, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, Barbosa Lima Sobrinho já defendia a ideia de que o direito de informação, quando relacionado com a imprensa, tem como titular o público, os destinatários das mensagens veiculadas pela mídia, configurando-se, pois, como um dever para os meios de comunicação. Segundo ele:

> O Direito de Informação constitui, para a Imprensa, um dever, ao passo que para o público é um direito que ele pode exigir das empresas que se dedicam a essa tarefa, para que fique habilitado a agir com o conhecimento dos fatos indispensáveis a sua orientação.
> O dever de informar, que é uma das funções essenciais da Imprensa, traduz interesses fundamentais da sociedade, assim como dos próprios governos, pois que os aparelha para o acerto da orientação que devem tomar.[830]

Para Edilsom Farias, o dever (e não apenas o direito) de a mídia manter o público informado a respeito dos assuntos de interesse público também decorre das funções que a informação exerce em um estado democrático e dos princípios constitucionais relativos à produção e à programação das emissoras de informações. Segundo o autor:

> No caso dos mass media, de suas funções política, cultural e de utilidade pública, vislumbra-se o dever jurídico de manter constante e integralmente informados os cidadãos. Ademais, os princípios constitucionais relativos à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão (preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas: promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família – art. 221), bem como a caracterização pela Lex fundamental da radiodifusão sonora e de sons e imagens, como serviço a ser executado por concessão, permissão ou autorização do Poder Público (art. 223), fundamentam também a posição subjetiva dos utentes com relação aos media.[831]

Também vislumbrando um dever institucional na atividade dos meios de informação, dever esse depreendido do sistema constitucional brasileiro, é que Luis Gustavo Grandinetti afirma que: "O dever de informar da atividade jornalística pauta-se pelo interesse público. O que for de interesse público, tem de ser publicado. Não pode o órgão de imprensa sonegar informação."[832]

Esse dever de a mídia informar ao público a respeito de assuntos de interesse público, apesar de decorrer diretamente do próprio texto constitucional, no que diz respeito a assuntos relativos ao Meio Ambiente, tal dever ficou expressamente consignado na legislação

---

[829] STC 30/1982, de 1 de junho.
[830] LIMA SOBRINHO, Barbosa. Direito de Informação. *Anais da VIII Conferência Nacional da OAB*. p. 133-180.
[831] FARIAS, *op. cit*., p. 177.
[832] CARVALHO, *op. cit.*, p. 151.

infraconstitucional (Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999), que assim dispôs em seu artigo 3º, inciso IV:

> [...]
> Art. 3º Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:
> (...)
> IV - aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;
> (...)

A informação é uma atividade tão indispensável em um Estado democrático que se transforma "de um direito em uma autêntica necessidade social", conforme ensina Enrique Ruiz Vadillo, magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, traduzindo-se, pois, para os meios de comunicação, como um dever institucional. Somente um povo adequadamente informado é capaz de exercer com plenitude de conhecimento seus direitos, o que somente se obtém pela via do livre e plural exercício da expressão de ideias, o que já sabemos por experiência própria e alheia.[833]

Esse dever que a imprensa tem de publicar decorre não só das diversas funções exercidas pelos meios de comunicação social, mas também origina-se das promessas (contratos morais) que esses meios de comunicação social fazem, ainda que implicitamente, à sociedade[834] no sentido de apresentarem a ela todas as matérias fidedignas de importância e interesse. Segundo Deni Elliot:

> Editores e repórteres têm a obrigação de cumprir as promessas feitas por suas empresas e a de assegurar que elas estão mantendo suas promessas em sentido amplo. As empresas jornalísticas prometeram, de algum modo, dar ao público matérias do seu interesse e alertá-lo em relação a temas sobre os quais deveria tomar conhecimento. Alguns desses temas podem ser claramente 'eventos' definidos – como a divulgação do orçamento do governo, a escolha de um novo reitor para uma universidade, o incêndio em uma fábrica – mas outros temas de importância são muito mais 'questões' do que propriamente 'eventos' [...]. Ao não fazerem com que questões significativas sejam mantidas na pauta e na agenda do público, os meios de informação estão deixando de cumprir uma importante promessa.[835]

Para Elliot, o dever que os meios de comunicação social têm de informar os leitores só pode ser afastado diante de um motivo justificável, tal como o descrito abaixo:

---

[833] VADILLO, Enrique Ruiz. Relación de causalidad em la exigência de responsabilidades penales com motivo del ejercicio del derecho a libre expresión de las ideas. In: ____. *Libertad de expresion y derecho penal*. Caracas-Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. p. 75.

[834] "Ao divulgarem os objetivos que pretendem atingir, os meios de informação criam expectativas e fazem promessas de todos os tipos. Por exemplo, quando um veículo afirma que publicará 'todas as notícias que merecem ser impressas', ou 'tudo aquilo que você precisa saber para enfrentar um dia de negócios', é de se esperar que ele realmente faça isso". Cf. ELLIOT, *op. cit*., p. 41.

[835] *Ibidem*, p. 43.

> É claro que, com frequência, as responsabilidade parecem estar em conflito uma com a outra. Assim como a responsabilidade de informar os leitores pode conflitar com a de não provocar nenhum dano, a manutenção das promessas pode entrar em conflito com as responsabilidades funcionais. Pegando um caso relativamente fácil, os meios de informação costumam ocultar informações de seus leitores durante a ocorrência de um rapto ou de qualquer outra situação que coloque em perigo a vida de uma pessoa. Os leitores, certamente, estão interessados em saber tudo o que puderem sobre o assunto, mas o ato de evitar que a vítima sofra algum mal tem e deve ter precedência. Os jornalistas deixam de lado sua promessa de dar informações corretas ao público para evitar que um mal ocorra. E eles fazem isto sabendo que podem contar com a compreensão e o aplauso de boa parte do público.[836]

No Brasil, o papel da mídia foi considerado como um dever em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 130, oportunidade em que o relator do julgado, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou que:

> A modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar *como o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil*. (grifo do autor)

O dever de a imprensa divulgar as notícias de interesse público também pode ser extraído da seguinte parte do mencionado julgado:

> Sem maior esforço mental, portanto, vê-se que a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea que já faz da sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil globalizada: sociedade de informação, também chamada de sociedade de comunicação. Preservada a amplitude massiva dos seus destinatários ou público-alvo e sempre na perspectiva da encarnação de um direito-dever inarredável: o da instância por excelência do pensamento crítico ou emancipatório. Ele próprio, pensamento crítico ou libertador, a pedagogicamente introjetar no público em geral todo apreço pelo valor da verdade como categoria objetivamente demonstrável, *o que termina por forçar a impensa mesma a informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade*. (grifo do autor)

No mesmo sentido, no julgamento da Pet 2.702-7, Rio de Janeiro, o Ministro Marco Aurélio, então presidente do Supremo Tribunal Federal, referiu-se ao direito de informar como "[...] direito-dever de informar, ao dever-direito de informar, ao direito de ser informado".

Blázquez também afirma o direito de informar como um dever dos meios de comunicação:

---

[836] *Ibidem*, p. 45.

> Por isso é que se convém recordar que, em nome da reflexão ética, o direito de informar corresponde primariamente a toda pessoa por razão de sua competência *in sub-iecta* matéria, e mais ainda a certos profissionais especializados em ocupação informativa. Antes que direito, é um dever. Pelo contrário, o direito à informação corresponde primordialmente ao destinatário da mesma. É um direito sem mais que deve ser correspondido pelo dever do informador.[837]

Questão prática interessante que evidencia o dever institucional da imprensa é colocada pelo jurista Desantes Guanter. O autor relata o caso de um advogado de Valência, Espanha que, após ter assinado um determinado periódico por três meses, descobriu que o mesmo não havia veiculado em seu informativo uma determinada notícia importante e de interesse geral, motivo que o levou a ajuizar uma ação em face do diretor do periódico com o objetivo de conseguir uma decisão judicial que declarasse o não cumprimento do contrato firmado por parte do periódico. Segundo o demandante, a assinatura do periódico não lhe concedia apenas o direito ao papel impresso pela respectiva mídia, mas, acima de tudo, conferia à mídia a obrigação de lhe prestar informações sobre todos os assuntos de interesse público.[838]

Ao considerar a informação de interesse público como um dever dos meios de comunicação, evita-se uma abertura puramente formal dos canais de comunicação, abertura essa insuficiente para produzir uma verdadeira democracia. Os meios de comunicação social diante de um acontecimento de interesse público, têm o dever de informar a sociedade a respeito desse fato, garantindo-se, assim, a realização de uma estrutura democrática.

Ora, se a liberdade de expressão, quando relacionada com uma matéria de interesse público, gera um *dever de informar*, seja por que motivo for, parece-nos lógico que a liberdade de expressão, nesses casos, deve ser tratada de forma diferente das hipóteses em que se vislumbra nesse direito fundamental apenas um direito (do informante e do receptor da mensagem). Torna-se necessário proteger a liberdade de expressão nessas hipóteses em que ela gera um dever, de forma mais intensa, permitindo-se com isso que os órgãos de comunicação realizem seu múnus público de forma desinibida e robusta, garantindo, com esse tipo de atuação, a efetividade do processo democrático.

A liberdade de expressão, quando relacionada com matérias de interesse público, deve ser tutelada, *prima facie*, de forma mais intensa que os demais direitos fundamentais porque, com isso, está se observando, por um lado o direito de a sociedade saber a respeito desses temas e, por outro lado, garante-se um arcabouço jurídico necessário para que o jornalista

---

[837] BLÁZQUEZ, Niceto. *La nueva ética en los médios de comunicación.* Problemas y dilemas de los informadores. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2002. p. 131.

[838] Esse processo terminou extinto sem julgamento do mérito, por falta de uma das condições da ação. DESANTES GUANTER, José Maria. *La información como derecho.* Madrid: Editorial Nacional, 1974. p. 23-24.

exerça suas funções como um dever-institucional, evidenciando-se, com essa equação, os interesses do estado democrático de direito.

Como exemplifica Ronald Dworkin, um jornalista deve ter certos poderes não porque ele ou qualquer outro tenha direito a alguma proteção especial, mas sim para garantir um benefício geral à comunidade como um todo, exatamente como os fazendeiros devem, algumas vezes, ter certos subsídios, não por si mesmos, mas também para assegurar algum benefício à comunidade.[839]

Essa é a razão também, segundo o Supremo Tribunal Federal, de conferir aos meios de comunicação certos privilégios fiscais, como por exemplo, imunidade tributária aos livros, jornais e periódicos em geral, bem como ao papel destinado a sua impressão (CF, art. 150, VI, d). Os meios de comunicação são considerados porta-vozes da opinião pública, devendo gozar, portanto, de certos privilégios tributários já que, com esses privilégios, toda a sociedade será beneficiada diante de uma maior facilidade nos acessos à informação. A Constituição Federal, ao conceder certos benefícios fiscais aos meios de informação, em verdade, não visa garantir um benefício à empresa ou pessoa do empresário, mas sim busca tutelar de forma mais intensa, a liberdade de expressão diante de sua imprescindibilidade para o funcionamento do estado democrático de direito.[840]

A imprensa, em um estado democrático, goza, como representante do povo, de certos privilégios, devendo, por outro lado, encarar sua função como um dever institucional, não apenas como um direito. Para exercer esse dever institucional de forma ampla e sem receio, ela precisa apenas fazê-lo de forma responsável, devendo o ordenamento jurídico garantir que o exercício responsável desse dever institucional da imprensa seja realizado da forma mais ampla possível, o que se dá somente quando se considera a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial *prima facie* sobre os demais direitos.[841]

---

[839] DWORKIN, Uma questão... *op. cit.*, p. 576.

[840] A respeito, vale conferir a decisão do STF, Plenário, na ADI nº 9397 – Distrito Federal. Para Aliomar Baleeiro, "[...] a Constituição almeja duplo objetivo ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular a cultura através dos livros, periódicos e jornais; garantir a liberdade de manifestação do pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária." BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 189. Assim também é que o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 447.584-7, do Rio de Janeiro, afirma que: "Não resta a menor dúvida em relação à relevância da liberdade de imprensa, que, na verdade, não é da imprensa, é do povo. O direito de expressão não é do dono do jornal, nem do acionista, mas do povo, pertence a ele, que merece ser informado adequadamente".

[841] Há quem entenda que a liberdade de expressão, no Brasil, deve gozar de uma certa preferência em razão de esse direito fundamental materializar uma condição necessária para o exercício de outros direitos. Neste sentido é que Luis Roberto Barroso, Cátedra da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, em entrevista concedida recentemente à Revista ConJur, informou que: "[...] nós seguimos no Brasil [a posição] de que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial – ela é tão importante para o desfrute de todas as outras liberdades, que, em princípio, deve prevalecer. Evidentemente, nenhum direito é absoluto e pode haver casos em que ela tenha que ceder, mas como regra a primeira atitude do intérprete da Constituição deve ser a de prestigiar a liberdade de expressão. Essa idéia sofre hoje o ataque de inúmeras outras visões que querem proteger o direito de privacidade, o direito de um julgamento justo. Portanto, é uma

Considerando-se a liberdade de expressão em sentido amplo como direito fundamental preferencial *prima facie* nas hipóteses em que ela estiver relacionada com um tema de interesse público, resta-nos esclarecer agora como essa preferência *prima facie* desse direito fundamental poderá ser consubstancializada no Direito Brasileiro, sendo este, pois, o objetivo do próximo capítulo.

---

idéia ainda dominante, mas não é axiomática". Cf. BARROSO, Luís Roberto. Anabolizante Judicial. Quando a política vai mal, o Judiciário toma conta. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 21 set. 2008. No mesmo sentido, parece se manifestar Paulo Murillo Calazans, para quem: "Com efeito, a liberdade de expressão se consubstancia no mais elevado entre todos os direitos fundamentais que norteiam a vida nas sociedades democráticas, isto é, a norma normarum, para tomar por empréstimo a expressão cunhada por PAULO BONAVIDES, pois até mesmo a proteção aos valores supremos da dignidade da pessoa humana e do direito à vida decorre, senão, da garantia de uma possível construção argumentativa entre os membros da comunidade política, onde, através da exposição das razões entre os sujeitos da polis, da busca da compreensão mútua e, igualmente, com a permanente perseguição do bem comum, é que se alcança erigir aqueles valores ao patamar da proteção jurídica constitucional apropriada. Em outras palavras, é a própria história que demonstra cabalmente que somente nos períodos em que se logrou alargar, em toda sua plenitude, o exercício das faculdades subjetivas decorrentes da liberdade de expressão, ínsitas aos regimes democráticos, é que se conseguiu, pela via da construção argumentativa na esfera pública, assegurar níveis máximos de proteção a demais valores supremos e inderrogáveis para a sociedade, tais quais a proteção à vida e à dignidade humanas [...]." CALAZANS, *op. cit.*, p. 70-71. Para Jorge Zaffore, "[...] resulta inegável que o direito à comunicação é um direito humano de natureza primordial, uma vez que é impossível imaginar a vigência prática de qualquer outro direito humano sem o prévio asseguramento da comunicação. Nenhum dos direitos que implícita ou explicitamente consagra nossa Constituição nacional, por exemplo, pode ser exercido sem ele; observe-se que nenhum dos direitos que garante o art. 14, como os de trabalhar e exercer toda a atividade lícita, navegar, comerciar, peticionar às autoridades, transitar, permanecer e sair do território, usar e dispor da propriedade, associar-se com fins úteis, professar livremente o culto, ensinar e aprender e publicar as idéias pela imprensa, podem ser exercidos sem a posse irrestrita do direito à comunicação."

7 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL *PRIMA FACIE* E A FORMA DE SUA MATERIALIZAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: RECEPÇÃO DE TEORIAS ESTRANGEIRAS

7.1 **Introdução**

Analisados os fundamentos que justificam considerar a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial *prima facie*, torna-se necessário identificar como e em que casos essa preferência poderá ser aplicada no Direito Brasileiro.

A partir de uma análise em torno da natureza jurídica da responsabilidade civil dos jornalistas e dos meios de comunicação, torna-se necessário verificar se as teorias apresentadas (da *actual malice*, da reportagem neutra, da defesa *Reynolds* e da defesa *Lange*), todas elas elaboradas com base na premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão, são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e, por consequência, se essa preferência *prima facie* da liberdade de expressão pode ser consubstancializada com a recepção dessas teorias no ordenamento pátrio.

7.2 **Fundamentos da responsabilidade civil dos jornalistas e dos meios de comunicação**

Diante do conflito entre dois direitos fundamentais (liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade), o objetivo do aplicador do direito é identificar qual princípio constitucional envolvido no conflito deve prevalecer e em que proporção esse princípio deve ser aplicado.

Feita esta análise, o caso concreto poderá evidenciar, por exemplo, que os direitos da personalidade devem prevalecer e que a atuação dos meios de comunicação, diante de sua atuação desproporcional, ofende os direitos da personalidade de forma ilícita.[842]

---

[842] Como afirmou o Ministro do STJ Jorge Scartezzini, em julgamento de Recurso Especial, os danos decorrentes da comunicação social, em regra, têm origem na colisão entre direitos fundamentais. Segundo o Ministro, "[...] a responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos

Identificada a atuação ilícita dos meios de comunicação no exercício da liberdade de expressão *lato sensu*, torna-se necessário agora verificar se o autor (ou autores) do ato ilícito (exercício da liberdade de expressão de forma abusiva) deverá responder pelos efeitos de seus atos (o dano causado), impondo-lhes uma obrigação de reparar esse dano.

No sistema brasileiro, a responsabilidade do jornalista é extracontratual (quanto à origem) e subjetiva (quanto aos efeitos), exigindo-se a culpa *lato sensu* (culpa ou dolo) do autor do ilícito como fundamento para a obrigação de reparar o dano. Enquanto vigorava a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), a responsabilidade subjetiva do jornalista encontrava-se evidenciada em seu art. 49, com a seguinte previsão: "Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar [...]".

Em seu artigo 51, a Lei de Imprensa elegia a culpa como fundamento do dever de indenizar, ao afirmar que: "A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia [...]".

No dia 30.04.2009, o Supremo Tribunal Federal, através de seu Tribunal Pleno, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Nesse julgado, o STF entendeu que toda a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988, motivo pelo qual a responsabilidade do jornalista deve ser analisada agora não mais com base no art. 49 da Lei de Imprensa, mas sim, com base nos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil de 2002, que assim dispõem:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Dessa forma, pode-se concluir facilmente que a responsabilidade do jornalista hoje continua sendo de natureza subjetiva, agora, entretanto, com base no Código Civil. Assim, não basta apenas identificar o ato ilícito praticado pelo jornalista e o dano causado em

---

fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana". Resp. 719.592/AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma do STJ, julgado em 12.12.2005, DJ 01/02/2006.

decorrência desse ato ilícito para impor-lhe uma obrigação de indenizar. Essa obrigação, na verdade, só surge diante da comprovação de um ato culposo ou doloso por parte do jornalista.

E hoje, predomina o entendimento no sentido de que a culpa deve ser analisada a partir de uma noção objetiva ou normativa, não mais a partir de uma concepção psicológica ou subjetiva[843], devendo ser entendida como a inobservância de uma norma objetiva de conduta. Neste sentido, encontram se as lições de Maria Celina Bodin de Moraes:

> A noção normativa de culpa, como inobservância de uma norma objetiva de conduta, praticamente substituiu a noção psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, isto é, a correspondência, ou não, do fato a um padrão (*standard*) objetivo de adequação, sem que se dê relevância à sua boa ou má intenção. Neste sentido, a culpa continua a desempenhar um papel central na teoria do ilícito: a figura do ilícito permanece ancorada no 'fato culposo', o qual, porém, foi redefinido, através dessa concepção da culpa, como sendo um fato avaliado negativamente em relação a parâmetros objetivos de diligência. A culpa passou a representar a violação (*rectius*, o descumprimento) de um *standard* de conduta.
> A adoção da responsabilidade subjetiva, fundada nessa culpa objetiva (ou normativa), tem sua razão de ser na exigência de balizar o dever de respeito aos outros, nos limites da razoabilidade, a partir da possibilidade idônea de se oferecer modelos de conduta (de diligência), relacionados àqueles limites.[844]

O dolo, por sua vez, também inserido no conceito de culpa *lato sensu*, é materializado por "[...] uma vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito."[845] Enquanto na culpa a violação de um *standard* de conduta decorre de uma atuação inconsciente em relação ao resultado danoso, no dolo há consciência em relação ao resultado ilícito.

No que diz respeito ao ônus da prova, diante da violação de um dever genérico de conduta, conforme exposto no art. 186 do CC (*neminem laedere*), a responsabilidade, portanto, será extracontratual e, em sendo de natureza subjetiva, sua prova deve ser produzida pela vítima.[846] É a vítima, no sistema de responsabilidade civil extracontratual subjetiva do

---

[843] Na doutrina civilista, duas são as concepções adotadas em relação ao conceito de culpa. A primeira, que se pode chamar de concepção subjetiva ou psicológica, define a culpa "[...] *como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra o direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo*" (grifo do autor). A segunda concepção, denominada de concepção objetiva ou normativa da culpa, despreza o ânimo do agente ao praticar o ato ilícito, fixando-se, para sua caracterização, no desvio de um padrão de conduta que deveria ter sido observado nas mesmas circunstâncias. Sobre esta nova concepção de culpa: SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil* – da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33-37. Embora objeto de inúmeras críticas, pode-se afirmar que a visão objetiva ou normativa da culpa tem prevalecido na doutrina contemporânea, tanto no Brasil quanto no estrangeiro. Na doutrina italiana pode ser visto: BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa* – um estudo de direito comparado. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 161-162. Para um estudo mais profundo a respeito das diferentes concepções da culpa, vale a pena conferir: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil* – Estrutura e Função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7-61.

[844] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 212.

[845] CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 50.

[846] AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil:* parte especial: direito das obrigações. Arts. 927 a 965. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11, p. 301.

Direito Brasileiro, que deverá provar a culpa do autor do ato ilícito para conseguir êxito em uma ação objetivando reparação aos danos que lhe foram causados.

Entretanto, se o dano surgir em razão da publicação de uma notícia equivocada, inverídica, apesar de essa situação não gerar, *ipso facto*, a responsabilidade civil do agente, a doutrina tem entendido não ser necessário ao ofendido fazer prova da culpa do infrator, bastando-lhe fazer prova da ofensa e da autoria da ofensa para que se faça uma ilação da culpa.[847] Surge, a partir da divulgação da notícia inverídica, uma forte presunção de culpa do jornalista, transferindo-lhe o ônus da prova. Nesta direção é que se afirma que:

> Por vezes a atividade da imprensa gera danos sem o respectivo dever de indenizar, pois ausente a culpa. A responsabilidade do jornalista ainda é fundada na culpa, na violação de um dever de cuidado.
> Eventualmente o dano pode surgir diante da publicação de uma notícia equivocada, inverídica, sem que seja possível identificar a conduta culposa do jornalista.
> É por essa razão que o 'teste da veracidade da informação' não é o único a ser considerado na aferição da responsabilidade civil dos meios de comunicação. A informação inexata não gera, *ipso facto*, a responsabilidade civil do agente.
> Naturalmente existe um pesado ônus da prova recaindo sobre a imprensa. Diante do erro, da informação inexata, surge uma forte presunção de culpa do jornalista. Em muitos casos, a simples demonstração da informação inexata será prova cabal da conduta culposa do profissional de imprensa.
> Poderá o jornalista reverter esta presunção, demonstrando que o erro não foi causado por sua culpa.[848]

Analisada a natureza da responsabilidade do jornalista, torna-se necessário analisar a responsabilidade da pessoa jurídica responsável pela informação. Neste caso, se antes a responsabilidade da pessoa jurídica exploradora dos meios de comunicação encontrava-se prevista no art. 49, parágrafo 2º, da Lei de Imprensa[849], confirmada essa responsabilidade pelos artigos 50 e 52 do mesmo diploma legal[850], hoje essa responsabilidade é fixada com base no art. 932 do CC, que assim determina:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> [...]
> III. o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele[...].

---

[847] PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 213.

[848] GARCIA, *op. cit.*, p. 361.

[849] Art. 49, parágrafo 2º da Lei de Imprensa: Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).

[850] Art. 50. A empresa que explora o meio de informação ou divulgação terá ação regressiva para haver do autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, a indenização que pagar em virtude da responsabilidade prevista nesta lei; Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

A pessoa jurídica responsável pela informação é responsabilizada indiretamente, por fato de outrem (do jornalista), tratando-se, pois, de responsabilidade civil pelo fato de terceiro.[851] Antes da vigência do Código Civil de 2002, existia grande discussão em torno da natureza jurídica dessa responsabilidade, prevalecendo o entendimento doutrinário[852] e jurisprudencial no sentido de que essa responsabilidade era de natureza extracontratual (quanto à origem) e objetiva (quanto aos efeitos). Esse inclusive é o entendimento expressado pelo verbete nº 341 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto."

Trata-se de responsabilidade objetiva decorrente de responsabilidade subjetiva do empregado ou preposto. Entre as teorias que justificam essa responsabilidade do empregador, a mais aceita é a teoria da substituição. Segundo esse entendimento, ao recorrer aos serviços do preposto, o empregador está prolongando a sua própria atividade, sendo o empregado apenas um instrumento, um *longa manus* do patrão. O ato do substituto, no exercício de suas funções é, assim, o ato do próprio substituído, porque praticado no desempenho de tarefa que a ele interessa e aproveita, de forma que a culpa do preposto é uma consequência da culpa do patrão.[853]

A propósito, o artigo 933 do Código Civil de 2002 acolheu expressamente a tese da responsabilidade objetiva do empregador, afastando, assim, a controvérsia antes existente em relação ao assunto. Conforme dispõe o CC/2002: "Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

Na presença deste cenário normativo, fácil concluir, portanto, que os jornalistas (e, por consequência, os meios de comunicação) só responderão pelos atos ilícitos praticados desde que esteja presente a culpa *lato sensu* em sua atuação. Caso contrário, havendo ato ilícito e um dano decorrente desse ato ilícito, mas, por outro lado, não havendo ato culposo, o

---

[851] BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Responsabilidade Civil por Danos Causados pela Imprensa. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 22, n. 144, p. 287, nov./dez. 2008.

[852] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 614; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 145; AZEVEDO, *op. cit.*, p. 120; LIMA, Alvino. *A responsabilidade pelo fato de outrem.* Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 77 et seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 121.

[853] CAVALIERI FILHO, *op.cit.*. p. 196.
A respeito do tema, afirma o verbete número 221 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça que: "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de comunicação."

jornalista não será responsável pelo ato danoso.[854] Essa tese é defendida pelos franceses Henri Mazeaud e León Mazeaud, ao afirmarem a respeito que:

> Como afirmar que aquele que agiu sem negligência nem imprudência, que se comportou como um homem prudente e precavido, poderia ver comprometer sua responsabilidade? Se sua atividade causou um dano, não há que um fato do azar. O azar quis que o prejuízo atingisse uma pessoa.[855]

Diante da importância da culpa *lato sensu* para caracterizar a responsabilidade civil pela prática do ato ilícito, torna-se necessário analisar se há relevância prática em distinguir, para imposição da obrigação de indenizar, os diferentes graus de culpa anunciados pela doutrina nacional e estrangeira.

Na doutrina civilista, desde a época dos autores medievais (glossadores e pós-glossadores), apesar de não ser pacífica, é corrente a divisão da culpa em grave (lata), leve e levíssima.[856]

Segundo essa graduação, a culpa grave equivale ao erro de conduta grosseiro, presente na hipótese em que existir desprezo pelos mais simples deveres de cuidado. Na doutrina, há tanto autores que aproximam a ideia de culpa grosseira com a noção de culpa consciente quanto os que a interpretam como equiparada até mesmo ao dolo eventual (*culpa lata dolo aequiparatur*).[857]

A culpa leve está presente no erro de conduta ordinário, aquele erro que poderia ter sido evitado por um ser humano prudente (*bonus pater famílias*) se ele se encontrasse nas mesmas circunstâncias fáticas do autor do ato ilícito.

---

[854] Em sentido contrário ao exposto, entendendo que no caso de boa-fé de ambos, empresa jornalística e terceiro atingido de forma negativa pela reportagem que publica notícia falsa, a responsabilidade deveria recair sobre o meio de comunicação, encontra-se a obra: PIZZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los médios masivos de comunicacion*. *Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 413.

[855] MAZEAUD; MAZEAUD apud GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 176. No Brasil, a maioria da doutrina não considera possível aplicar aos meios de comunicação social o disposto no art. 927, parágrafo único, do CC, que assim dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemene de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Neste sentido se manifesta de forma expressa Bruno Miragem, ao afirmar que: "Oferece discussões a possibilidade de aplicação do art. 927, parágrafo único, [do CC/2002] a fim de caracterizar a atividade de imprensa como atividade de risco, hipótese com a qual não concordamos". MIRAGEM, *op. cit.*, p. 233.

[856] A classificação da culpa nos três graus mencionados não conta com o apoio unânime da doutrina. A respeito, Luiz da Cunha Gonçalvez entende que a classificação da culpa não pode ser só tríplice, mas pode abranger muito mais graus, conforme as circunstâncias. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. XII, t. II, p. 593.

[857] A aproximação entre culpa grave e culpa consciente é defendida por Sérgio Cavalieri. Diz o autor, "[...] examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá." CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 56.

A última modalidade de culpa, a levíssima, caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária. O erro de conduta poderia ser evitado apenas por uma pessoa extremamente cuidadosa que agisse com extremada cautela.[858]

A jurisprudência pátria, por reiteradas vezes, também diferencia os graus de culpa. A título de exemplo, pode-se trazer à colação o verbete número 229 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal: "A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador."

O Superior Tribunal de Justiça, no verbete número 145 de suas súmulas, também faz menção à graduação da culpa, informando que: "No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave."

No campo normativo, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7565/86) faz menção expressa à culpa grave, equiparando-a ao dolo eventual, como exigência para a responsabilidade civil (arts. 272, I, e 278, I):

> Art. 272. Nenhum efeito terão os dispositivos deste Capítulo sobre o limite de responsabilidade quando:
> I - o dano resultar de dolo ou culpa grave do explorador ou de seus prepostos;
> [...]
> Art. 278. Não prevalecerão os limites de indenização fixados no artigo anterior:
> I - se o abalroamento resultar de dolo ou culpa grave específico do explorador ou de seus prepostos[...].

A referência à culpa levíssima tem servido, ao longo dos séculos, de base para a própria divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual, com a afirmação de que *in lege Aquilia et levissima culpa venit.*[859] Apesar disso, a doutrina contemporânea tem

---

[858] A respeito do tema: CALIXTO, *op. cit.*, p. 107 et seq.

[859] O próprio Superior Tribunal de Justiça já admitiu a possibilidade de o agente ser responsabilizado quando, em âmbito extracontratual, verificada a sua culpa levíssima. No julgado, apesar de não conhecido o recurso especial, o entendimento do STJ ficou claro a respeito do assunto. Com efeito, afirma a ementa do julgado (STJ, REsp. 238.159/BA, 4ª T., julg. em 29.02.2000, publ. DJ em 08.05.2000, Rel. Min. Barros Monteiro): "Responsabilidade Civil. Atropelamento. Culpa. Matéria de Prova. Repercussão no cível do julgado criminal. Na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, basta a culpa levíssima do agente. Pretendida inexistência de culpa do motorista e imputação de responsabilidade exclusiva da vítima pelo evento. Alegações que dependem da reapreciação do quadro probatório. Incidência da súmula nº 07-STJ. Dissídio pretoriano não configurado. Inexistência, porém, de vinculação do juízo cível ao decidido no criminal, inocorrentes que são as exceções previstas nos arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal. Recurso especial não conhecido." Afirma o Ministro Relator, em seu voto, o seguinte: "Depois, sabe-se efetivamente que são diversos os parâmetros para aferição da culpa na área cível, de um lado, e na área criminal, de outro. Na responsabilidade aquiliana 'levissima culpa venit' (cfr. Orlando Gomes, Obrigações, p. 359, 1ª ed.). Para firmar-se a responsabilidade extracontratual do demandado, bastava a culpa levíssima, o que foi reconhecido no atropelamento da vítima, tanto pela r. sentença como pelo v. Acórdão". Recorde-se, por oportuno, o teor da súmula 07 do STJ: "7 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Em sentido semelhante pode ser vista a súmula 279 do STF, verbis: "279 – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

considerado inútil essa terceira classificação por entendê-la como exigente de um padrão não humano de conduta. Neste sentido é que Maria Celina Bodin de Moraes afirma que:

> Quanto à intensidade da culpa, ela se distingue em três graus, embora já se sustente a inutilidade do terceiro tipo. São eles a culpa leve, consistente na violação da diligência razoável, normal, comum, embora relativizada; a culpa grave, que ocorre quando há violação da diligência mínima; e a culpa levíssima, com a inobservância da máxima diligência. O brocardo latino *in lege Aquilia et levíssima culpa venit* ainda hoje é chamado a justificar a atribuição de responsabilidade em caso de culpa levíssima. Não obstante, a diligência normal, ao se reconduzir ao *standard* médio, configura o modelo de conduta profissional esperado, não parecendo nem possível nem razoável manter-se uma exigência acima do *standard* no âmbito da concepção normativa da culpa.[860]

Em nota de rodapé, afirma ainda a autora a respeito do assunto que:

> Aí estaria presente uma das poucas distinções entre a responsabilidade aquiliana e a contratual, porque nesta última seria necessário um comportamento culposo, de tipo leve ou grave, não sendo suficiente, para ensejar a responsabilidade, a culpa levíssima. No entanto, recentemente, salientou-se que não há qualquer razão para se esperar um comportamento de diligência diferenciado conforme seja o tipo de relação, contratual ou não contratual, existente entre o ofendido e o ofensor. A diligência normal, requerida para se evitar a culpa leve, é a diligência razoável.[861]

Além da crítica feita à classificação da culpa levando-se em consideração à modalidade da culpa levíssima, alguns civilistas têm entendido até mesmo que a dissociação entre a culpa e a moral (concepção normativa de culpa) veio advogar pela absoluta inutilidade da diferenciação de todos os citados graus de culpa, em razão de uma noção mais técnica e menos moral da responsabilidade civil. Não tendo a intensidade da culpa qualquer influência sobre o valor do dano patrimonial[862], dizem esses civilistas, torna-se despiciendo tomar sua gravidade em consideração.[863]

Com a Constituição Federal de 1988, que consagrou como fundamento da República "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º) e como objetivo fundamental desta mesma República a constituição de "uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I), dispondo ainda em seu artigo 5º, incisos V e X, a respeito da necessidade de reparação dos danos materiais e morais causados sem estabelecer nenhuma limitação ao arbitramento da indenização, tornou-

---

[860] MORAES, M., *op. cit.*, p. 216.
[861] *Idem*.
[862] A jurisprudência majoritária, entretanto, reconhece que a conduta do ofensor que causa um dano moral seja considerada para efeito de quantificação da reparação. Assim, parece haver, em relação aos danos extrapatrimoniais, uma intensa relação entre a conduta do agente e a reparação da lesão. Quanto mais intenso for o dolo do ofensor ou mais grave sua culpa, maiores serão as dimensões da lesão e o conseqüente efeito do dano sofrido pela vítima. Neste sentido, pode-se mencionar, entre vários outros, o Recurso Especial n. 710959/MS, de 20.09.2005, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Barros Monteiro.
[863] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 42.

se comum a afirmação, na doutrina e jurisprudência pátria, do "princípio da reparação integral do dano" sofrido pela vítima.[864]

Diante desse princípio constitucional, a diferença feita em relação aos graus de culpa também perderia o sentido, uma vez que presenciado o ato ilícito culposo (seja qual for o grau de culpa), haverá a obrigação de indenizar o dano causado, aplicando-se o princípio constitucional da reparação integral do dano. Ou seja, hoje o dano não pode mais ser reparado de acordo com o grau de culpa, mas deve ser reparado integralmente.[865]

Apesar desse entendimento, o art. 944 do Código Civil estabeleceu, em seu parágrafo único que: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

Em razão de esse dispositivo legal possibilitar a redução da reparação do dano causado com base no grau de culpa, afastando-se, pois, a aplicação do princípio constitucional da reparação integral do dano causado à vítima, alguns civilistas têm se manifestado pela inconstitucionalidade do dispositivo citado caso ele seja interpretado literalmente[866], enquanto outros exigem que o dispositivo seja interpretado com extrema cautela.[867]

Como afirma Carlos Edison,

> A regra é, portanto, que a indenização seja fixada conforme a extensão do dano. Tanto faz se o dano foi causado com dolo de máxima intensidade ou se foi provocado por culpa levíssima – na responsabilidade civil, ambas dão lugar à reparação integral. É o que se depreende do art. 403, segundo o qual ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só

---

[864] Na doutrina, vale a pena transcrever algumas conclusões feitas a respeito do tema pela professora Maria Celina Bodin de Moraes: "1. À pessoa humana cabe a proteção mais ampla, e que deve ser concedida a cada uma de suas características, peculiaridades, singularidades. O Direito Civil deve voltar-se para a busca do instrumental que permitirá alcançar a reparação integral pelo dano sofrido. 2. A reparação integral parece ser a medida, necessária e suficiente, para proteger a pessoa humana nos aspectos que realmente a individualizam. De fato, considera-se que a responsabilidade civil na atualidade tem como foco precípuo a situação em que se encontra a vítima, visando recompor a violência sofrida em sua dignidade através da reparação integral do dano". MORAES, M., *op. cit.*, p. 331-333.
Neste sentido é que Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho afirma que "[...] após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento." Cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo* 944 do Código Civil: O Problema da Mitigação do Princípio da Reparação Integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, v. 63. Disponível em: <www.pge.rj.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2009.

[865] Com base nesse princípio é que o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes de julgar a ADPF n. 130, já se manifestava pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Imprensa (artigos 51 e 52) que visavam limitar o valor da indenização a ser paga à pessoa ofendida pela prática de um ato ilícito do jornalista. Segundo o STF: "Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei 5250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput, e parágrafo 1º, da CF de 1988. Recurso Extraordinário improvido – Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente". RE 447.584/RJ, Segunda Turma, Rel. Cézar Peluso, 28.11.2006.

[866] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil* – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 13. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.* A ser publicado AZEVEDO, *op. cit.*, p. 522.

[867] TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, *op. cit.*, p. 860.

> incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.[868]

Apesar de evidenciado que o princípio da reparação integral da vítima encontra assento constitucional, por outro lado, parece-nos importante manter como eficazes os diferentes graus de culpa, servindo essa diferenciação não para medir o valor da indenização[869] (o que seria realmente inconstitucional), mas sim para diferenciar a maneira de se efetivar essa compensação ou reparação do dano causado a partir de uma atuação ilícita do meio de comunicação social.

Neste sentido é que a teoria da *actual malice* utiliza-se dos diferentes graus de culpa como premissa para diferenciar o tratamento a ser dado à imprensa que veicula noticia falsa capaz de causar danos a outrem, determinando que, nos casos de atuação dolosa ou culposa (culpa grave) dos meios de informação, o jornalista fica obrigado a indenizar pecuniariamente o dano causado. Todavia, em casos de atuação culposa leve ou levíssima, o dano causado pode ser compensado de outra maneira (aplicando-se, informalmente, o direito de resposta[870]), havendo nesse tipo de diferenciação de tratamento concedido à mídia uma justificativa constitucional: garantir uma atuação livre dos meios de informação com a efetivação do estado democrático. É o que se passa a analisar.

7.3 **A doutrina da *actual malice* e sua recepção pelo Direito Constitucional brasileiro**

Como visto no Capítulo 4, essa teoria só terá eficácia diante de situações em que os meios de comunicação veiculam uma matéria falsa (difamatória), não quando ocorre a veiculação de uma notícia verdadeira.

Nessas hipóteses (de veiculação falsa de uma matéria), a *actual malice* busca diferenciar o tratamento dado aos casos envolvendo assuntos de interesse público dos casos que não envolvem esse tipo de abordagem.

Se a notícia que foi veiculada pelo meio de comunicação é de interesse público, mas é falsa, a pessoa atingida negativamente pela reportagem, para conseguir êxito em uma ação

---

[868] MONTEIRO FILHO, *op. cit.*, p. 8.

[869] Como ensina Aguiar Dias, não se justifica que a recomposição do dano não se realize porque o desfalque foi produzido por culpa leve, uma vez que "[...] pequenas faltas podem produzir grandes danos, como mostra a fábula da guerra perdida em consequência da ferradura que se soltou do cavalo do guerreiro". DIAS, *op. cit.*, p. 47.

[870] Observa-se aqui que o Direito Americano não admite formalmente o direito de resposta para a mídia impressa.

indenizatória, terá que provar a falsidade da notícia, o dano causado pela reportagem e a culpa grave ou o dolo do meio de comunicação. Ao contrário, se na matéria veiculada não há interesse público, em sendo ela falsa, basta que o particular atingido negativamente pela reportagem prove a falsidade da notícia e o dano causado pela reportagem, presumindo-se a culpa do jornalista.

Em havendo interesse público na matéria publicada pelo meio de comunicação, para ser vencedora em uma ação indenizatória, a pessoa atingida negativamente pela reportagem falsa deverá provar, além da falsidade da matéria veiculada e o dano decorrente dessa veiculação, que o meio de comunicação agiu com dolo ou culpa grave ao publicar a matéria falsa, ocorrendo esses elementos nas seguintes situações: quando a imprensa conhecia a falsidade da matéria (*knowledge of falsity*), tinha sérias dúvidas a respeito da sua veracidade (*serious doubts*) ou veiculou a notícia de forma negligente (culpa grave), ou seja, sem realizar diligências para identificar se a matéria veiculada era verdadeira ou falsa (*reckless disregard of whether it was false or not*).

Portanto, se a matéria veiculada, apesar de falsa, é de interesse público, vislumbram-se as seguintes possibilidades de solução: a) se o jornalista agiu com dolo ou culpa grave ao divulgar uma notícia falsa, deve esse jornalista indenizar o dano causado à vítima desde que a vítima do dano consiga provar o dolo ou culpa grave do profissional; b) se o jornalista que divulgou a notícia falsa agiu com culpa leve ou levíssima, não deve o mesmo ser condenado em uma ação indenizatória que objetiva buscar uma reparação pecuniária, acreditando-se que o dano pode ser reparado de outra forma (direito de resposta, ainda que informal); e, c) se o jornalista publicou uma notícia falsa, mas não agiu com culpa, não há o que reparar.

Três, portanto, são os efeitos diretos da teoria da *actual malice*. Primeiro: se a matéria publicada não é de interesse público, mas é falsa, há uma presunção de culpa na conduta do jornalista. O ofendido pela notícia publicada terá que provar apenas a falsidade da notícia, não precisando provar a culpa do jornalista, uma vez que essa culpa será presumida, decorrente do próprio fato. Segundo. Se a matéria publicada é de interesse público, mas inverídica, dois são os efeitos que podem ser vislumbrados a partir daí: a) para conseguir uma indenização pecuniária, o ofendido terá que provar que o jornalista agiu com dolo ou culpa grave ao publicar a matéria falsa. A culpa ou o dolo, neste caso, não podem ser presumidos. Precisam ser provados pela vítima; e, b) caso haja apenas uma culpa leve (ou levíssima) na conduta do jornalista, o dano causado à pessoa atingida negativamente pela reportagem pode ser reparado informalmente, através de outra forma que não a pecuniária (geralmente o direito de resposta ainda que informal). Não se admite aqui uma indenização pecuniária como consequência do

ato ilícito culposo (culpa leve ou levíssima) do jornalista, pois esta reparação pecuniária teria um efeito colateral de silenciar a imprensa, inibir a atuação livre da mídia (*chilling effect).*

Com esse entendimento, a teoria da *acutal malice* objetiva proteger mais intensamente a veiculação de informações sobre assuntos de interesse público, a crítica feita em relação aos atos do governo, garantindo-se, por consequência, a aplicação efetiva do processo democrático.

Ao invés de permitir a condenação de um jornalista numa ação de indenização com base apenas na prova da falsidade da matéria veiculada pelo meio de comunicação ou com fundamento em uma atuação com culpa leve (ou levíssima) do jornalista, gerando a partir daí o efeito prático de silenciar a imprensa, prefere essa teoria, a partir da premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão em sentido lato, descartar a possibilidade de condenação do jornalista no caso em que ficar provada apenas a falsidade da notícia, não se provando a culpa (dolo ou culpa grave) do jornalista, além de possibilitar a reparação do dano através de outra forma (direito de resposta ou retificação da notícia) no caso de vislumbrada apenas a culpa leve (ou levíssima) do jornalista.

Segundo esse entendimento doutrinário, haverá interesse público na matéria objeto da liberdade de expressão sempre que a manifestação de pensamento ou expressão envolver um assunto relacionado a um servidor público em sentido amplo (abrangendo a expressão os agentes políticos), a figuras públicas (pessoas famosas ou com notoriedade social) ou a pessoas privadas envolvidas em fatos que despertam um interesse geral da sociedade.

A razão que justifica conceder maior legitimidade ou peso à liberdade de expressão em casos desse tipo, conforme já expressou William J. Brennan Jr, é a garantia que deve ser assegurada ao debate que envolve matérias de interesses públicos, conferindo-lhe uma maior abertura, desinibição e robustez.

As responsabilidades civil e penal, quando prevista de modo inadequado pela legislação, pode levar os meios de comunicação à prática de auto-censura. Em outros termos, os órgãos de comunicação podem evitar de divulgar informações controvertidas ou mesmo notícias verdadeiras mas de difícil comprovação em juízo, para impedir ações de indenização. Assim, informações que interessam à sociedade como um todo e são essenciais para alimentar um debate público imprescindível à democracia deixam de ser publicadas.

Além disso, o papel investigativo comumente exercido pelos meios de comunicação também pode ser prejudicado, sobretudo em matérias envolvendo denúncias de corrupção praticadas por servidores públicos e agentes políticos, pessoas geralmente com forte influência política. A participação de uma imprensa ousada e corajosa nesses casos é

fundamental. Primeiramente, os órgãos de comunicação, diante de uma enorme dinâmica de seus profissionais, representam importantes denúncias a respeito de fatos que devem ser investigados mais a fundo pelas autoridades. Em segundo lugar, os órgãos de comunicação são capazes de exercer enorme pressão para que os culpados sejam devidamente punidos. Todavia, nesta área de atuação, a produção de provas é algo complexo, dependendo em grande parte da posterior apuração dos fatos pelas autoridades constituídas. Muitas vezes a imprensa tem apenas uma prova indireta a respeito de um ato de corrupção (indício de prova), não uma prova capaz de ensejar uma condenação. A notícia deve ser divulgada com base nesse indício de prova, provocando, assim, uma investigação mais aprofundada a respeito do tema pelas autoridades públicas. Se não é a atuação corajosa da mídia, atos de corrupção de repercussão nacional como o do ex-presidente Collor, da CPI do Orçamento, do Mensalão ou fraude perpetrada em relação à Prova do ENEM/2009, que tiveram origem em denúncias da imprensa, não chegariam ao conhecimento do público, havendo enorme prejuízo à sociedade.

Ainda, a menor proteção aos direitos da personalidade dessas pessoas (servidores públicos e figuras públicas) é justificável em razão de essas pessoas geralmente desfrutarem um maior acesso aos meios de comunicação, tornando-se mais fácil, por exemplo, para elas contestarem a veracidade das informações veiculadas utilizando-se de um direito de resposta até mesmo informal, além de essas pessoas aceitarem, voluntariamente, participar de uma eleição, de um concurso ou um evento capaz de configurá-las como pessoas públicas, com ciência prévia de que esse fato poderá lhes conferir alguns ônus a mais.

No Brasil, a doutrina da *actual malice* encontra-se completamente compatível com o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional[871], tornando-se, portanto, capaz de materializar *standards* propícios para contribuir à melhor solução de conflitos entre os citados direitos fundamentais: liberdade de expressão em sentido amplo e direitos da personalidade.

Como já foi visto, em assuntos de interesse público, o direito que a sociedade tem de saber a respeito e o dever que a imprensa tem de informar, autorizam o intérprete a conferir um maior peso inicial à liberdade de expressão, o que não ocorre quando a reportagem retrata assunto que não desperta o interesse público, autorizando-se, pois, de forma justificada a inversão do ônus da prova conforme proposta feita pela teoria da *actual malice*.

---

[871] Neste sentido: PINTO, Marcos Barbosa. Liberdade de Imprensa e Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 111, p. 171-184, jul./set. 1998.
Para Guilherme Döring Cunha Pereira, a doutrina da real malícia não deve ser adotada no Direito Brasileiro, entre outros motivos, porque não favorece em nada o esclarecimento da verdade. PEREIRA, G., *op.cit.*, p. 197 et seq. No mesmo sentido, encontram-se as lições de Lauro Augusto Moreira Maia. MAIA, Lauro Augusto Moreira. *Novos Paradigmas do Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 160 et seq. Discordamos completamente desse argumento. A verdade só aparecerá em um cenário que garanta a ampla divulgação das notícias de interesse público, com ampla participação da sociedade nesses temas.

Ou seja, se a matéria veiculada é falsa e envolve apenas uma matéria de interesse privado, a culpa do jornalista que publicou a matéria pode mesmo ser presumida, decorrente do próprio fato de veicular uma matéria falsa. Provada a falsidade da matéria, presume-se a culpa do jornalista (*culpa in re ipso*). Entretanto, se a matéria que foi publicada é de interesse público, a culpa do jornalista precisa ser provada.

Essa inversão do ônus da prova acaba abrindo espaço para a ampla divulgação de notícias sobre aquelas pessoas que influem diretamente na política, com enorme promoção e fomento do debate público, sem esvaziar, por outro lado, a possibilidade de o ofendido pela notícia buscar reparação dos danos que lhe foram causados pela reportagem que divulgou uma notícia inverídica.

Diante da premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão nos casos que envolvem matérias de interesse público, nada mais razoável que exigir que a pessoa atingida negativamente pela reportagem prove a culpa do jornalista no caso de publicação de uma informação falsa, mas de interesse público.[872] A prova dessa culpa, por outro lado, não representa uma prova diabólica[873], bastando apenas que o ofendido pela reportagem, nos termos do art. 130 do CPC, solicite ao juiz da causa diligências que buscarão identificar os passos dados pelo jornalista até o momento de divulgação da notícia, visando comparar, assim, a conduta do jornalista com a conduta de um homem responsável, razoável, diante das circunstâncias do caso concreto.

Diante de uma concepção normativa ou objetiva de culpa, basta ao ofendido pela reportagem demonstrar que, no caso concreto, o comportamento do jornalista não foi compatível com o comportamento de um homem razoável (*reasonable man*) ou um homem médio.

Conforme ensina Anderson Schreiber,

> [...] é certo que, tomada assim em sentido objetivo, como desconformidade a um padrão geral e abstrato de comportamento, a culpa tem sua prova enormemente facilitada. Afigura-se, como já mencionado, tormentoso para o juiz decifrar se o sujeito deixou de empregar o cuidado que poderia ter empregado, se agiu negligentemente, se poderia ter previsto os

---

[872] No âmbito criminal, a defesa do jornalista tem se mostrado muito mais tranquila, bastando apenas que o jornalista demonstre a ausência do *animus* de caluniar ou difamar em sua conduta. A condenação criminal exige a prova do dolo específico por parte do jornalista.

[873] A prova da culpa representava algo dificílimo (*probatio diabolica*) apenas enquanto predominava a noção de culpa psicológica (espécie de pecado jurídico), não agora diante do entendimento no sentido de que prevalece hoje uma noção de culpa normativa ou objetiva (a culpa como o erro de conduta, apreciado não em concreto, mas em abstrato, a partir de uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento). Como assevera Anderson Schreiber: "[...] em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de dificílima comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina". SCHREIBER, *op. cit.*, p. 16.

> resultados de sua conduta e não o fez por indiferença ao próximo, se atuou de forma reprovável sob o ponto de vista moral. Muito menos árdua – embora não imune a dificuldades – é a tarefa de comparar, em um exame meramente normativo, a conduta empregada no caso concreto com a conduta esperada, nas mesmas circunstâncias, do homem diligente, verificando se coincidem ou se, ao contrário, aquela se mantém aquém desta.[874]

Em caso de dolo ou culpa grave do jornalista, diligências simples poderão muito facilmente demonstrar o cenário que o circundava no momento da divulgação da notícia. Perguntado a ele a respeito da fonte de prova que serviu de base para a publicação de sua matéria, a resposta a essa questão já irá evidenciar se o profissional agiu com negligência ou não. Questionado ao profissional do meio de comunicação se ele deu oportunidade ao ofendido para se manifestar a respeito dos fatos, a resposta a esse questionamento já evidenciará o cenário fático que antecedeu a publicação. Não há dificuldade para a parte ofendida demonstrar o dolo ou culpa do jornalista. Por outro lado, esse arcabouço jurídico evitará o ajuizamento de ações que tenham uma única finalidade: silenciar os meios de comunicação, inibir que os meios de comunicação atuem em um estado democrático.

Essa diferença de tratamento concedido à liberdade de expressão, conferindo-se uma preferência *prima facie* à liberdade de expressão quando estiver relacionada com um tema de interesse público, em verdade, atende a vários propósitos constitucionais: evidencia a importância da liberdade de expressão para um estado que se afirma democrático, fomenta o princípio da confiança do povo em seus governantes, enfim, garante que a sociedade seja bem informada a respeito de todos os assuntos de interesse público, podendo, a partir daí, escolher melhor seus representantes.

Se o jornalista realizou todas as diligências necessárias, mas identificou erroneamente como verdadeira uma matéria de interesse público e a veiculou, não há culpa em sua atuação profissional, motivo pelo qual não deve responder pelo ato ilícito praticado. Mesmo havendo danos causados à pessoa atingida negativamente pela reportagem veiculada pelos meios de comunicação, não se conseguindo provar a culpa do jornalista, não há obrigação de indenizar.[875]

A respeito do tema, escreve Guilherme Pereira que:

> Por sua vez, em uma ou outra hipótese, o editor pode ter atuado com toda a diligência que se lhe poderia exigir. Caso isto se tenha dado, ou seja, caso o conjunto de indícios colhidos era realmente apto a gerar em qualquer profissional diligente a convicção gerada no editor em pauta, não pode haver dúvida de que este editor atuou no cumprimento e um dever, dever

---

[874] *Ibidem*, p. 35.

[875] Neste caso, por questão de equidade, também seria interessante que o meio de comunicação retificasse a notícia veiculada de forma equivocada.

> fundamentado na função social que incumbe aos meios de comunicação, função esta, por sua vez, afirmada pela própria Constituição.
> [...] Não haveria sentido algum na aplicação de qualquer sanção.[876]

De outra forma, se a mídia veicula uma informação falsa de interesse público e a pessoa atingida negativamente pela reportagem consegue provar que o jornalista agiu com dolo ou culpa grave ao veicular a notícia, o dever de indenizar a pessoa ofendida é um efeito do ato ilícito praticado pelo jornalista. A necessidade de a pessoa atingida provar o dolo ou a culpa grave na atuação do jornalista se fundamenta em razão da importância de garantir (e fomentar) um livre debate nas questões de interesse público, justificando-se, pois, não admitir a culpa grave ou dolo do jornalista a partir apenas da falsidade da matéria (*culpa in re ipso*)

O ponto aparentemente mais difícil de ser sustentado na defesa da aplicação da teoria da *actual malice* no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se na situação em que o meio de comunicação atua apenas com culpa leve (ou levíssima) ao divulgar a notícia falsa, causando, com essa atuação, danos à pessoa atingida pela reportagem. Diante do princípio constitucional da reparação integral do dano causado à vítima, como explicar a posição da teoria da *actual malice*? Como explicar que, diante de uma notícia falsa veiculada pela mídia, havendo apenas culpa leve (ou levíssima), o meio de comunicação não precisa indenizar a vítima, já que não agiu com *actual malice*? Como isentar de responsabilidade os comportamentos culposos (culpa leve e levíssima) da mídia em detrimento de bens tão fundamentais como, por exemplo, a honra dos cidadãos?

Na verdade, essa dificuldade é apenas aparente. A posição sustentada pela doutrina da *actual malice* é completamente compatível com o princípio constitucional da reparação integral do dano, bastando apenas entender a doutrina e aplicá-la de forma adequada diante do ordenamento jurídico brasileiro e de suas especificidades.

Sustenta-se aqui que, em havendo uma atuação culposa (culpa leve ou levíssima) do meio de informação, a pessoa atingida negativamente pela reportagem terá sim direito à reparação de danos caso consiga provar a culpa leve do jornalista, todavia, essa reparação não se efetivará com a condenação do jornalista ou do meio de comunicação a pagar indenizações (em pecúnia), bastando apenas que o meio de comunicação oportunize para o ofendido o direito de resposta (CF, art. 5º, inciso V) ou retifique expressamente a notícia falsa que fora veiculada.[877]

---

[876] PEREIRA, G., *op. cit.*, p. 228.

[877] Não se desconhece que, na doutrina brasileira, predomina o entendimento no sentido de que o direito de resposta, no âmbito da informação, tem a natureza jurídica de legítima defesa moral da pessoa atingida pela reportagem. NOBRE,

Por sua vez, o espaço a ser conferido pela mídia, em observância ao direito de resposta ou de retificação da publicação, deve variar de acordo com a extensão ou gravidade do dano causado à vítima. Se a culpa do jornalista, ao veicular a notícia falsa, foi leve, mas causou um grande dano ao ofendido, deve ser conferido um amplo espaço ao direito de resposta ou à retificação da notícia, de forma que o dano causado seja integralmente reparado.

Essa solução vislumbrada a partir de uma interpretação adequada da doutrina da *actual malice* para o ordenamento jurídico brasileiro atende tanto os interesses dos meios de comunicação social, que ficarão isentos de penas pecuniárias no caso de atuação com mera culpa leve (ou levíssima), fato que lhes garantirá uma atuação com mais liberdade (o que beneficiará a toda a sociedade), quanto os interesses da pessoa atingida negativamente pela reportagem, a qual terá direito a uma reparação não pecuniária, mas sim o direito à retificação da notícia falsa que fora veiculada pela mídia. Há, nessa forma de ponderar o modo de reparação dos danos, uma maneira de atender ao princípio constitucional da reparação integral do dano causado à vítima da notícia falsa que fora veiculada e também uma forma estreita de observância efetiva à liberdade de expressão, garantindo-se um cenário normativo que permite à mídia uma ampla liberdade de atuação e o pleno respeito à dignidade humana do ofendido.

Por outro lado, essa maneira de reparar o dano causado pela mídia em razão de uma atuação com culpa leve ou levíssima por parte do jornalista fomenta um movimento de despatrimonialização da reparação do dano, estando em perfeita harmonia com os interesses constitucionais, já que satisfazem, na maior parte das vezes, de forma mais plena, os anseios da vítima.

A respeito da necessidade de criar reparações não pecuniárias para os danos não patrimoniais, ministra Anderson Schreiber que:

> A manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário aos danos extrapatrimonais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o 'preço' correspondente. A constatação vem, por certo, marcada por um excessivo utilitarismo na abordagem do atual mecanismo de responsabilização, mas também é verdadeiro que a visão utilitarista frequentemente floresce nas relações privadas se o direito, antes disso, não intervém em favor de outros valores mais solidários. A redução última da lesão a interesse extrapatrimonial a uma quantia monetária corrobora a tese daqueles autores para os quais a responsabilidade civil atua como paradoxal instrumento de mercantilização, quantificando o inquantificável.

Freitas. *Lei da informação: comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 132. Entretanto, concorda-se com o entendimento de que: "É primordial que se abandone a concepção do direito de resposta que o configura, apenas, como uma ação de reparação de dano, ou como um instituto afim da legítima defesa. Ele é tudo isso, mas deve ser mais que isso. Ele deve ser deslocado do particular, ofendido pessoalmente, titular de um direito à indenização, para a sociedade, credora de uma informação verdadeira, imparcial, autêntica." CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121-122.

> Como objetivo de enfrentar estas dificuldades, diversas culturas jurídicas vêm experimentando, ainda que de forma tímida, um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação. As infindáves dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação. Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação.
> As cortes brasileiras, por exemplo, têm se valido com relativa frequência do instrumento da retratação pública, contemplado pela Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9.2.1967). Além de escapar ao contraditório binômio lesão existencial-reparação pecuniária, a retratação pública tem se mostrado extremamente eficaz em seus efeitos de desestímulo à conduta praticada (a festejada *deterrence*), sem a necessidade de se atribuir à vítima somas pecuniárias punitivas para cujo recebimento ela não possui qualquer título lógico ou jurídico.[878]

Para o autor, são admiráveis inclusive decisões que aplicam o remédio da retratação até mesmo a relações que não envolvem qualquer entidade jornalística, mesmo sem expressa previsão legal nesse sentido. Segundo ele,

> Diversas cortes, porém, se recusam a aplicar o instrumento da retratação pública fora do âmbito de relações regidas pela Lei de Imprensa, por ausência de autorização legal específica de sua extensão a outras espécies de conflitos. São, por isso mesmo, admiráveis as decisões que, rompendo este dogma, aplicam o remédio também a relações que não envolvam qualquer entidade jornalística, como fez recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao impor o dever de retratação pública para solucionar litígio referente à injusta revista da bolsa de certa cliente na saída de um estabelecimento comercial.[879] Decisões como esta se opõem à abordagem positivista tradicional e se unem à lição de Pietro Perlingieri, para quem '*è finita l´epoca della tassatività dei rimedi*'.[880]

Mesmo em se tratando de casos que envolvem uma matéria de dano patrimonial, a análise da jurisprudência recente revela uma tendencial preferência dos tribunais por soluções que, embora patrimoniais, revelam-se não pecuniárias, aplicando-se não à conversão da obrigação em perdas e danos, mas sim se efetivando uma solução *in natura* para o caso concreto.[881]

De outro modo, a prova em relação à conduta dolosa ou culposa dos meios de comunicação, ônus conferido à pessoa atingida pela reportagem de interesse público, pode ser analisada a partir de critérios objetivos, como vem sendo reconhecido na jurisprudência americana e pela doutrina brasileira, com excelente síntese feita a respeito pelos padrões de defesa *Reynolds* (Inglaterra) e *Lange* (Austrália), conforme se verá adiante.

Se a mídia lança uma notícia sem elementos de provas para sustentá-la, mesmo após possuir informações que demonstram a inverdade do fato anunciado, desprezando-se

---

[878] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 187-188.
[879] O autor se refere aqui à decisão proferida pelo TJRJ na Apelação Cível nº 2004.001.08323, j. 18.05.2004.
[880] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 188-189.
[881] *Ibidem*, p. 191.

importantes fontes de prova que atestavam a notícia veiculada como inverídica, utilizando-se de informações seletivas em detrimento da vítima ou realizando um processo editorial completamente equivocado (investigações realizadas sem o devido cuidado, investigações parciais, apresentação sensacionalista da matéria, etc), ficará evidenciado o dolo ou culpa grosseira do jornalista e, portanto, a *actual malícia* do meio de comunicação.

De outro modo, é perfeitamente possível que a pessoa atingida de forma negativa pela reportagem possa fazer perguntas ao jornalista com a intenção de descobrir o procedimento adotado por ele antes de publicar a notícia, vigorando-se aqui uma premissa básica no sentido de que "[...] quanto mais grave ou ofensivo o conteúdo da acusação veiculada pela mídia, mais elaborada deve ser a investigação em torno de sua veracidade."[882] Ou, conforme anuncia Guilherme Döring:

> Quando a matéria leva consigo a possibilidade de agressão à honra, o jornalista responsável não pode tratá-la como se de qualquer outra informação se tratasse. Impõe-se, aí, um acréscimo de diligência. Se o tema não impõe tratamento urgente, as averiguações hão de ser, com maior razão, completas.[883]

Éneas da Costa Garcia, em obra intitulada como a "Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação", traz valorosos exemplos capazes de caracterizar o dolo ou culpa do meio de comunicação. Segundo o autor:

> A conduta dolosa consiste na apresentação de fatos inverídicos por meio de processos técnicos ou maliciosos de alteração da realidade [...] edições, montagens, supressões de trechos, adulterações de fotos e gravações, bem como a elaboração de matérias ou reportagens de forma a transmitir uma falsa impressão da realidade [...].
> O agente tem conhecimento do real conteúdo do material noticiado e dolosamente o adultera [...]. Esta alteração pode ocorrer por meio de processos técnicos (montagens de fotos ou gravações, edição de imagens, supressão de trechos de documentos ou declarações, uso de imagem fora do contexto onde foi capturada, etc) ou pelo modo como a matéria jornalística foi construída.
> O jornalista pode adulterar a verdade simplesmente com o seu texto. Basta que apresente fatos truncados, omita dolosamente informações importantes, desvirtue as declarações de fontes ou entrevistados, utilize expressões fora do contexto onde foram proferidas, apresente afirmações levianas, reproduza infielmente informações obtidas, etc.[884]

Para o autor[885], o dolo se caracteriza também nas reportagens tendenciosas, nas publicações exageradas e sensacionalistas, na recusa do meio de informação a esclarecer a verdade com notas retificando a imputação falsa feita a terceiro depois de identificada a falsidade da notícia veiculada, nas críticas enveredadas pelo caminho da ofensa pessoal, nas

---

[882] HOPKINS, *op. cit.*, p. 145.
[883] PEREIRA, G., *op. cit.*, p. 226.
[884] GARCIA, *op. cit.*, p. 199-200.
[885] *Ibidem*, p. 187 et seq.

publicações humorísticas com o nítido intuito de ofender[886] (ofensas pessoais), nas publicações com o intuito de expor o sujeito ao ridículo através de filmagens realizadas sem o consentimento do ofendido, em situações capazes de caracterizar *false light (*ou *privacy torts)*[887].

A doutrina da *actual malice* também é perfeitamente compatível com o princípio da unidade da Constituição uma vez que construída a partir da premissa da preferência apenas *prima facie* da liberdade de expressão em sentido lato, não com base na preferência em abstrato deste direito fundamental, o que não conseguiria justificativas constitucionais.

A jurisprudência pátria, de forma um tanto confusa, em várias oportunidades tem se utilizado da doutrina da *actual malice*, algumas vezes se reportando a ela de forma integral, outras vezes utilizando-se apenas de algumas ideias fundamentais lançadas por tal doutrina, como forma de fundamentar soluções para o conflito entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade.[888]

Em diversas decisões proferidas pelas cortes brasileiras, os tribunais diferenciam o tratamento a ser concedido à liberdade de expressão *lato sensu* de acordo com o conteúdo da matéria tratada: se de interesse público ou não, conferindo maior proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão no primeiro caso, critério esse comumente utilizado a partir da doutrina da *actual malice*. Nesta mesma direção, a jurisprudência também tem estabelecido que a liberdade de expressão deve ser tutelada mais intensamente nos casos envolvendo servidores públicos, figuras públicas e pessoas privadas relacionadas a um tema de interesse público.

A título de exemplo, pode-se trazer à baila decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Os políticos estão sujeitos de forma especial a críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma, e em contrapartida

---

[886] Para Enéas Garcia, neste caso, "[...] as insinuações e exageros, não amparadas por um fato verdadeiro, trazem em si a presunção de ilegitimidade. O emprego de termos ofensivos despidos de um interesse público torna a conduta ilícita." GARCIA, *op. cit.*, p. 210.

[887] As situações de *false light*, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência norte-americana, configura-se através de hipóteses capazes de criar uma falsa imagem para alguém, colocando-o falsamente numa situação ou atribuindo-lhe falsamente a autoria de comentários ou escritos. Exemplo: fotografar alguém no momento em que participara de um concurso de beleza e depois utilizar sua imagem em um outro contexto, retirando-se toda referência ao mencionado concurso. Esse tipo de situação foi tratado de forma bem aprofundada pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao julgar o caso *Time, Inc. v. Hill*, 385 US 374, em 1967. Esse caso encontra-se relatado nesta tese, na parte que fala sobre a doutrina da *actual malice*. A respeito do tema: FARBER, *op. cit.*, p. 95.

[888] Apesar de a linha jurisprudencial no Brasil não seguir uma coerência em relação ao tema, conforme destacado nos capítulos anteriores, várias boas decisões, ao fazerem a ponderação de princípios em casos envolvendo a liberdade de expressão, seguem a linha, ainda que velada, da doutrina da real malícia.

> dá-lhes a sistemática constitucional de imunidade para, por sua vez, criticarem e censurarem outrem.[889]

Nesse mesmo sentido é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios do Estado, não se revela suscetível, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal:

> LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, c/c o ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELÊNCIA.[890]

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas vezes, já se manifestou no sentido de tratar diferentemente a liberdade de expressão nas hipóteses relacionadas a temas de interesse público e temas de interesse privado, diferença esta que tem como base a teoria da *actual malice.*

O Ministro do STF Marco Aurélio de Mello, em julgamento recente, acolheu expressamente a doutrina da *actual malice* em seu voto (vencido[891]) no julgamento da Medida Cautelar em Petição nº 2.702-7, Rio de Janeiro, decisão que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

O caso envolveu uma ação ajuizada pelo então governador do Estado do Rio de Janeiro e pretendente à presidência da República, Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Outros, em face da empresa jornalística Infoglobo Comunicações Ltda e Outros com o objetivo de impedir que tal empresa divulgasse conversas telefônicas estabelecidas entre o autor da ação e outras pessoas decorrentes de interceptação ilícita e gravação por terceiros, a cujo conteúdo teve acesso o jornal.

---

[889] Apelação Cível nº 235.627-1/Barretos. Relator: Des. Marco César, julgada em 20.10.94. Inúmeros julgados no Brasil diferenciam a situação do homem público da situação do homem privado, garantindo maior campo de inciência para a liberdade de expressão no primeiro caso. Neste sentido: MS 9745/DF; Relator Min. José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Seção do STJ. Data do Julgamento: 27.10.2004; REsp 26.020, STJ, DJU 24.05.1993; TJSP, Ap 121.155-4/4-00-SP, rel. Des. J. G. Jacobina Rabello, j. 09.05.2002, LEX 261/2002; TACrimSP, 7 Câm., HC 406426/4, rel. Juiz Pinheiro Franco, j. 18.04.2002, RT 804/585, ano 91, out. 2002.

[890] Pet. 3.486/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.08.2005, decisão monocrática, Informativo STF 398/2005.

[891] A ideia que prevaleceu no mencionado julgado foi no sentido de que o STF não poderia julgar o caso em razão de uma questão preliminar. Assim, o voto do Ministro Marco Aurélio foi vencido não no ponto que defendia a aplicação da teoria da *actual malice*, mas sim no ponto em que enfrentava o mérito do julgado.

Após o autor da ação obter decisão liminar favorável às suas pretensões em primeiro e segundo graus, a empresa jornalística interpôs Recurso Extraordinário junto ao TJ/RJ e, antes da análise de sua admissão pelo tribunal *a quo*, ajuizou ação cautelar, recebida pelo STF como petição, com o mesmo objetivo.

O STF deferiu parcialmente a medida cautelar apenas para determinar que o tribunal *a quo* enviasse imediatamente o Recurso Extraordinário[892] interposto à análise do STF.

No julgamento da mencionada cautelar, o Ministro Marco Aurélio acolheu expressamente a teoria da *actual malice*, afirmando que:

> No inciso V [do artigo 5º da CF/88], realmente, assegura-se o direito de resposta, que deve ser proporcional à ofensa. Este pressupõe algo já verificado, a partir da informação. Também é garantida a indenização por dano material, moral ou à imagem – estamos supondo que ocorreu a informação maliciosa e danosa. Sob a minha óptica, em relação aos homens públicos, para se chegar ao campo indenizatório, *há de ficar demonstrada a malícia* [...]. (grifo nosso)

Em outra parte do julgado, afirmou o preclaro ministro que:

> O interesse coletivo, a meu ver, porque vivemos em uma sociedade aberta, sobrepõe-se ao interesse individual. Não posso admitir que alguém – repito – que se coloque como candidato a um cargo de direção, como o de Presidente da República, simplesmente receie que alguma coisa venha à balha e acabe prejudicando a campanha. Ao contrário, o interesse maior está na elucidação, na divulgação – eu mesmo, como cidadão-eleitor, estou curioso quanto a essas fitas, em que pese a alguns vazamentos já ocorridos, pela imprensa –, da gravação para que se elimine qualquer dúvida quanto ao perfil do candidato. O interesse é do próprio candidato. O interesse, no caso, é do autor da ação que, numa medida, numa tutela antecipada, acabou por obstaculizar a divulgação dessas fitas que, sob meu ponto de vista, já tarda. Estamos a três semanas das eleições e precisamos conhecer o perfil de cada candidato[...].

Em conclusão, com a recepção dessa teoria pelo Direito Constitucional brasileiro, podemos elencar os seguintes *standards* que autorizarão a realização de uma ponderação mais

---

[892] Em relação ao tema tratado nesse Recurso Extraordinário, possibilidade ou não de a imprensa divulgar diálogo descoberto a partir de interceptação telefônica clandestina, há controvérsia de entendimento entre os doutrinadores brasileiros. Para Luís Roberto Barroso, o conhecimento a respeito do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo Direito. A Constituição, segundo o autor, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Assim, se a fonte da notícia fez uma interceptação telefônica clandestina, sua divulgação não será legítima. Expressando entendimento em sentido contrário, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho afirma a respeito do tema que "a utilização da lógica processual da vedação da prova ilícita no processo, bem como da teoria dos frutos da árvore proibida, não podem ser transpostos para a lógica da informação, que tem objetivos, pressupostos e funções constitucionais bem distintas. O Estado, por regra, não pode se utilizar de prova ilícita na prestação jurisdicional, mas a sociedade, que não impõe sanção formal de direitos, precisa conhecer os fatos de interesse público para poder portar-se, situar-se no contexto de uma organização plural e democrática que lhe exige opções políticas". Para Barbosa Moreira, há dificuldade em conformar com uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade como prioritária em casos, por exemplo, envolvendo traficantes de drogas. Conferir, respectivamente: BARROSO, Colisão... *op. cit.*, p. 26. CARVALHO, Liberdade... *op. cit.*, p. 179. MOREIRA, Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: ____. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997. p. 123.

objetiva nos casos concretos envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão *lato sensu* e os direitos da personalidade:

Primeiro Standard: a liberdade de expressão, no Brasil, deve ser tratada de forma heterogênea.

Quando a liberdade de expressão em sentido lato fizer referência a um tema de interesse público, esse direito fundamental deve ser tutelado de forma mais intensa do que em outros casos, sendo considerado, portanto, como um direito fundamental preferencial *prima facie*, ou seja, capaz de autorizar o intérprete a calibrar a balança da ponderação conferindo a ele maior peso inicial.

Nos casos em que a liberdade de expressão estiver relacionada a um assunto que não envolve um tema de interesse público, a liberdade de expressão deve ser considerada um direito fundamental como qualquer outro, não autorizando o intérprete a calibrar a balança da ponderação de forma a conferir maior peso inicial a esse direito fundamental.

Nesta hipótese, em caso de conflitos entre direitos fundamentais, a solução deve ser extraída a partir da ponderação de princípios levando-se em consideração a existência dos dois direitos fundamentais em conflito, solucionando-se a situação com base em todas as circunstâncias do caso concreto.

Considera-se que a liberdade de expressão está relacionada a um tema de interesse público quando ela envolver assuntos relacionados a:

a) Servidores públicos em sentido amplo[893]*, abrangendo aqui a figura dos agentes políticos, no exercício de suas funções.*

No tocante a este tópico, não há grandes dificuldades. Se a pessoa ocupa um cargo público, ela estará naturalmente sujeita a críticas mais contundentes, despertando o exercício de suas funções um enorme interesse público diante de uma sociedade inserida em um estado democrático.

Conforme já ensinava Rui Barbosa:

> O homem público é o homem da confiança dos seus concidadãos, o de quem eles esperam a ciência e conselho, a honestidade e a lisura, o desinteresse e a lealdade; é o vigia da lei, o amigo da justiça, o sacerdote do civismo. Não pode ser o composto de uma tribuna e uma alcova, de uma escola e um balcão, de uma pena e uma gazua, de uma consciência e uma máscara. Só assim estará na condição de inspirar fé aos seus conterrâneos; e, se na fé consiste a crença, na fé a segurança, na fé a salvação, ninguém põe a sua fé senão onde tenha a convicção de se achar a verdade.

---

[893] Servidor Público aqui abrange todos os servidores públicos, desde ao mais subalterno funcionário na hierarquia do governo até os integrantes nos altos cargos. Conferir a respeito o entendimento da Suprema Corte dos EUA expressado no julgamento do caso *Rosenblatt v. Baer*, 383 US 75 (1966).

> Logo, senhores, se o homem público há de viver na fé que inspirar aos seus concidadãos, o primeiro, o maior, o mais inviolável dos deveres do homem público é o dever da verdade: verdade nos conselhos, verdade nos debates, verdade nos atos; verdade no governo, verdade na tribuna, na imprensa e em tudo verdade, verdade e mais verdade.[894]

A respeito do assunto, entretanto, é preciso afirmar, como tem ressaltado o Tribunal Constitucional da Espanha, que essas pessoas devem ser consideradas para todos os efeitos como um particular nas hipóteses em que são divulgados fatos cuja relação seja "[...] desnecessária para a informação e crítica relacionada com o desempenho do cargo público, a atividade profissional pela qual o indivíduo é conhecido".[895]

Ou seja, um político só deve receber um tratamento diferenciado, com menor proteção a sua honra ou intimidade, se a matéria a ser divulgada estiver intrinsecamente relacionada com a sua função pública. Caso contrário, o político deve ser tratado como uma pessoa privada qualquer, devendo as liberdades de expressão e informação relacionadas a esse político ser ponderadas com os seus direitos de personalidade, sem preponderância das liberdades de informação e expressão.

b) Pessoas famosas ou com ampla notoriedade social.

Nesse tópico, várias são as dificuldades existentes. Primeiramente, há uma extraordinária dificuldade em conceituar o que vem a ser uma pessoa famosa ou com ampla notoriedade social[896], havendo quem diga que fazer esta definição é "[...] mais difícil do que pregar uma água-viva na parede"[897]. Em segundo lugar, há enorme complexidade em justificar o motivo pelo qual uma notícia relacionada a uma pessoa famosa ou com ampla notoriedade social pode ser considerada como uma reportagem de interesse público.[898]

---

[894] BARBOSA, *op. cit.*, p. 42.

[895] STC 134/1999.

[896] Com o objetivo de identificar o que vem a ser uma pessoa famosa ou com ampla notoriedade social, afirma Pedro Frederico Caldas que: "[...] sob este tópico, consideramos não ser impertinente colocar as pessoas públicas propriamente ditas, como governantes e representantes públicos, altos dignatários da justiça, administradores de instituições e órgãos públicos, líderes de sindicatos e associações e aquelas pessoas tornadas célebres ou notórias, seja qual tenha sido o motivo, como, v. g., aquele que primeiro pisou o solo lunar, o criador de uma importante teoria, um grande líder político, empresarial ou sindical, o grande astro, um herói, vulto histórico, o grande desportista." CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 104-105. Para Alcides Leopoldo Júnior, seriam: "Aquela pessoa que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou que exerça cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas que a elas é voltado, ainda que para entretenimento e lazer, mesmo que sem objetivo de lucro ou com caráter eminentemente social, como são por exemplo os políticos, esportistas, artistas, modelos, socialites, e outras pessoas notórias." SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo. *A pessoa pública e seu direito de imagem.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 89.

[897] BARRON; DIENES, *op. cit.*, p. 149.

[898] No que diz respeito ao fundamento que autoriza inserir esse tipo de pessoa na *actual malice*, a doutrina e jurisprudência têm considerado que são dois os motivos principais: a) essas pessoas estão inseridas aqui em razão de firmarem um padrão de conduta seguido por muitas pessoas, corporizando certos valores morais e estilos de vida, tornando-se necessário, pois, que a sociedade tome conhecimento a respeito dos assuntos que as envolvem de forma mais aberta; e, b) essas pessoas, voluntariamente, colocam-se em uma situação de maior exposição, beneficiando-se com esta exposição. Em razão desse benefício a partir da exposição vivida por elas, a mídia passa a ter um interesse maior no que diz respeito a assuntos que as envolvem. O argumento descrito na alínea "a", foi manifestado pela Corte Constitucional Alemã ao julgar casos envolvendo a princesa Caroline de Mônaco. Os fundamentos do julgado alemão podem ser analisados a partir do inteiro

Não concordamos com a ideia de que o fato de uma matéria está relacionada a uma pessoa com ampla notoriedade social, só por si, já justificaria tratar o tema como um assunto de interesse público, autorizando a conferir uma proteção mais intensa à liberdade de expressão.

Neste sentido, vale ressaltar que existe uma enorme diferença entre o que vem a ser interesse público e o que pode representar mera curiosidade pública ou curiosidade do público em geral. Se o fato de uma pessoa famosa ou com ampla notoriedade social está envolvida em uma determinada matéria pode materializar o interesse público, justificando-se, nesses casos, uma maior proteção da liberdade de expressão, por outro lado, não há justificativas plausíveis para defender que uma mera curiosidade pública em torno dessas pessoas, só por si, possa justificar uma maior proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.

Rechaça-se, assim, uma concepção quantitativa e mercantilista do que vem a ser interesse público. Embora uma matéria possa despertar um interesse do público em razão de estar relacionado a uma pessoa famosa ou com ampla notoriedade social, isso não significa, só por si, que se trata de um assunto de interesse público, uma vez que a liberdade de expressão em sentido amplo não protege a satisfação de mera curiosidade dos que compõem o público, de forma que nem tudo que desperta a curiosidade alheia, ainda que de um número relevante de pessoas, pode ser qualificado como de interesse público.[899]

Em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha (STC 115/2000)[900], ficou consignado a respeito dessa discussão que:

> Para desvendar uma e outra dimensão e valorar se o que foi divulgado tem de ficar reservado ao âmbito da intimidade ou, pelo contrário, pode ser objeto de informação pública, o critério determinante é a relevância para a comunidade da informação que se comunica. Isto é, se nos encontramos ante uns fatos ou circunstâncias suscetíveis de afetar o conjunto dos cidadãos, o que possui um indubitável valor constitucional; e é diferente da simples satisfação da curiosidade humana na vida de outros, potencializada em nossa sociedade tanto por determinados meios de comunicação como por certos programas ou seções em outros (STC 134/1999, Fj 8º).

---

teor da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos ao analisar o caso *Von Hannover v. Alemanha* (2004) 16 BHRC 545, julgado pela Corte de Estrasburgo em 2004.

899 Esse mesmo entendimento, diferenciando interesse público de interesse do público, já foi expressamente acolhido pela *House of Lords* (da Inglaterra), no julgamento do caso *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* [2001] 2 AC 177, HL 229 e também pela Suprema Corte de Apelação do Sul da África, no julgamento do caso *National Media Ltd v. Bogoshi* 1998 (4) AS 1196 (SCA) 1210.
Para Rafael Bustos Gisbert, "[...] se identificarmos interesse público com curiosidade não nos encontraremos diante de uma autêntica transmissão de informação, mas sim diante da transmissão de anedotas de maior ou menor relevância que não enriquecem de modo algum o necessário debate em torno da vida pública nem facilitará o pluralismo necessário para o funcionamento de uma sociedade democrática." GISBERT, *op. cit.*, p. 283.

900 No mesmo sentido, também se encontra a STC 20/1992, de 14 de fevereiro, que considera que a relevância pública da informação não se refere à "[...] simples satisfação da curiosidade alheia, com freqüência mal orientada e indevidamente fomentada."

Dessa forma, pode-se concluir que, em verdade, mesmo nas hipóteses que versarem sobre pessoas que, a princípio, despertam o interesse público em razão de sua função, atividade, fama ou notoriedade, o interesse público será determinado em função da matéria tratada pela informação, sendo consideradas de interesse público somente as informações que possam contribuir para formar a opinião pública pela matéria a que se referem.[901]

A respeito da identificação do que vem a ser uma matéria de interesse público, a jurisprudência constitucional tem apresentado um entendimento casuístico em torno do tema, não apresentando uma resposta objetiva à volta do assunto[902]. Somente a partir de um estudo da jurisprudência constitucional é que se poderá chegar a um entendimento a respeito do que vêm a ser matérias de interesse público.

Para Robert Post existe apenas um acordo no que constitui o centro nevrálgico do que vem a ser interesse público, mas toda a periferia de temas enquadráveis na expressão permanece vaga e condicionada a percepções ideológica "[...] sujeitas a uma infinita negociação entre a democracia e a vida comunitária."[903]

No *leading case London Artists v. Littler*[904], por exemplo, a Corte de Apelação da Inglaterra deu uma ampla interpretação ao conceito de interesse publico, sendo esse entendimento aprovado pela *House of Lords*. Segundo a mencionada Corte de Apelação:

> Eu não poderia... confinar [interesse público] dentro de limites estreitos. Sempre que uma matéria puder afetar o público em geral, podendo o público estar legitimamente interessado nela em razão do que pode acontecer com eles ou com os outros, então ela é uma matéria de interesse público.

Esse mesmo entendimento a respeito de interesse público já foi firmado pelo *Justice* Brennan, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Gertz v. Robert Welch, Inc*[905]. Nesse caso, depois de o eminente magistrado expressar que é tarefa dos juízes

---

[901] Nessa direção, quando as informações se referirem a pessoas com fama ou notoriedade, em tese, não haveria interesse público de a mídia divulgar a notícia.

[902] O Tribunal Constitucional Espanhol já decidiu que são de interesse público os seguintes assuntos: notícias a respeito do mau funcionamento de organismos públicos: os serviços de imprensa do Ministério da Justiça (STC 6/1988), um estabelecimento penitenciário (STC 143/1991); as informações relativas ao funcionamento dos serviços públicos tais como o funcionamento do tráfego aéreo (STC 171/1990); atividades terroristas (STC 52/2002); campeonato mundial de futebol (STC 20/1990); a evolução de uma doença, no caso a síndrome de imunodeficiência adquirida (STC 20/1992); etc.

[903] POST, *op. cit.*, p. 683-4.

[904] [1969] 2 QB 375, CA 391. O fato envolvia um empresário que publicou uma carta sugerindo que o querelante tinha feito parte de uma conspiração para forçar o fim de sua bem sucedida atividade. A *House of Lords* aprovou a ampla abordagem da Corte de Apelação para a questão do interesse público no caso *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* [2001] 2 AC 193, HL 229. Essa ampla abordagem do conceito de interesse público tem sido frequentemente elogiada no Sul da África. Por outro lado, o Direito Australiano adotou uma estreita abordagem a respeito do assunto, entendendo que interesse público se refere à conduta de uma pessoa engajada em atividades que convidam o público à crítica ou discussão. Cf. *Bellino v. Australian Broadcasting Corporation* (1996) 185 CLR 183220.

[905] 418 US 323, 94 s. Ct, 41 L. Ed. 2d 789 (1974).

identificar, no caso concreto, as hipóteses capazes de configurar ou não uma situação que envolve um caso de interesse público, esse magistrado da Suprema Corte asseverou que "[...] o interesse público é necessariamente amplo".

Nessa mesma direção, para Tomás de Domingo são de interesse público "[...] aqueles fatos cujo conhecimento se pode pensar razoavelmente que contribuem para fazer possível a participação do cidadão na vida coletiva"[906].

Esse entendimento já foi acolhido pelo Tribunal Constitucional Espanhol com as seguintes assertivas:

> O inciso d do número 1 do artigo 20 da Constituição consagra o direito 'a comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão, estabelecendo um tipo de direito fundamental diverso do que consiste em expressar e difundir pensamentos, ideias e opiniões em áreas de interesse coletivo no conhecimento de fatos que sejam necessários para que seja real a participação dos cidadãos na vida coletiva.[907]

A "vida coletiva" mencionada pela decisão[908], segundo Rafael Gisbert, não se limita aos interesses do Estado, mas sim "[...] se encontra intimamente conectada com a ideia do pleno desenvolvimento da pessoa humana na sociedade que a cerca e abarcará, por consequência, aspectos da vida social que pouco ou nada têm a ver com o chamado 'interesse estatal'".

De todo o exposto, podemos chegar às seguintes conclusões a respeito do tema:

a) é correto o entendimento expressado no sentido de considerar que o fator capaz de justificar a maior proteção da liberdade de expressão, quando o fato envolver uma pessoa famosa ou com ampla notoriedade social, decorre mesmo do interesse público em torno da questão, sendo a fama ou notoriedade pessoa envolvida apenas um indício capaz de demonstrar esse interesse público, mas não o critério decisivo;

b) o que vem a ser interesse público capaz de justificar uma maior proteção a ser conferida à liberdade de expressão em sentido *lato* deve ser analisada caso a caso, existindo, todavia, algumas diretrizes úteis para esclarecer essas situações, tais como as seguintes:

- não há como confundir interesse do público com interesse público;

---

[906] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 200.
[907] STC 105/1983. No mesmo sentido, ainda podemos mencionar a STC 20/1992.
[908] Aqui o autor está se referindo a expressão utilizada pela STC 20/1992, expressão essa utilizada no mesmo sentido manifestado pela decisão transcrita (a STC 105/1983).
[908] REVEL, *op. cit.*, p. 202 et seq.; GISBERT, *op. cit.*, p. 283.

- a mera curiosidade pública não materializa um interesse público em torno da questão, podendo tão somente materializar um interesse do público, o que não justifica tutelar a liberdade de expressão de forma mais intensa;
- a definição de interesse público extraída a partir do julgamento do caso *London Artists v. Littler*, pode ser útil para que o intérprete possa, diante de um caso concreto, seguir uma linha de raciocínio capaz de esclarecer o que vem a ser interesse público;
- a conclusão extraída do julgamento do caso *Gertz v. Robert Welch*, Inc, no sentido de identificar uma noção ampla de interesse público como capaz de ensejar uma tutela mais intensa a ser conferida à liberdade de expressão, pode também ajudar o intérprete no momento de realizar uma definição casuística do que vem a ser interesse público;
- a definição feita por Tomás de Domingo, no sentido de que interesse público abrange "[...] aqueles fatos cujo conhecimento se pode pensar razoavelmente que contribuem para fazer possível a participação do cidadão na vida coletiva[...]", poderá, da mesma forma, ajudar o intérprete na hora de fazer a definição casuística do que vem a ser interesse público;
- a noção de interesse público não se confunde com a ideia de interesse do Estado, sendo, portanto, mais ampla. Conforme afirma Rafaela Gisbert, a ideia de interesse público "[...] se encontra intimamente conectada com a ideia do pleno desenvolvimento da pessoa humana na sociedade que a cerca e abarcará, por consequência, aspectos da vida social que pouco ou nada têm a ver com o chamado 'interesse estatal'".

c) Pessoas privadas desde que a matéria a ser anunciada esteja relacionada com um tema de interesse público.

A sociedade tem o direito de saber dos assuntos de interesse público. Se uma matéria é objeto de interesse geral, ela não pode ser considerada de menor interesse somente pelo fato de ter um particular envolvido.

Segundo standard: a liberdade de expressão em sentido *lato* tutela a veiculação de fatos verdadeiros.[909]

---

[909] Quando os meios de comunicação informam a respeito de um fato verdadeiro e de interesse público, mesmo que essa informação venha a causar constrangimento a alguém, ela representa o exercício regular do direito de informar, não havendo, pois, ato ilícito. O exercício regular do direito de informar decorre da Constituição da República e também do Código Civil (art. 188, inciso I).

Entendem-se aqui como fatos verdadeiros os fatos subjetivamente verdadeiros e não os objetivamente verdadeiros. Dessa forma, a veiculação de um fato inverídico sob o ponto de vista objetivo também estará protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão em sentido *lato* desde que não haja má-fé (*knowledge of falsity/serious doubts*) na divulgação da matéria ou negligência grosseira (*reckless disregard of whether it was false or not*) em relação à sua autenticidade.

Diante da inexistência de dolo ou culpa grave na atuação equivocada do meio de informação, duas são as situações possíveis.

a) Se a notícia falsa foi veiculada, causou danos à pessoa atingida negativamente pela reportagem, mas não existe culpa por parte do meio de informação, a mídia não estará obrigada a indenizar o dano. Não havendo culpa, não haverá obrigação de indenizar o dano, uma vez que a responsabilidade dos meios de comunicação é de natureza subjetiva e não objetiva.

Nesse caso, entretanto, por questão de equidade, o dano causado pode ser reparado pela retificação da notícia inverídica ou pela observância do direito de resposta.

b) Se a notícia inverídica foi publicada, causou danos à pessoa ofendida pela reportagem, mas na atuação do meio de comunicação só se vislumbra a culpa leve (ou levíssima), a imprensa estará obrigada a reparar o dano desde que a pessoa ofendida prove a prática do ato ilícito pela imprensa, o dano e o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano causado.

Nesta hipótese, a reparação do dano deverá ser realizada através da retificação da notícia ou do direito de resposta e não através do pagamento pecuniário. Essa forma de reparação do dano se justifica em razão de atender plenamente a dois interesses constitucionais em conflito: o direito constitucional de a vítima ter reparado integralmente o dano que lhe fora causado pela prática de um ato ilícito do meio de comunicação e o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público, observando-se o dever de a imprensa informar a respeito desses assuntos, o que só será amparado efetivamente diante de um arcabouço jurídico que garanta plena liberdade aos meios de comunicação para informarem a respeito dos assuntos de interesse público.

Se a notícia falsa foi veiculada pela imprensa, ao agir com má-fé (dolo) ou negligência (culpa grosseira) na sua divulgação, a pessoa atingida pela notícia, para conseguir êxito em uma ação indenizatória que busca a reparação material e moral dos danos, deverá provar: a) a conduta ilícita da imprensa (a divulgação da notícia falsa); b) a culpa grave ou o dolo da

mídia; c) o dano causado pela publicação da notícia; e, d) o nexo de causalidade entre a conduta praticada pela imprensa e o dano causado com a publicação da matéria.[910]

Objetivando provar a veiculação da matéria falsa e a culpa da imprensa (culpa grave ou dolo), a pessoa atingida negativamente pela veiculação da notícia poderá requerer ao juiz da causa, nos termos do artigo 130 do CPC, diligências necessárias à realização dessa prova a partir do procedimento adotado pelo meio de comunicação ao informar a notícia.

Provando-se, através das diligências requeridas pela parte que se sentiu prejudicada com a matéria veiculada, que a imprensa não tinha elementos para sustentar a acusação formulada; que a imprensa insistiu em veicular matéria mesmo depois de possuir informações que demonstravam a inverdade do fato anunciado; que a imprensa noticiou o fato desprezando uma fonte que atestava a falsidade da notícia; que a imprensa usou informações de modo seletivo em detrimento da vítima; que a imprensa realizou uma investigação parcial ou sem o devido cuidado antes de publicar a notícia; a má-fé (*knowledge of falsity*) do meio de informação estará evidenciada, tornando-se necessário reparar os danos materiais e morais decorridos da conduta ilícita através de uma indenização pecuniária.

De outra forma, se as diligências conseguirem provar que a matéria foi veiculada pela imprensa a partir de uma investigação apenas superficial que gerou *sérias dúvidas* para o meio de comunicação em relação à veracidade da matéria antes da publicação da notícia, preferindo o meio de comunicação ainda assim veicular a notícia, também estará provada a má-fé do meio de comunicação, impondo-se, ao meio de comunicação, reparar danos materiais e morais.

Por fim, demonstrado que o meio de comunicação foi extremamente negligente na busca da verdade, agindo com indiferença em relação ao resultado final da investigação realizada, a *actual malice* pode estar presente em razão de presenciada a negligência grosseira do jornalista (*reckless disregard for the truch)*, o que evidenciará a obrigação de reparar os danos materiais e morais decorrentes da conduta ilícita praticada com culpa grosseira.

Apesar de extremamente úteis, esses *standards* fixados a partir da doutrina da *actual malice*, por si sós, não são suficientes para tutelar plenamente a liberdade de expressão, tornando-se necessário ainda estudar a aplicabilidade de outros *standards* fixados com base na premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão para alcançar esse objetivo. É o que se propõe a seguir.

---

[910] O nexo de causalidade é o liame entre a conduta e o evento danoso. Dessa forma, a despeito da existência do dano, para que haja responsabilidade civil, a causa do dano tem que estar relacionada com o comportamento do agente. Caso contrário, não haverá que se falar em relação de causalidade e, via de consequência, em obrigação de indenizar .

7.4 **A teoria da reportagem neutra e sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro**

Pela teoria da *actual malice,* a imprensa somente será responsabilizada pela veiculação de uma notícia falsa se a pessoa atingida negativamente pela notícia veiculada conseguir provar a culpa *lato sensu* do jornalista responsável pela matéria.

Uma das formas de comprovar a atuação culposa do jornalista se dá através da identificação das diligências realizadas por esse profissional antes da divulgação da notícia. Se o jornalista realizou todas as diligências necessárias para verificar a veracidade da informação e, somente após a realização dessas diligências, divulgou a informação pensando tratar-se de uma notícia verdadeira, agindo de forma prudente e responsável ao fazer a veiculação, ele não será responsabilizado pela publicação da informação falsa, uma vez que não agiu com culpa ou dolo em sua atuação profissional.

Por outro lado, se as investigações demonstrarem que o jornalista divulgou a notícia sem a realização prévia de diligências que poderiam facilmente identificar a falsidade da notícia, a culpa ou o dolo do jornalista estará presente e esse profissional, por consequência, será responsabilizado pela divulgação da matéria falsa.

Em regra, ao tomar conhecimento de uma notícia de interesse público, o jornalista responsável deve realizar várias diligências com a finalidade de identificar a veracidade da matéria que pretende divulgar, checando outras fontes de informação, comparando as versões dadas pelas diversas fontes que foram identificadas, etc.

Entretanto, para a teoria da reportagem neutra, dependendo da importância da fonte de informação e do assunto a ser divulgado, o jornalista não precisará realizar qualquer diligência para veicular a informação. Se a fonte de informação é digna de credibilidade, faz afirmações a respeito de fatos importantes (de interesse público), os meios de informação passam a ter o direito-dever de veicular a notícia de forma neutra sem terem de se preocupar com a veracidade da informação.

Na verdade, o fato informado pela importante fonte, em sendo de interesse público e relacionada a uma pessoa pública (ou mesmo uma pessoa privada), só por si, já justifica a veiculação da matéria, não cabendo ao órgão de comunicação averiguar a autenticidade da notícia. Se a informação veiculada for falsa, a responsabilidade pela matéria é da fonte de informação e não do jornalista que a veiculou no meio de comunicação.

Para os jornalistas gozarem desse direito de informar sem terem que se preocupar com a veracidade da notícia, alguns requisitos devem estar presentes no momento da veiculação da

notícia: (1) a pessoa atingida negativamente pela reportagem tem que ser uma pessoa pública ou uma pessoa privada relacionada a um tema de interesse público[911]; (2) o jornalista deve reproduzir em sua reportagem uma matéria de interesse público; (3) o jornalista, ao republicar a matéria, não pode concorrer ou aderir à difamação feita pela pessoa ou instituição de prestígio[912] (fonte de informação); e, (4) o jornalista tem que ser imparcial e republicar corretamente a declaração falsa feita pela pessoa ou instituição de prestígio, identificando a fonte da reportagem.

A razão para proteger esse tipo de declaração está, simplesmente, no fato de algumas declarações serem, em razão da importância da sua fonte (de quem as proferiu), notáveis (*newsworthy*) e, portanto, dignas de receber atenção do público.[913] A publicação de uma declaração acusatória que envolve uma controvérsia pública feita por uma proeminente figura é, só por si, independentemente de sua veracidade[914], notável e de enorme valor para o público.[915]

A matéria de interesse público informada à mídia por uma fonte de prestígio e capaz de atingir a uma pessoa pública ou a uma pessoa privada envolvida em um tema de interesse público, só por si, deve ser levada ao conhecimento da sociedade de forma neutra, independentemente de sua veracidade objetiva. A sociedade tem o direito de saber de fatos de interesse público imputados por uma pessoa ou organização de prestígio a uma pessoa pública ou a uma pessoa privada relacionada a um tema de interesse público, independentemente da veracidade objetiva dessa notícia.

Interessante abordagem sobre o tema é feita pelo Tribunal Constitucional da Espanha. Segundo esse tribunal, a reportagem neutra, apesar de abraçar declarações de terceiros, não deixa de ser uma comunicação de fato – o fato de que alguém havia dito algo – e, como tal, legitima-se em função de sua veracidade e do interesse público:

---

[911] A justificativa para inserir este último grupo de pessoas no alcance da teoria da reportagem neutra decorre de duas premissas: o direito que o povo tem de saber a respeito dos assuntos de interesse público e o dever que os órgãos de comunicação têm de informar a sociedade a respeito de assuntos desse tipo. Não acolhemos o entendimento da Corte de Apelação da Califórnia e da Suprema Corte da Califórnia no sentido de que essa teoria não se aplica às pessoas privadas ainda que envolvida em um tema de interesse público. Não nos parece acertado que um assunto de interesse público possa se transformar em um assunto de interesse privado apenas em razão de um particular está envolvido. Assim, se um particular está envolvido em um esquema de desvio de dinheiro público juntamente com servidores públicos ou agentes políticos, não há razão para não aplicar à teoria da reportagem neutra diante de uma declaração prestada por terceiro perante a mídia com o objetivo de relatar esses fatos. É de se observar, ainda, que a decisão proferida em *Edwards v. National Audubon Society*, decisão esta que deu origem a teoria da reportagem neutra, envolveu o nome de cinco eminentes cientistas que não eram servidores públicos, mas pessoas privadas relacionada a um tema de interesse público.

[912] A respeito desse requisito, no caso *Cianci v. New Times Publishing Co*., 639 F. 2d 54, 69-70 (2d Cir. 1980), o tribunal entendeu que a exigência feita pelas cortes de que o repórter não venha a "aderir" nem "concorrer" para a acusação essencialmente requer que o repórter faça a reportagem de uma controvérsia na qual ele não seja um ator.

[913] GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 366.

[914] KILLENBERG, *op., cit.*, p. 346.

[915] ROSS, *op. cit.*, p. 264.

> [...] a veracidade que se deve acreditar se refere unicamente ao fato da declaração – não do declarado – e tem de ser em todo caso sinônima da verdade objetiva. Pois é óbvio que as dificuldades ínsitas a aqueles casos em que um meio de comunicação informa sobre fatos cuja veracidade estrita é um pouco menos que impossível, não concorrem quando o meio de comunicação se limita a dar conta de algo que aparece ser tão facilmente constatado como é o fato de que alguém haja dito o que o meio se limita, sem mais, a difundir.[916]

Entre os requisitos exigidos para que o jornalista se valha da teoria da reportagem neutra é a identidade da fonte: uma pessoa física importante ou uma instituição de prestígio. Assim, caso o jornalista resolva não identificar a fonte, valendo-se de direito previsto no art. 5º, inciso XIV, da CF/88, não poderá se valer do benefício da reportagem neutra. Como afirma Celso Ribeiro Bastos:

> Desaparecida a fonte, há de emergir necessariamente a figura do próprio jornalista que transmite a informação. O que não é de admitir é que este possa irresponsabilizar-se pessoalmente mediante a invocação de uma fonte que contudo ele não revela, calcado na própria Constituição.[917]

Sobre o tema, assevera Enéas Costa:

> O sigilo da fonte pode significar uma restrição à tutela da honra. Com efeito, cabe ao ofendido a prova da conduta culposa do jornalista e um excelente caminho para esta prova consiste na análise das fontes utilizadas, a verificação do número de fontes e sua credibilidade. O sigilo da fonte retira da vítima a possibilidade desta prova.
> Havendo um conflito de direitos constitucionais, de um lado a tutela da honra exigindo a indicação da fonte e de outro a proteção da liberdade de informação recomendando o sigilo, a solução de equilíbrio se dá com a manutenção do sigilo, mas a responsabilização do jornalista pelas informações oriundas da fonte sigilosa.[918]

Se um político importante relata atos de corrupção comumente praticados dentro de seu partido político à imprensa, o jornalista tem o dever de divulgar essas informações sem a necessidade de realizar diligência com a finalidade de identificar a veracidade da informação. O fato relatado pelo político, só por si, já é digno de ser publicado, independentemente de identificada a sua autenticidade.[919] Descoberta, posteriormente, a falsidade das informações, o jornalista autor da reportagem não pode ser responsabilizado pela divulgação dos fatos que lhe foram informados.

---

[916] STC 232/1993, p. 3.
[917] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Arts. 5º a 17. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2., p. 91.
[918] GARCIA, *op. cit.*, p. 272.
[919] Exemplo extraído a partir da veiculação da entrevista de Jarbas Vasconcelos, em que o então Senador afirma que a maioria dos integrantes de seu partido (o PMDB) só pensa em corrupção e que a eleição de José Sarney à presidência do Congresso é um retrocesso. Em certo trecho da entrevista, publicada nas páginas amarelas do meio de comunicação citado, o político afirma que: "Boa parte do PMDB quer mesmo é corrupção [...] [e que] a maioria se incorpora a essas coisas pelas quais os governos vêm sendo denunciados: manipulação de licitações, contratações dirigidas, corrupção em geral." VASCONCELOS, Jarbas Entrevista. *Revista Veja*, p. 20,18 fev. 2009. Edição 2100.

No Brasil, doutrina e jurisprudência não fazem comumente menção expressa à teoria da reportagem neutra, embora alguns importantes autores a adotem (de forma expressa ou implícita).

Paulo José da Costa Júnior parece defender a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, ao afirmar que:

> Com efeito, a verdade poderá não ser verdadeira. Vale dizer, a verdade divulgada, num momento sucessivo, poderá demonstrar ser diversa. O que se faz indispensável, porém, é que o jornalista se tenha servido de uma fonte de informação válida e reconhecida, caso não tenha tido conhecimento direto do fato.[920]

Para Enéas da Costa:

> A objetividade da notícia exige que o jornalista exerça apropriada investigação da fonte. O número e a qualidade da fonte pesquisada são fatores preponderantes na aferição da culpa do jornalista.
> Reportagens baseadas em número insuficiente de informantes, ou que tomam em consideração declarações de pessoas suspeitas de parcialidade, determinam a responsabilidade do jornalista pela omissão do dever de verificação e de objetividade da notícia. De outro lado: publicações baseadas em fontes verossímeis, ainda que posteriormente seja constatada a falsidade das informações, isentam o jornalista de culpa.[921]
> [...]
> A demonstração do *animus narrandi* é causa justificadora da conduta do agente. Assim, a título de exemplo, demonstrando o jornalista que apenas transmitiu as informações equivocadas que fonte idônea lhe forneceu, sua responsabilidade civil poderá ser afastada.
> Nos Estados Unidos, relata Donna Lee Dickerson, vem aflorando um tipo de defesa, nos casos de responsabilidade civil dos meios de comunicação, que é bastante semelhante ao nosso *animus narrandi*. Trata-se da chamada 'neutral reportage'.[922]

Em comentário ao artigo 27, inciso II, da Lei nº 5.250/1967[923], Renato Marcão e Luiz Manoel Gomes Júnior expressam a importância do tema e a insegurança da doutrina em relação ao assunto:

---

[920] COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O Direito de Estar Só:* a Tutela Penal do Direito à Intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.

[921] GARCIA, *op. cit.*, p. 271.

[922] *Ibidem*, p. 361.

[923] Interessante notar que o artigo 27 da Lei de Imprensa, diploma normativo não recepcionado pela Constituição de 1988 no entendimento do STF expressado na ADPF n. 130, em alguns aspectos se aproximava muito da teoria da reportagem neutra. Segundo o mencionado artigo: "Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; II - a reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas legislativas; III - noticiar ou comentar, resumida ou amplamente, projetos e atos do Poder Legislativo, bem como debates e críticas a seu respeito; IV - a reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto for ordenado ou comunicado por autoridades judiciais; V - a divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores; VI - a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa; VII - a crítica às leis e a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade; VIII - a crítica inspirada pelo interesse público; IX - a exposição de doutrina ou idéia. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II a VI deste artigo, a reprodução ou noticiário que contenha injúria, calúnia ou

> O problema maior ocorre quando a imprensa divulga atos ou decisões dos órgãos do Poder Legislativo que sejam ofensivos.
> Parte da doutrina entende que, caso haja ofensa e esta seja divulgada, poderá haver o dever de indenizar. Neste sentido é a posição de DARCY ARRUDA MIRANDA: 'é curial que, quando a lei exclui da categoria de abuso da liberdade de imprensa a notícia sobre atos de debates nas Casas legislativas, está claro que se refere aos atos e debates normais. A reprodução de palavras ou conceitos injuriosos importa em endosso, e endosso é solidariedade, é apoio. Assim, no caso de reprodução de ofensas proferidas por deputados ou senadores, responde pelo crime de imprensa quem as reproduziu, somente. Se a ofensa foi de autoria de um vereador, este responde pelo crime comum, como já foi dito, e o reprodutor, pelo crime de imprensa, não se cogitando aí de co-autoria. São crimes distintos'.
> Ousamos discordar.
> Os parlamentares, por disposição constitucional (arts. 29, VIII, e 53, CF/88) são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato eletivo.
> [...]
> Em princípio, pensamos que a divulgação, pela imprensa, de manifestações parlamentares, sem o exercício de um juízo de valor, faz com que incida a regra do inciso II, do art. 27, respondendo, o parlamentar, na hipótese de abuso.[924]

Para Guilherme Döring Cunha Pereira, após analisar a teoria da reportagem neutra e a sua possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro:

> Os requisitos que se podem extrair da decisão em Edwards v. National Audubon Society [...] parecem bom parâmetro inicial; esta, porém, é tarefa que necessita da decantação da experiência, que só pode dar-se dentro da atuação de um Judiciário atento e meticuloso.[925]

Diretrizes desta teoria também já foram acolhidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão de 30.03.1999 e que teve como relator o desembargador Ruiter Oliva. Em razão de um determinado jornal local do interior paulista ter publicado notícia relativa à exigência de devolução de título de cidadã honorária concedida pela Câmara de Vereadores a uma autoridade pública de grande prestígio social, essa autoridade, sentindo-se ofendida com a veiculação do fato, ajuizou ação de indenização contra o jornal. Entendeu o TJSP, entretanto, que o jornalista apenas relatou, de forma neutra, o fato noticioso, agindo, portanto, dentro dos limites da liberdade de informação. Para o tribunal, o jornalista que publicou os fatos a partir de uma entrevista com um vereador local não precisava se preocupar com a veracidade dos argumentos expedidos pela Câmara de Vereadores para exigir de volta o título concedido ao cidadão público. O fato (uma Câmara de Vereadores exigir de volta título honorífico concedido anteriormente à autoridade pública), segundo o TJSP, só por si, já é digno de reportagem, não precisando o meio de comunicação social se preocupar com a veracidade dos motivos alegados pelo Parlamento Municipal.

---

difamação deixará de constituir abuso no exercício da liberdade de informação, se forem fiéis e feitas de modo que não demonstrem má-fé.

[924] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel(Coord.). *Comentários à lei de imprensa:* Lei 5.250, de 09.02.1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 328.

[925] PEREIRA, G., *op. cit.*, p. 185.

Eis alguns trechos da fundamentação do acórdão:

> INDENIZAÇÃO – Danos morais. Agravo à honra através da imprensa. Notícia que divulga um acontecimento inédito em cidade pequena do interior – Inexistência de propósito ofensivo – Art. 27, II e III, da Lei de Imprensa – Recurso desprovido.
> Não caracteriza abuso no exercício de direito de informar a notícia integral sobre um acontecimento histórico em cidade pequena do interior paulista, consistente na cassação pela Câmara Municipal de honraria concedida a uma autoridade pública de grande prestígio social. E a notícia somente estaria completa, dado o inegável interesse público do acontecimento, se expostos os motivos do ato. *Conquanto os motivos tenham sido informados em entrevista com o vereador responsável pela propositura, basicamente são os mesmos desta*. E, nesse caso, estava o réu autorizado pela lei (art. 27, II e III, da Lei de Imprensa) a reproduzir os motivos da referida propositura. Tudo revela que não houve nenhum propósito ofensivo por parte do réu, mas de informar a população sobre o que ocorria na cidade. Não pode ser visto nessa atuação qualquer extrapolação dos limites constitucionais do direito de informar.
> [...] Não está caracterizado um exercício abusivo do direito de informar. *Não pode estar em discussão se eram ou não verdadeiros os fatos imputados à autora, e o jornal não tinha necessidade alguma de verificar a veracidade desses fatos. O que realmente interessava para a notícia é que esses fatos, verdadeiros ou não, serviram de motivo da cassação da honraria concedida à autora.* A notícia, portanto, enfocava um fato inédito, tanto que a manchete não chama a atenção para as acusações do vereador contra a autora, mas, contrariamente, chama a atenção para o inusitado: 'Juíza devolve título em Cruzeiro'. E a notícia começa com a informação de que a autora devolveu o seu título de Cidadão Cruzeirense, prossegue com os motivos para tal atitude, já de amplo conhecimento público, e finaliza com a informação do desinteresse da autora em prestar ao público os esclarecimentos que reputasse convenientes, pois que 'tomou as medidas judiciais contra o vereador' (fls. 13).
> *Enfim, a cassação da honraria concedida à autora foi um acontecimento que pode ser considerado histórico para a cidade, e a informação não se mostraria completa se não acompanhada dos motivos que levaram os vereadores da cidade a aprovar um ato dessa natureza.* A população tinha o direito de ser informada das razões do ato, pois afinal, envolvia figura pública de grande influência moral na cidade. *E os motivos, ruins como realmente são para a imagem e reputação de uma pessoa de bem, não os criou o jornal. Foram criados no parlamento, que o jornal apenas divulgou.*
> Até o ponto em que a imprensa divulga fatos contidos em relatórios, pareceres, decisões, projetos e atos do Poder Legislativo, de maneira fiel e sem demonstrar má-fé, não se pode pensar em fato ilícito. A lei, aliás, prevê expressamente que uma divulgação dessa natureza não constitui abuso no exercício da liberdade de informação, desde que, contendo injúria, calúnia ou difamação, sejam fiéis e feitas de modo que não demonstrem má-fé (art. 27, I e II, e seu parágrafo único, da Lei de Imprensa). [...]
> Está bem caracterizado que o réu não teve nenhum propósito ofensivo. A notícia não faz qualquer comentário ou juízo de valor sobre os fatos que o vereador imputa à autora na entrevista, e que são basicamente os mesmos que o vereador utilizou para justificar o seu projeto de cassação da honraria. A notícia marca-se pela moderação e não há nenhum apelo ao sensacionalismo [...].[926](grifo nosso)

Em outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, pronunciada na Apelação Cível nº 210.334-1/4, tendo como relator o Desembargador Walter Morais, o judiciário paulista acatou integralmente a teoria da reportagem neutra, embora não fizesse menção a ela.

O caso concreto analisado pelo tribunal paulista envolveu uma série de matérias veiculadas pelo Jornal Folha de São Paulo a respeito do assassinato de um ex-investigador policial que já havia procurado anteriormente o jornal com a intenção de denunciar crimes cometidos por policiais. Em razão da série de reportagens veiculadas pelo mencionado jornal fazer menção a alguns delegados, esses policiais ajuizaram ação contra o meio de informação

---

[926] Apelação nº 72309.4/7. Relator: Ruiter Oliva. Data do julgamento: 30 de março de 1999.

objetivando indenizações por danos morais e materiais. Após proferida a sentença de primeiro grau, favorável aos policiais, tanto os policiais quanto o jornal entraram com recurso de Apelação. Os primeiros visavam aumentar o valor da indenização fixada em primeiro grau, o jornal objetivava a modificação integral do julgado. Diante da complexidade dos fatos, torna-se necessário a transcrição dos mesmos em detalhes. É o que se passa a fazer.

Tais reportagens tiveram início com a notícia da morte do investigador Pedro Antônio da Silva, o qual, quinze dias antes de morrer, teria procurado o jornal para denunciar que tinha documentação "[...] que poderia comprometer vários policiais". O título principal da primeira reportagem, assinada pelo jornalista Cláudio Júlio Tognolli, era "Investigador que denunciou policiais é morto", vindo na sequência o subtítulo da reportagem local, "Policial era problemático".

A notícia principal informava que o investigador morto já havia sido acusado, em 1985, por Anísio Carlos dos Santos do roubo de cinco aparelhos de videocassete, razão pela qual fora afastado de suas funções, mas que, em 6 de dezembro de 1989, o acusador encaminhara carta à Secretaria de Segurança, com cópia para a Polícia Federal, retirando as acusações, na qual dizia ter sido pressionado por policiais a incriminar Pedro Antônio. Na mesma carta, acusava "[...] um delegado identificado como 'Dr. Coji' de tê-lo pressionado para denunciar o investigador." Na sequência, com o subtítulo "Policial Problemático", vieram declarações do diretor da Corregedoria da Polícia Civil de São Paulo informando que o investigador morto era "um homem problemático" que "[...] fingia ser desequilibrado e tinha ocorrência em seu currículo policial, como disparo de arma de fogo e acusação de roubo de filmadoras e videocassetes".

Sobre a causa da morte do investigador, o jornal estampava a seguinte declaração do diretor da Corregedoria da Polícia Civil de São Paulo: "[...] o homem que está nesse mundo irregular sempre corre riscos. Silva Filho mexia com fogo"; a mesma autoridade informou que Silva Filho estivera preso e fugira do presídio. Por fim, afirmou "[...] que o processo judicial que apura a culpa de Silva Filho no caso do roubo dos videocassetes ainda está em andamento".

Na segunda reportagem sobre o assassinato do investigador Pedro Antônio da Silva Filho, sob responsabilidade "da reportagem local", intitulada "Advogado afirma que assassinato do investigador da Polícia Civil Pedro Antônio da Silva Filho foi 'queima de arquivo'", está dito: "[...] o advogado Roberto Von Haydin disse ontem que o assassinato do investigador da Polícia Civil Pedro Antônio da Silva Filho foi 'queima de arquivo'." A seguir, veio narrada pelo meio de comunicação, na versão apresentada pelo referido advogado, a sua

morte, sem referência à participação de qualquer policial: “[...] eles falaram um pouco, não pareciam ladrões, estavam bem vestidos e pareciam policiais”. A seguir a reportagem fala da acusação feita em 1985 por Anísio Carlos dos Santos (com o esclarecimento: “que está desaparecido”) contra Silva Filho e fala de outros dois processos semelhantes, também com o envolvimento de Pedro Silva Filho (em curso na 1ª e 16ª Varas Criminais) e termina por informar que, em 6 de dezembro anterior, Anísio Carlos dos Santos voltaria atrás em sua denúncia, por meio de carta encaminhada à Secretaria de Segurança, a Polícia Federal e a três advogados , carta que o jornal publicava na mesma edição. Depois da notícia, vinha a nota de rodapé “Leia mais”, abaixo da qual, em letras miúdas, lia-se “sobre o envolvimento de policiais com o contrabando na Pág. C-4”. Na referida página C-4 vinham trechos da carta atribuída a Anísio Carlos dos Santos Filho,com referência a um tal de “Dr. Coji, um delegado japonês”, o qual queria, de toda maneira, que ele “reconhecesse o investigador Pedro Antônio”. Na apresentação dos trechos da carta, o jornal, sob a responsabilidade “da reportagem local”, esclarece: “[...] nenhum dos telefones citados na carta de Anísio Carlos dos Santos Filho atendeu ontem aos chamados da reportagem da Folha.” O delegado Fernando Costa, que é acusado na carta de ter feito um acordo com os contrabandistas, não foi encontrado ontem na delegacia onde trabalha ou em sua casa, em São Caetano do Sul. Atualmente, ele é o responsável pela 1ª Delegacia Anti-Sequestro do Departamento de Homicídios e Proteção a Presos.

Na terceira reportagem sobre o tema, veiculada em 29 de janeiro de 1990, a notícia, “da reportagem local”, tinha o seguinte título: “Família diz que policial morto vivia sob terror; acusados negam denúncias”. Diz a reportagem que “Silva Filho, 39, era acusado de estar envolvido em roubo de equipamentos eletrônicos contrabandeados e saberia da participação de outros policiais”. Acrescentava:

> Segundo sua mulher, Eunice Alves Filho, 39, ele falou várias vezes que tinha medo de um ‘delegado japonês’ que queria prejudicá-lo. Eunice acredita que esse policial seja Choji Miaki, delegado da Corregedoria da Polícia Civil. Miaki era o encarregado do inquérito que apurava a participação de Silva Filho no roubo de cinco videocassetes em 1985. Silva Filho foi morto, segundo familiares, porque “sabia demais e estava disposto a contar tudo.

Mais:

> [...] o delegado Miaki teria forçado o ex-mecânico Anísio Carlos dos Santos Filho, que está desaparecido, a incriminar o investigador morto no caso dos videocassetes, segundo carta do próprio Santos Filho, enviada à Secretaria de Segurança Pública, à Polícia Federal, a três advogados e à Folha no dia 6 de dezembro último. O delegado Miaki não foi encontrado pela Folha para responder às acusações.

Na mesma reportagem, foram divulgadas as explicações do delegado Fernando Costa, "[...] também citado na carta de Santos Filho como um dos policiais que o forçaram a acusar o investigador morto". Para o delegado ouvido, as acusações contra ele eram "absurdas". Esclareceu a reportagem:

> [...] com relação às acusações que Santos Filho faz contra o delegado Choji Miaki, que segundo o ex-mecânico teria estado no Fórum e feito ameaças para que ele incriminasse o investigador, Costa disse que o delegado só estava no Fórum porque 'ele foi arrolado no processo contra o investigador como testemunha de defesa, mas acabou sendo dispensado'.

No mesmo jornal (29 de janeiro de 1990) há notícia, "da reportagem local", intitulada "documento de ex-mecânico aponta 9 crimes", traz fotografia que seria do advogado Roberto Von Haydin mostrando "a marca de tiro que matou o policial", e ainda há reportagem assinada por Fernando Lancha, sob o título " Casa citada na carta é misteriosa".

Na edição de 30 de janeiro de 1990, o jornal trouxe, "da reportagem local", a notícia intitulada "Federal investiga contrabando entre policiais", na qual se lê: "A Polícia Federal vai começar a investigar o caso porque segundo denúncia de Anísio Filho, haveria envolvimento de policiais civis em contrabando, falsificação de documentos e remessa ilegal de divisas para o exterior." Anísio acusava na carta remetida à Justiça os delegados Choji Miaki, Fernando Costa e os policiais Luiz Carlos Barreti e Ernesto Antônio Barreti Filho. Todos os policiais negam as acusações. O Delegado-Corregedor de Polícia Civil, Guilherme Santana Silva considera as acusações "absurdas" porque Anísio Filho "não é homem de credibilidade, devido à sua ligação com o contrabando". Mesmo assim Guilherme Santana iniciou investigações sobre o caso. Ontem às 16h ele se reuniu com o secretário de Segurança Pública, Luiz Antônio Fleury Filho, que pediu à Corregedoria "esclarecimento do crime". Mais uma vez a reportagem informou que Anísio Silva estava desaparecido. Na mesma página, também "da reportagem local", aparece a notícia "Ficha criminal relata condenação por roubo de videocassetes em 87", em que se fala da ficha criminal de Pedro Antônio da Silva Filho, com "quase um metro de comprimento".

Em 1° de fevereiro, sob chamada, em letras menores, "o assassinato do investigador", "da reportagem local", a notícia sob o título "Ex-mecânico não se apresenta pra depor". Nela, lê-se "o ex-mecânico Anísio Carlos dos Santos Filho deveria se apresentar ontem para falar com o Delegado Corregedor da Polícia Civil de São Paulo, Guilherme Santana, mas não apareceu"; mais adiante: "[...] o Delegado Santana disse ontem que o ex- mecânico, em uma ligação telefônica, afirmou que não escreveu nenhuma carta denunciando policiais e a existência de armazéns com produtos contrabandeados". Mesmo assim o delegado corregedor

disse que as denúncias da carta “que agora passou a ser anônima” serão investigadas; também se lê:

> [...] o delegado Fernando Costa da Delegacia Anti-Sequestro, e o ex-escrivão Luiz Carlos Barreti foram notificados pela Corregedoria de Polícia que devem dar explicações sobre as denúncias feitas na carta. O delegado Choji Miaki, outro acusado por Anísio, que trabalha na Corregedoria, já prestou explicações a Santana e disse que as acusações são ‘absurdas’.

Em síntese: um ex-investigador policial procura o jornal e se diz ameaçado por saber muitas coisas. Deixa uma cópia da carta que um acusador seu teria encaminhado às autoridades policiais retirando a acusação e acusando outros policiais por outros fatos. Quinze dias depois, o investigador policial é morto nas proximidades do escritório de seu advogado. O jornal divulga o fato, anuncia as dúvidas da família e do advogado da vítima a respeito da morte violenta do ex-policial, e divulga a carta que uma testemunha que outrora incriminara o ex-policial teria enviado à chefia da polícia retirando a acusação anterior, com referências comprometedoras a outros policiais, entre eles, os autores. A mesma testemunha, porém, posteriormente aparece e diz que não assinou a tal carta, os autores, julgando-se prejudicados em sua boa fama pela série de reportagens, querem indenização pelo dano moral sofrido, uma vez que o jornal não se preocupou em aprofundar-se na investigação dos fatos e na origem da carta cuja cópia lhe chegou às mãos. O douto julgador de primeira instância acolhe a pretensão dos autores.

Ao decidir o caso, o TJSP afirmou que:

> Primeiramente, tenha-se presente que (a) o ex-investigador foi morto a tiros: (b) quinze dias antes comunicara ao jornal o teor da carta da testemunha que o incriminasse e na qual os autores são apontados como personagens de uma ‘jogada’ para favorecer contrabandistas de produtos eletrônicos (v. Declarações de fls. 198/199 e 200/202, assim como teor da primeira notícia a fl. 55; (c) a carta realmente existiu (fls.13/20 e 78/85) e motivou providências administrativas (fl. 21/25).
>
> Era dever do jornal investigar o que de fato estava acontecendo e divulgar ao conhecimento público as notícias das quais se tornara conhecedor, sob pena de negar-se a si próprio como jornal. Como se nota pelos aspectos das reportagens referidos acima, não houve precipitação do repórter que desde a reportagem de 27 de janeiro de 1990, já fazia menção a contato com o ‘Diretor da Corregedoria da Polícia Civil de São Paulo’, trazendo, desde logo, ao conhecimento dos leitores, as suas explicações. O Delegado Antônio Fernando Costa chegou a ser ouvido e suas declarações foram publicadas em 29 de janeiro de 1990 (fl. 58). As reportagens, quando não ouvidos os autores, esclareceram não terem eles sido encontrados para prestar declarações, o que os resguardava. Também foi sendo apresentado um perfil do ex-policial morto que, desde o início da reportagem, permitia ao leitor saber que se tratava de pessoa no mínimo ‘problemática’. Em nenhum momento o jornal, nas reportagens trazidas aos autos, encampou as acusações que teriam sido feitas por meio da carta já referida ou pudessem ser inferidas a partir dela. O jornal apenas expôs os fatos. Quanto as manchetes, não visavam a induzir o leitor à condenação dos autores mas, jornalisticamente, apresentar possível liame entre a morte do ex-investigador e o seu conhecimento a respeito do envolvimento de outros policiais com contrabandistas (não necessariamente os autores), liame que à polícia caberia investigar. Em nenhum momento, porém, o repórter atribuiu aos autores qualquer ligação com os contrabandistas ou com a morte de ex-policial.
>
> Em seu depoimento, o Delegado Corregedor da Polícia Civil confirmou ter prestado as declarações constantes de fls. 55 e 60 (v. f. 195), o que bem confirmam as diligências do

> repórter no sentido de obter informações e a versão dos policiais. O fato de Antônio Fernando Costa também ter prestado declarações corrobora tal procedimento do repórter. De acolher-se, pois, a explicação do repórter de que Choji Miyake não quis contato com a imprensa (v. fls. 200/202). Quanto à testemunha Anísio Carlos dos Santos Filho que era tida como autora da carta cuja cópia veio a fls. 13/20 e 78/85, as reportagens esclareciam tratar-se de pessoa que estava desaparecida. O ânimo do repórter foi o de narrar os fatos, deixar aberta a possibilidade de ligação entre eles, mas também deixar claro que tudo devia ser e estava sendo objeto de apuração pelas autoridades competentes. Não exorbitou o jornal de sua função de informar.

Em outro trecho da decisão, acrescentou o TJSP:

> Tratando-se os autores de autoridades policiais, estão, sem dúvida, sujeitos a acusações infundadas, que mesmo assim, demandam apuração, no âmbito administrativo. Se à imprensa incumbe o papel de fiscalizar o bom exercício das funções públicas, as quais são desempenhadas a serviço da sociedade, não se pode chamar de abusiva sua ação de divulgar fatos dos quais tinha tomado conhecimento e que poderiam revelar a existência de falhas na administração pública ou mesmo crime cometido por funcionário público, desde que não estivesse a acusar ninguém mas só apontar, fundada em fatos já constatados, a existência de obscuridades que deviam ser esclarecidos pelas autoridades competentes. É como se torna possível conciliar a liberdade de imprensa com o respeito à boa fama das pessoas exercentes de cargos públicos. Fossem os autores cidadãos comuns e maior rigor haveria de exigir-se do jornal na divulgação dos fatos: autoridades públicas que são, no entanto, a publicação circunspecta dos fatos e das providências para apurá-los era dever da imprensa, pois o interesse público de que os fatos fossem apurados sobrelevava ao interesse privado dos autores de manterem intocada sua imagem por notícia que, tenuamente, podia deixá-los sob suspeita de envolvimento com contrabandistas. É um dos ônus do exercício da função pública, tanto maior quanto maior for a responsabilidade do cargo e mais poderosos sejam os interesses contra os quais o funcionário tenha que combater.
> Aliás, no item 9 de sua apelação (fls. 274 dos autos), a ré informa, sem desmentido da parte contrária, que a série de reportagens encerrou-se com a reportagem de 2 de fevereiro de 1990, cujo título era ‘Comerciante nega ter escrito carta no caso do investigador assassinado’, o que já fora esclarecido no fim do item 14 de seu memorial (fls. 228 dos autos). Nota-se que o desmentido acontecera no dia anterior (v. fl. 150). Não houve, pois, ato ilícito praticado pela proprietária do jornal ou pelo jornalista.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 208.685-1, Rio de Janeiro, algumas diretrizes da teoria ora abordada parecem também ter sido adotadas.

Nesse RE, o STF analisou uma ação ajuizada pelo Juiz Trabalhista José Maria de Mello Porto em face da colunista do Jornal do Brasil Danuza Leão. A ação objetivava reparação por danos morais em razão de a colunista do JB divulgar a seguinte informação em sua coluna:

> Você conhece aquele primo do ex-presidente Collor, José Maria de Mello Porto, que preside o TRT e é acusado de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência?
> Então: ele já contou a amigos que quer arrumar um partido para se candidatar ao governo do Rio. Já tem até taxistas com adesivos, para começar a campanha.

A notícia veiculada na coluna do Jornal do Brasil apenas reproduzia uma acusação formalizada e apresentada ao Tribunal Superior do Trabalho pela FENASJUFE – Federação Nacional dos Sindicatos dos Servidores da Justiça Federal, não tendo, pois, a colunista criado

nada de novo a respeito do assunto, mas tão somente veiculado informações relatadas por terceiros, a FENASJUFE.

O voto condutor do acórdão recorrido, vislumbrando conflito entre dois princípios fundamentais, o direito à informação (CF, art. 220) e a inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X), entendeu que o direito à intimidade encontra-se situado em patamar superior ao da liberdade de informação, admitindo o dano moral por entender que a notícia veiculada pela recorrente teria ofendido a honra objetiva e subjetiva do recorrido.

Analisando o caso em grau de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal, através da relatora do julgado proferido pela Segunda Turma do Tribunal, Ministra Ellen Gracie, decidiu que:

> Impende observar, entretanto, que não há, na verdade, conflito entre os mencionados princípios constitucionais, mesmo porque não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um. A solução, portanto não pode deixar de lado os conhecidos princípios da razoabilidade e ponderação dos bens envolvidos. Na espécie, o dano moral pretendido pelo recorrido somente se justificaria se positivado o abuso do direito de informar. Ora, o próprio voto condutor do acórdão recorrido (fl. 480) reconhece que a acusação de *mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência* constou de um dossiê elaborado por um sindicato e que foi encaminhado ao TST. A notícia veiculada no texto jornalístico reproduziu, tão-somente, essa acusação devidamente formalizada junto ao TST para fins de investigação. O texto jornalístico tido como lesivo à honra do recorrido estava, portanto, sob a proteção do art. 220 da Constituição Federal. (grifo do autor)

Ora, se a acusação de desvio de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência havia sido feita por um terceiro (a FENASJUFE), a uma pessoa pública (o presidente do Tribunal Superior do Trabalho), a imprensa tem o direito (dever) de divulgar, de forma neutra, essa notícia em seu periódico sem ter de se preocupar com a veracidade da informação, levando-se em consideração o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público. Essa atuação da imprensa (de forma neutra), portanto, não pode gerar-lhe responsabilidade civil e/ou penal.

Em outro caso também julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a mesma ministra, Ellen Gracie, algumas diretrizes da teoria da reportagem neutra foram mais uma vez acolhidas pela Corte.

Nesse caso, o advogado Léo Vinícius da Rosa Araújo, representando a parte Maria Luiza Barbosa Rangel em uma ação de manutenção de posse, teria se recusado a participar de uma audiência realizada na 1ª Vara Cível do Foro Regional da Tristeza, em Porto Alegre, após descobrir, logo no início da audiência, que o jovem senhor que conduzia a audiência não era o juiz, mas o secretário da juíza.

Em razão desse fato, o mencionado advogado representou contra a juíza perante a Corregedoria-Geral da Justiça e o teor dessa representação feita à Corregedoria foi transmitida, pelo advogado representante, a Marco Antônio Birnfeld, jornalista, que a publicou na coluna “Espaço Vital” do Jornal do Comércio.

O Ministério Público considerou a veiculação da notícia difamatória e denunciou o advogado autor da representação feita à Corregedoria e o jornalista que veiculou o acontecimento pela imprensa como co-autores do crime de difamação (Lei de Imprensa, art. 21).

O jornalista, então, inconformado com a denúncia, impetrou *habeas corpus* objetivando o trancamento da ação penal. Esse *writ* foi indeferido pela Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul, motivo pelo qual o mencionado jornalista o ajuizou no Supremo Tribunal Federal.

No STF, a ação penal ajuizada por difamação foi trancada, entendendo o Tribunal, pela ministra relatora (Ellen Gracie), que:

> A tese, sustentada no parecer do Ministério Público Federal, de que seria prematuro abstrair do Juízo Criminal competente, desde logo, a oportunidade de produção e análise de todas as provas que venham ser necessárias para a completa elucidação dos fatos aplica-se, quando muito, ao advogado, também denunciado, mas não ao ora paciente, que é jornalista.
> Ao tomar conhecimento da representação, regularmente formalizada perante a Corregedoria-Geral da Justiça, e divulgá-la, pela imprensa, exatamente nos limites do que narrado, e sem qualquer excesso ou abuso no direito de informar, o jornalista nada mais fez que exercitar um direito constitucional. Não poderia, portanto, sofrer os percalços de uma ação penal sem qualquer respaldo legal [...].

Em conclusão, pode-se afirmar que, com a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, têm-se concretizado os seguintes *standards* de julgamento.

Primeiro standard: diante de uma informação de interesse público, envolvendo uma pessoa pública ou a uma pessoa privada envolvida em um tema de interesse público, sendo a informação prestada por uma pessoa (física ou jurídica) digna de credibilidade, os meios de comunicação têm o direito de veicular essa matéria sem se preocupar com a sua autenticidade, desde que essa notícia identifique a fonte de informação e veicule a notícia de forma absolutamente neutra.

Esse *standard* decorre de dois fatores já mencionados acima: de o direito de o público saber dos assuntos de interesse público e do fato de os meios de comunicação terem o dever institucional de informar a respeito dos assuntos de interesse público.

Assim, ao veicularem uma informação prestada por terceiro digno de credibilidade e relacionada a um homem público ou a uma pessoa privada relacionada a um tema de interesse

público, a mídia apenas está exercendo legalmente o seu dever institucional de informar à sociedade dos assuntos de interesse público, observando fielmente o direito que a sociedade tem de saber desses assuntos, não havendo, portanto, nenhum abuso no dever de informar.

Não havendo abuso no dever institucional de informar, não se configura a prática de fato ilícito culposo por parte da mídia, requisito imprescindível para responsabilização (civil ou criminal) do meio de comunicação.

Por outro lado, como a divulgação da notícia falsa pode ter causado danos a alguém, cabe à pessoa atingida negativamente pela reportagem ajuizar ação de reparação de danos em face do autor das afirmações feitas à imprensa. Essa pessoa, o autor das informações, é que praticou o ato ilícito, fato gerador da responsabilidade civil pelos danos causados, não a mídia, que apenas veiculou as informações de interesse público de maneira imparcial.

A mídia, com a veiculação da notícia, em verdade, não contribuiu para a divulgação da informação falsa, mas apenas exerceu licitamente o seu dever constitucional de informar à sociedade dos assuntos de interesse público, observando fielmente o direito que a sociedade tem de saber de informações dessa natureza. Devida à enorme credibilidade da fonte de informação, a mídia, assim como o homem médio, não estava obrigada a realizar diligências para mostrar a observância de seu dever objetivo de cuidado. Não agindo com culpa, requisito da responsabilidade civil subjetiva, não há como impor que a mídia repare os danos causados a partir da veiculação da notícia falsa.

Segundo standard: assim como já fez o Tribunal Constitucional da Espanha em relação ao tema, o tratamento concedido as declarações feitas por terceiro devem ser diferenciadas pela mídia a partir da natureza do informante: pessoa pública ou pessoa privada.[927]

Quando a informação de interesse público e que atinge negativamente a uma pessoa pública ou a uma pessoa privada relacionada a um tema de interesse público é afirmada por uma pessoa pública, mesmo que o jornalista considere a informação como falsa ou tenha sérias dúvidas a respeito de sua falsidade, ele terá o direito de informar à sociedade a respeito dos fatos declarados. Assim, por exemplo, a imputação de graves irregularidades praticadas por um membro do governo anunciadas pelo chefe da oposição seria uma notícia digna de ser publicada, ainda que fossem públicas e notórias as falsidades dessas imputações.

---

[927] STC 232/1993.

Nas hipóteses em que as declarações que serviram de base para a reportagem neutra originam-se de pessoas privadas, resulta conveniente distinguir as situações em que as declarações constituem uma comunicação de fatos das que expressam opiniões ou ideias.[928]

No primeiro caso, somente se o jornalista não conhecer a falsidade das declarações emitidas pelo particular ou não tiver indícios que apontem para esse caminho, ele poderá se valer do privilégio da reportagem neutra.

No segundo caso, a) se a opinião estiver relacionada com um fato concreto, verdadeiro e de interesse público, mesmo que a valoração do mesmo contenha expressões injuriosas que possam lesionar a honra de alguém, o jornalista que a divulgar poderá se valer da reportagem neutra. Neste caso, a causa da ofensa (injúria) não foi o exercício do direito à livre informação por parte de quem elaborou a reportagem neutra, mas sim por quem efetivamente fez as injúrias e se encontra completamente identificado pela reportagem; b) no caso da reportagem neutra que reproduz uma ideia manifestada por uma pessoa privada, a situação é de fácil solução, uma vez que em nenhum caso poderá haver interesse público de uma simples ideia que, sem aduzir qualquer dado interessante, dedique-se a injuriar; e, c) no caso em que a reflexão não inclua elementos que permitam qualificá-la como injuriosa, não pode ser relevante para a opinião pública, tratando-se, pois, de mera anedota.[929]

7.5 **Os padrões de defesa *Reynolds* (Inglaterra) e *Lange* (Austrália) como critérios objetivos a serem utilizados para identificar a atuação culposa ou dolosa do jornalista que divulga uma informação de interesse público falsa**

Já vimos que, no Brasil, a responsabilidade do jornalista é subjetiva. Feita a publicação de uma informação de interesse público, mas falsa, o ofendido pela matéria que foi divulgada pelo meio de comunicação terá que provar a atuação culposa ou dolosa do jornalista para obter êxito em uma ação que busca a reparação dos danos (materiais e morais) causados pela reportagem.

Acolhida a teoria da *actual malice*, no Brasil, os padrões de defesa *Reynolds* e *Lange* podem ser aplicados como critérios objetivos capazes de ajudar a identificar as situações que configuram a atuação culposa ou dolosa por parte dos jornalistas.

---

[928] DE DOMINGO; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, p. 180.
[929] *Ibidem*, p. 184.

Segundo essas defesas, se a matéria veiculada pela mídia é de interesse público, porém, falsa, alguns critérios objetivos podem ser levados em consideração para identificar se o jornalista se comportou de forma irresponsável na divulgação da matéria, representando essas teorias, assim, enorme relevância como critérios complementares à teoria da *actual malice.*

Se a teoria da *acutal malice* consegue afirmar que o jornalista só será responsável por perdas e danos se agiu com culpa grave ou dolo ao divulgar a informação falsa, os padrões de defesa *Reynolds* e *Lange* conseguem trazer a lume critérios objetivos que devem ser analisados e sopesados para responder, diante de um caso concreto, se o jornalista agiu com dolo ou culpa (grave, leve ou levíssima) ao divulgar a informação falsa.

Segundo o padrão de defesa *Reynolds*, diante de um caso concreto de divulgação de uma reportagem de interesse público, mas falsa, o juiz, ao analisar a conduta do jornalista, terá que levar em consideração alguns critérios objetivos para verificar se o profissional agiu com dolo ou culpa (grave, leve ou levíssima) ao veicular a matéria:

> 1. A seriedade da alegação. A mais perigosa acusação, a que mais dá informações erradas ao público e a que causa mais dano, é a informação que não é verdadeira.
> 2. A natureza da informação e a extensão a qual o sujeito-assunto é uma matéria de interesse público.
> 3. A fonte da informação. Alguns informantes não têm um direto conhecimento do evento. Alguns têm um desejo de promover o assunto ou alguns são pagos para contar a história.
> 4. Os passos dados para verificar a informação.
> 5. O status da informação. A alegação pode já ter sido objeto de uma investigação ordenada a respeito.
> 6. A urgência da matéria. Notícia geralmente é uma mercadoria perecível.
> 7. Se foi solicitado ao querelante algum comentário. Ele pode ter outras informações ou não possuí-las ou não ter revelado. Uma aproximação do querelante não será sempre necessária.
> 8. Se o artigo contém a parte principal da explicação ou versão do querelante.
> 9. O tom do artigo. Um jornal pode levantar uma questão ou chamar por uma investigação. Ele precisa não adotar as alegações como declarações de fato.
> 10. As circunstâncias da publicação, incluindo o *timing.*

Cada um dos dez fatores mencionados acima é importante para verificar se o jornalista se comportou de forma responsável ou irresponsável, variando o peso de cada um dos fatores de caso para caso. A decisão em torno da conduta do jornalista (se responsável ou não) será extraída a partir do sopesamento entre os citados dez fatores objetivos diante de todas as circunstâncias do caso concreto, representando os fatores indicados acima, assim, a essência do jornalismo responsável, conforme afirma Richard Stone[930].

Por sua vez, para o padrão de defesa *Lange*, se a publicação envolve matéria de interesse público, mas é falsa, em sendo razoável a publicação, o jornalista só será

---

[930] STONE, R., *op. cit.*, p. 454.

responsável se ficar evidenciada a culpa ou dolo, sendo a publicação razoável nas seguintes hipóteses: (a) se o responsável pela matéria não tinha conhecimento a respeito da falsidade do material publicado; (b) que, ao publicar o material, o responsável não tenha agido com negligência em relação à veracidade da matéria a ser publicada; e (c) que o jornalista tenha dado oportunidade à pessoa atingida pela reportagem para contar sua versão sobre os fatos, desde que haja essa possibilidade.[931]

Esse padrão de defesa também elenca alguns fatores objetivos que poderão ser levados em consideração na hora de ponderar se a atuação do jornalista ao divulgar uma matéria de interesse público falsa foi ou não responsável, destacando-se aqui o critério trazido na alínea "c", que representa a necessidade de o jornalista responsável, em regra, dar oportunidade à pessoa atingida negativamente pela reportagem para que ela possa contar sua versão a respeito dos fatos.

Em conclusão, podem-se firmar os seguintes *standards* a respeito dos critérios de defesa *Reynolds* e *Lange*, em complemento à teoria da *actual malice*.

Primeiro standard: se a responsabilidade do jornalista é subjetiva, a culpa do profissional de imprensa deverá ser analisada a partir do sopesamento de alguns critérios objetivos, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso concreto.

Os critérios objetivos a serem levados em consideração para verificar se a atuação do jornalista foi responsável são os seguintes:

Primeiro critério: verificar se a informação é verdadeira ou falsa;

Segundo critério: verificar a natureza da informação. A informação é de interesse público ou não? Em sendo de interesse público, o que a qualifica como uma informação, pensamento ou ideia de interesse público?

Terceiro critério: analisar a fonte de informação do jornalista. O informante tinha um conhecimento direto em relação ao evento? A fonte de informação é confiável (imparcial) ou tinha interesse nos fatos anunciados?

Quarto critério: quais os passos dados pelo jornalista até divulgar a informação? Realizou diligência objetivando identificar a veracidade da informação, ouviu outras pessoas que tinham conhecimento em relação aos fatos a serem anunciados?

Quinto critério: analisar o status da informação. A informação já foi objeto de investigações anteriores, já foi objeto de ação já julgada ou em curso?

---

[931] A respeito, veja-se: COLLINS, *op. cit.*, p. 143.

Sexto critério: a divulgação da matéria exigia uma certa urgência sob pena de perda de seu interesse. A notícia a ser veiculada poderia ser considerada uma mercadoria perecível a ponto de autorizar a supressão de algumas diligências?

Sétimo critério: o jornalista deu oportunidade à pessoa atingida negativamente pela reportagem para que pudesse contar sua versão a respeito da notícia? Essa oportunidade a ser concedida ao ofendido pela publicação da notícia era possível diante das circunstâncias do caso concreto?

Oitavo critério: após o jornalista conceder oportunidade ao ofendido para apresentar sua versão a respeito dos fatos, a versão do ofendido foi publicada pela imprensa? Em caso de ter sido publicada, essa versão ganhou um destaque idêntico a outras versões apresentadas?

Nono critério: analisar o tom do artigo publicado. A matéria publicou a informação como uma verdade absoluta, com um tom acusatório ou apenas relatou os fatos identificados pelo jornalista?

Décimo critério: analisar o *timing* da reportagem, verificando quais eram as circunstâncias fáticas que vigoravam no momento da publicação do artigo.

Todos esses critérios a serem analisados à luz do caso concreto podem tranquilamente, de uma forma bastante objetiva, identificar se o jornalista, ao divulgar a matéria, agiu com responsabilidade ou não, autorizando a aplicação da teoria da *acutal malice* na solução do conflito.

Em conclusão, com a recepção da teoria da *actual malice* e dos padrões de defesa *Reynolds* e *Lange* pelo Direito Constitucional Brasileiro, tem-se a fixação de parâmetros objetivos para responder a diversos questionamentos.

Primeiro questionamento: caso a imprensa divulgue uma informação falsa capaz de causar danos a outrem, a imprensa será responsabilizada por sua conduta?

Resposta: Depende. Com base na *teoria da actual malice*, se a imprensa agiu com dolo ou culpa grave, ela será responsabilizada civilmente pelos danos causados, devendo repará-los através de uma indenização que pode ser pecuniária. Cabe ao ofendido provar a culpa grave ou dolo do jornalista para conseguir êxito na ação de reparação de danos que foi proposta.

Se o jornalista agiu com culpa leve ou levíssima e sua conduta produziu danos à vítima, a imprensa deverá reparar o dano causado disponibilizando um espaço em seu informativo para retificar a notícia falsa ou para garantir ao ofendido o direito de resposta. O espaço a ser concedido no meio informativo dependerá da intensidade do dano causado ao ofendido, garantindo-se assim uma reparação integral do dano causado pela veiculação da notícia falsa.

Caso não se verifique culpa ou dolo na conduta do jornalista, não há a obrigação de indenizar, uma vez que a responsabilidade do jornalista é subjetiva. Há, todavia, a possibilidade de se aplicar o direito de resposta ou a retificação da notícia com base na equidade. O próprio meio de informação deve estar interessado em retificar notícias falsas, garantindo-se, assim, sua credibilidade perante a sociedade.

Como saber se o jornalista, ao divulgar a notícia falsa, agiu com dolo, culpa grave ou culpa leve (ou levíssima)?

Para isso, o aplicador do direito deve levar em consideração os fatores objetivos elencados pelas defesas *Reynolds* e *Lange*, objetivando, assim, identificar os passos dados pelo jornalista até o momento em que decidiu publicar a notícia. Analisando todos os fatores objetivos apresentados pelas defesas *Reynolds* e *Lange* e ponderando-os de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o aplicador do direito terá como identificar e classificar a culpa do jornalista de forma muito mais objetiva.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, várias questões envolvendo o tema liberdade de expressão foram amplamente discutidas. Seria cansativo repetir, neste momento, todas as discussões travadas. Assim é que buscamos agora apenas elencar algumas conclusões importantes a respeito do tema de forma bem resumida, sem o compromisso de abranger todos os detalhes do trabalho.

1. A liberdade de expressão deve ser entendida a partir de uma visão dual ou diferenciadora. Assim, a liberdade de expressão em sentido amplo é capaz de abranger tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto a liberdade de informação, referindo-se a primeira a pensamentos, idéias, opiniões. A segunda, a liberdade de informação, refere-se a fatos, estando, portanto, condicionada à verdade.

2. Por sua vez, a liberdade de imprensa consiste numa das formas de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo, pois, tanto a liberdade de informação quanto a liberdade de expressão em sentido estrito.

3. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito fundamental, sendo várias as justificativas capazes de considerá-la como tal. Entre as justificativas apresentadas, umas consideram a liberdade de expressão como um meio necessário para alcançar um fim, outras a consideram como um fim em si mesmo. No que tange ao primeiro bloco de argumentos, a liberdade de expressão é justificada em razão de ser um meio importante para a descoberta da verdade, para a realização do processo democrático ou para manter a estabilidade e a paz social. Para os que a entendem como um fim em si mesmo, a liberdade de expressão se justifica em razão de garantir a autossatisfação humana.

4. Todos esses argumentos são importantes e imprescindíveis na análise da liberdade de expressão como um direito fundamental, a ponto de poder se afirmar que a liberdade de expressão é um direito fundamental por múltiplos fundamentos, não sendo nenhum dos argumentos apresentados exclusivos ou excludentes.

5. A liberdade de expressão encontra-se garantida por diversos outros princípios constitucionais, destacando-se alguns deles: dignidade da pessoa humana, igualdade e princípio democrático. A liberdade de expressão é uma forma de manifestação da dignidade da pessoa humana. De outra forma, e quando garantida a todos, expressa um princípio de igualdade. Por fim, não há democracia sem liberdade de expressão.

6. A liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental, é um direito fundamental limitado, havendo discussão se a limitação imposta à liberdade de expressão deve ser interna ou externa, adotando-se neste trabalho a teoria externa.

7. Para a teoria externa, cada um dos direitos fundamentais é limitado pelos demais direitos fundamentais, destacando-se como limite externo ao direito fundamental à liberdade de expressão os direitos da personalidade, extraindo-se, assim, a verdade, a honra e a privacidade ou intimidade como alguns limites à liberdade de expressão.

8. A verdade capaz de limitar externamente o direito fundamental à liberdade de expressão é a verdade subjetiva, não a objetiva. Assim, se a notícia informada pelo meio de comunicação é falsa, mas o jornalista empreendeu todos os esforços necessários à conclusão da notícia, entende-se a notícia veiculada como verdadeira.

9. Os erros meramente circunstanciais não são capazes de afetar a essência verdadeira da informação, pois a verdade deve ser analisada sob uma perspectiva global.

10. Aceitar a tese da veracidade subjetiva da informação significa fazer uma opção em favor do estímulo do fluxo de notícias necessárias à formação da opinião pública.

11. A honra, como limite externo à liberdade de expressão em sentido amplo, é vista como uma decorrência da dignidade da pessoa humana, sendo considerada, ao mesmo tempo, como um direito fundamental autônomo de difícil conceituação.

12. Se a liberdade de expressão em sentido amplo estiver relacionada a um tema de interesse geral (em razão da pessoa ou da matéria), sendo relevante para a formação da opinião pública livre, ela deverá gozar do máximo de eficácia. Por outro lado, é possível afirmar também que a eficácia da liberdade de expressão em sentido amplo restará debilitada (enfraquecida) nas hipóteses em que a informação ou a expressão difundidas estiverem relacionadas a pessoas privadas que não participaram voluntariamente da controvérsia pública.

13. Apesar de serem mencionadas comumente como expressões sinônimas, vida privada e intimidade representam conceitos diversos, porém com a mesma origem – a integridade moral. Enquanto o conceito de vida privada é mais amplo, genérico, o conceito de intimidade é mais restrito.

14. A noção de privacidade e intimidade entendida como o direito de estar só encontra-se superada, devendo ser entendida a privacidade/intimidade hoje como o direito que o indivíudo tem de decidir livremente se deve revelar os seus pensamentos, sentimentos e assuntos reservados para outros.

15. O conflito potencialmente existente entre o direito a privacidade/intimidade e o direito à liberdade de expressão em sentido amplo é de difícil solução, encontrando-se algumas diretrizes boas para solucionar esses conflitos, como: em existindo uma matéria de interesse público, o direito à privacidade/intimidade deve ser tutelado menos intensamente do que nos casos capazes de envolver apenas um tema de interesse privado.

16. Os Estados Unidos adotam expressamente a corrente de pensamento que considera a liberdade de expressão em sentido lato como um direito fundamental preferencial *prima facie* quando em conflito com outro direito fundamental.

17. Há quem admita, entretanto, inclusive no Brasil, a possibilidade de estabelecer uma escala hierárquica, em abstrato, entre os diversos direitos fundamentais, tendo em vista o fato de os direitos fundamentais representarem mera projeção de valores hierarquicamente estabelecidos. Esta teoria não é aceita neste trabalho.

18. A doutrina da *preferred position* da liberdade de expressão adotada nos Estados Unidos só pôde ser construída a partir do princípio do devido processo legal substantivo, ao se fixar, através desse princípio, a razoabilidade do ato normativo constritor do direito fundamental a partir de padrões diferenciados. Assim, se na Era *Lochner* a liberdade contratual e a propriedade foram fixados como direitos fundamentais preferenciais, após o *New Deal*, com a aplicação das doutrinas do *clear and presente danger* (perigo claro e iminente) e da *selective incorporation* (incorporação seletiva), a liberdade de expressão é que passou a ser considerada como um direito fundamenal preferencial (de forma implícita).

19. Somente a partir da nota de rodapé número 4 do voto proferido pelo *Justice* Harlan Fiske Stones no caso *United States v. Carolene Products Co*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 25.04.1938, é que a liberdade de expressão ganhou expressamente o status de direito fundamental preferencial nos Estados Unidos.

20. Logo após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos começaram uma Guerra Fria com a União Soviética, instalando-se em território norte-americano um cenário de medo de todas as coisas comunistas (era do *Red Scare*). À luz desse cenário, a Suprema Corte dos EUA abandonou a doutrina da posição preferencial, considerando a liberdade de expressão de certos cidadãos uma ameaça à segurança nacional. Nesse período, qualquer ameaça ao governo autorizava suprimir a liberdade de expressão.

21. Atualmente, entretanto, a liberdade de expressão voltou a ocupar uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, em razão de existir uma aceitação comum de que a Primeira Emenda da Constituição dos EUA deve ocupar um lugar especial

na sociedade contemporânea tendo em vista sua importância para o funcionamento de um Estado Democrático.

22. A doutrina (norte-americana) que considera a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial *prima facie* foi acolhida por diversas cortes constitucionais existentes no mundo, destacando-se aqui as cortes constitucionais da Alemanha, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a *House of Lords* da Inglaterra, o Tribunal Constitucional da Espanha, a Corte Constitucional da Itália. Prevalece nessas cortes o entendimento no sentido de que a liberdade de expressão, quando relacionada a temas de interesse público, deve ser tratada de forma preferencial *prima facie* quando em conflito com outro direito fundamental.

23. As doutrinas norte-americanas da *actual malice* e da reportagem neutra são formas de consubstanciar a preferência *prima facie* da liberdade de expressão em sentido lato, quando ela se refere a um tema de interesse público, nos Estados Unidos.

24. Na Inglaterra, o qualificado privilégio de defesa *Reynolds* se apresenta como uma das formas de consubstanciar a preferência *prima facie* da liberdade de expressão em sentido lato, quando ela se referir a temas de interesse público, partindo-se das premissas de que a sociedade tem o direito de saber dos assuntos de interesse público e de que os meios de comunicação têm o dever (e não apenas o direito) de informar à sociedade a respeito desses assuntos.

25. Na Austrália, o qualificado privilégio de defesa *Lange* também se apresenta como uma das maneiras de materializar a preferência *prima facie* da liberdade de expressão em sentido amplo quando ela se referir a um assunto de interesse público, partindo-se também das premissas do direito de a sociedade saber a respeito desses assuntos e do dever de a imprensa informar sobre eles.

26. O direito fundamental à liberdade de expressão pode entrar em conflito com os direitos da personalidade em dois momentos completamente distintos: antes de seu exercício ou após a sua manifestação. A primeira situação, também de difícil solução, não foi objeto de estudo desse trabalho. Nos casos de conflito *a posteriori*, a doutrina dominante tem se manifestado no sentido de que a solução de tais confitos se dá com a aplicação do princípio da ponderação de interesses. A jurisprudência pátria, entretanto, apesar de adotar formalmente o princípio da ponderação de interesses como metodologia científica capaz de solucionar tais conflitos, na prática, tem considerado a liberdade de expressão como um direito fundamental menos importante, havendo, portanto, enorme confusão e incoerência entre os fundamentos formais adotados pela jurisprudência para solução desses conflitos e a sua aplicação efetiva.

27. Para uma adequada solução de conflitos *a posteriori* envolvendo a liberdade de expressão lato sensu e os direitos da personalidade, é imprescindível primeiramente conhecer os direitos fundamentais em conflito. Posteriormente, torna-se necessário identificar se a Constituição de 1988 autoriza a fixação de alguns *standards* como capazes de orientar o intérprete no momento de solucionar esses conflitos.

28. Esses *standards* devem ser construídos, no Brasil, a partir de algumas premissas. Se a liberdade de expressão, no Brasil, é importante por várias justificativas: como um meio para a descoberta da verdade, como uma forma de autossatisfação pessoal, como um meio de garantir a democracia, esse último argumento, só por si, é capaz de autorizar um tratamento diferenciado à liberdade de expressão, considerando-a mais importante quando ela se referir a assuntos de interesse público. Justifica-se, assim, considerar a liberdade de expressão, nesses casos, como um direito fundamental e, além disso, como um direito fundamental preferencial *prima facie*, tendo em vista o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público e diante do dever de a imprensa informar à sociedade a respeito dessses assuntos num estado que se pretende realizar efetivamente como democrático.

29. Com esse entendimento não está se instrumentalizando a liberdade de expressão em sentido lato. Não é o argumento democrático que justifica a liberdade de expressão como direito fundamental. Para isso, existem vários argumentos. O argumento democrático é importante para diferenciar o tratamento a ser concedido ao direito fundamental à liberdade de expressão, sendo capaz de elevá-lo ao status de direito fundamental preferencial *prima facie* quando ele estiver relacionado a um tema de interesse público. Esse raciocínio está autorizado em razão de, nessas hipóteses (em que a liberdade de expressão lato sensu se referir a um tema de interesse público), a sociedade ter o direito de saber e os meios de comunicação terem o dever de informar.

30. Considerado o argumento democrático como capaz de identificar a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*, nos casos em que esse direito fundamental envolver um tema de interesse público, torna-se necessário descobrir como essa preferência *prima facie* poderá se consubstanciar no ordenamento jurídico pátrio.

31. A liberdade de expressão, no Brasil, pode se consubstancializar como direito fundamental preferencial *prima facie* nos casos que envolvem um tema de interesse público, com a aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, das teorias norte-americanas da *actual malice* e da reportagem neutra e das teses de defesa *Reynolds* (Inglaterra) e *Lange* (Austrália).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. In: MOREIRA, Luiz (Coord. e super.). *Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADORNO, Roberto. The paradoxal notion of human dignity. *Revista internazionale di filosofia del diritto*, n. 2, 2001.

ALBALADEJO, *Manuel. Derecho civil*. 9 ed. Barcelona:Bosch, 1985. t. I, v. 2.

ALEXANDER, Larry. *Is There a Right of Freedom of Expression?* New York: Cambridge University Press, 2005.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p.55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la "actual malice"* (A propósito de los casos "Morales Solá" y "Gesualdi"). Madrid: La Ley, 1997.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión.* Algunos aspectos del conflicto entre ellos. Valencia: Tirant to Blanch., 1999.

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La Dignidade de la Persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas.* [s.l.]: Civitas, 2005.

ALZAGA, Villaamil. *Comentarios a lãs Leyes Políticas:* Constitución española de 1978. Madrid: Edersa, 1984. v. II.

AMOS, Merris. *Human Rights Law*. UK -Portland:Hart Publishing, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de(Coord.). *Comentários ao Código Civil:* parte especial: direito das obrigações. Arts. 927 a 965. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BACIGALUPO. Mariano. La aplicacion de la doctrina de los "limites inmanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitacion legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 13, p. 297-315, mayo/ago. 1993.

BADENI, Gregorio. *Doctrina de la real malicia*. Madrid: La Ley, 1997-B.

BAJO FERNÁNDEZ, M. *Causas de justificación em los delitos contra el honor*. In: *Estudios de derecho penal y criminologia*. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa. Madrid, 1989.

BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech.* New York: Oxford University Press, 1989.

BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech.* New York: Oxford University Press, 1989.

BALAQUER CALEJÓN, M. Luisa. *El Derecho Fundamental al Honor*. Madrid:Tecnos, 1992.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Com-Arte - USP, 1990. (Clássicos do Jornalismo Brasileiro; 2).
BARENDT, Eric. *Freedom of peech.* 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.
BARRANCOS Y VEDIA, Fernando. *Acerca del caso "Campillay"*. LL, 1986-D-979.
BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Responsabilidade Civil por Danos Causados pela Imprensa. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 22, n. 144, p. 279-300, nov./dez. 2008.
BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *First Amendment.* Law. 3rd ed. Thomson. West., 2004.
BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
BARROSO, Luís Roberto. A liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 790, ago. 2001.
____. Anabolizante Judicial. Quando a política vai mal, o Judiciário toma conta. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 21 set. 2008.
____. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./mar. 2004.
____. *Curso de direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
BARROSO, Porfirio; TALAVERA, María del Mar López. *La Libertad de Expresion y sus Limitaciones Constitucionales*. Madrid: Editorial Fragua, 1998.
BAS, Alexandre H. Català I., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2001.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.
BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Arts. 5º a 17. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.
BASTRESS, Robert M. El principio de "la alternativa menos restrictiva" em Derecho constitucional norteamericano. *Cuadernos de Derecho Publico*, Madrid, n. 5, p. 239-254, sept./dic., 1998.
BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 243-263, 2003.
BAZÁN, Victor. *El fin y los médios.* El standard de la malicia real em la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas. Buenos Aires: El Derecho, 1998.
____. Libertad de Información y Derechos a la Honra y a la Vida Privada: Conexiones e Interferencias. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 3-53, jul./set. 2008.
BELLO LANDROVE, Frederico. Infraciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, n. 5, 1996.
BIANCHI, Enrique Tomás; GULGO, Hernán Victor. *La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes*. Jurisprudencia Argentina, 1994.
____. *El Derecho a la Libre Expresion – Análisis de Fallos Nacionales y Extranjeros*. La Plata: Librería Editorial Platense, 1997.
BIDART CAMPOS, Germán J. "Medios de comunicación em la democracia: liberdad de expressión; empresa; poder social; proyección institucional", em *AA.VV.*, Revista de doctrina n. 1: La Constitución, el derecho y los medios de comunicación. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 2001.

BIFULGO, Raffaele; CELLOTTO, Alfonso; OLIVETTI, Marco. *Commentario alla Constituzione*. Torino: UTET GIURIDICA, 2006. v. I(art. 10-54).
BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa.* As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 ago 2007.
BIROLI, Flávio. Liberdade de Imprensa: margens e difinições para a democracia durante o governo de Juscelino Kubitscheck (1956/1960). *Revista Bras. Hist.*, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 1-14, 2004.
BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
BLASI, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. In: GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick. *The First Amendment:* A Reader. 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004.
BLÁZQUEZ, Niceto. *La nueva ética en los médios de comunicación.* Problemas y dilemas de los informadores. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2002.
BLOY, Duncan. *Law and the Media*.London: Sweet and Maxwell, 2007.
____. *Media Law (SAGE Course Companions)*.London: Sage Publications Ltd., 2007.
BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 4. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.
____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
____. *Teoria geral da política*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 9. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho e a democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
____. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo Pagís e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993.
BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta.* O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
____. A salvaguarda da Democracia Constitucional. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Florianópolis, v. 22, n. 1, p. 247-262, [s.d.].
BORGES, José Souto Maior. Pro-Dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 140-146, 1993.
BORK, Robert H. *Neutral Principles and some First Amendment Problems*. Indiana Law Journal, 1971.
BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Españhola de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 20, n. 59, p. 29-56, mayo/ago. 2000.
BOYLE, Kevin. Hate Speech. The United States versus the rest of the world? *Maine Law Review*, Maine, v. 53:2, 2001.
BRAGA, Fernando Urioste. *Libertad de expresión y derechos humanos*. Buenos Aires: Euros Editoriais S.R.L., 2008.
BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.
BUESO, Laura Díez. La Relevancia Pública en el Derecho a la Información: Algunas Consideraciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 22, n. 66, p. 213-238, sep./dic. 2002.
BURROWS, Andrew. *English Private Law* (Oxford Principles of English Law). 2nd ed. USA: Oxford University Press, 2008.
BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa* – um estudo de direito comparado. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
CABRILLAC, Rémy et al. *Libertés et Droits Fondamentaux.* 10. ed. Paris: Dalloz, 2004.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado.* Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado e Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, [s.d.]
CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil* – Estrutura e Função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
____. *Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.* No prelo.
CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality Shows" e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora,1993.
____. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
CAPALDI, Nicholas. *Da Liberdade de Expressão*. Uma antologia de Stuart Mill a Marcuse. Tradução de Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.
CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de estúdios consitucionales, 1994.
CARMONA SALGADO, Concepción et al. *Curso de Derecho Penal Espãnol*. Parte Especial I. Manuel Cabo del Rosal (dir.). Madrid, 1996.
CARMONA SALGADO, Concepción. *Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor* (Comentario a la sentencia del Tribnal Constitucional de 11 de noviembre de 1991*). Cuadernos de Política Criminal*, n. 47, 1992.
____. *Libertad de expresion e informacion y sus limites.* Madrid: EDERSA, [s.d.].
CARNEY, Gerald. *The Constitutional Systems of the Australian States and Territories*. New York: Cambridge University Press, 2006.
CARTER, Barton; LUSHBOUGH, Dee; ZUCKMAN, Harvey L. *Mass Communication Law in a Nutshell*. 6th ed. [s.l.]: Thomson West, 2006.
CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
____. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.
CHAFFEE, Zechariah Jr. *Freedom of Speech*. 1920.
CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.
CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law.* Principles and Policies. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2006.
CLÈVE,Clèmerson; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
COLLINS, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet.* 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006.
COMPARATO, Fábio Konder. Entrevista. *Folha de São Paulo*, Caderno A 12, 18 ago. 2003.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América.* Tradução e anotação de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.
COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O Direito de Estar Só:* a Tutela Penal do Direito à Intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
CRAIK, Kenneth H. *Reputation:* A Network Interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2008.
CRAM, Ian. *A Virtue Less Cloistered:* Courts, Speech and Constitutions. UK - Portland: Hart Publishing. 2003.
CREMADES, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español.* Madrid: LA LEY-ACTUALIDAD, 1995.
CRICK, Bernard. *Democracy:* A Very Short Introduction. New York: Oxford, 2002.
CURRIE, David P. The Constitution in the Supreme Court: The Preferred Position Debate, 1941-1946, 37. *Catholic University Law Review*, 39, 1987.
CURTIS, Michael Kent. *Free Speech, "The People´s darling privilege"*. Struggles for Freedom of Expression in American History. Durham and London: Duke University Press 2000.
DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
____. *La democracia.* Uma guía para los ciudadanos. Taurus, 1999.
DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
DE BUCKELY JR. , William; BOZELL; L. Brent. *McCarthy and his enemies.* Chicago, 1954.
DE CUPIS, Adriano. *Trattato di diritto civile e comerciale.* Milano: A Ginffrè, 1973. v. 4.
DE DOMINGO, Tomás; MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Um análisis desde lãs relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
DE LUCA, Javier Augusto. Delitos Contra el Honor Y Libertad de Expresión. In: FRANCHINI, María Belén et al. *Libertad de Expresión y Democracia desde uma perspectiva latinoamericana*. Colección Más Derecho? TD. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2002.
DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. Madrid: Dykinson, 2000.
DESANTES GUANTER, José Maria. *La información como derecho.* Madrid: Editorial Nacional, 1974.
DESANTES GUANTER, José María; SORIA, Carlos. *Los limites de la información:* la información em la jurisprudência del Tribunal Constitucional, las 100 primeiras Sentencias. Madrid: Associación de Prensa, DL, 1990.
DEUTSCH, Karl W. *The Nerves of Government. Models of Political Communication and Control*. New York: The Free Press, 1966.
DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
DOWNING, John D. H. *'Hate speech' and 'First Amendment absolutism' discourses in the US*. Discourse Society, 1999; 10; 175. Disponível em: <http://das.sagepub.com/cgi/content/abstract/10/2/175>.
DRY, Murray. *Civil Peace and the Quest for Truth. The First amendment Freedoms in Political Philosophy and American Constitutionalism*. New York: Lexington Books, 2004.
____. *The First Amendment Freedoms, Civil Peace and the Quest for Truth. Constitutional Commentary*, summer 1998. v. 15.
DWORKIN, Andréa. Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality. *Harvard Women´s Law Journal*, New York, n. 9, 1 ss., 1985.

DWORKIN, Ronald. *Freedom´s Law. The moral reading of the american constitution.* Cambridge, Massachusetts: Havard University Press, 1996.
____. *O direito da liberdade.* A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
____. The Coming Battles Over Free Speech. *New York Rev. Books*, New York, june 11, 1992.
____. *The Right to Ridicule.* The New York Review of Books. Volume 53, Number 5. March 23, 2006.
____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
____. *Virtud soberana*. La teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertomeu. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2003.
ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional em matéria de libertad de expresion. *Revista de Estúdios Políticos*, Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, n. 77, jul./sep. 1992.
ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones básicas de la teoria de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), Madrid, n. 71, p. 87-109, ene./mar. 1991.
EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*. E.D. 114-945 (1985).
____. *Derecho a la información. Reforma Constitucional y Libertad de Expresión. Nuevos Aspectos.* 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
____. *Tratado de derecho constitucional*. *Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada com legislación, jurisprudência y doctrina*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
ELLIOT, Deni. *Jornalismo Versus Privacidade*. Tradução de Celso Vargas. Rio de Janeiro: Nordica, 1986.
ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. *Tort Law*. 6th ed.Edinburgh: Prentice Hall (UK), 2007.
EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. New York: Vintage book. v.143.
ESTEBAN, Jorge de; GUERRA, Luis Lópes. *El régimen constitucional español.* Barcelona: Labor Universitaria, 1980.
ESTRADA ALONSO, E. *El derecho al honor em la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*. Madrid: Cívitas, 1988.
FALCON, Javier Pardo. Los derechos del articulo 18 de la Constitucion Española em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 12, n. 34, p. 141-178, ene./abr. 1992.
FALLON JÚNIOR, Richard H. Two senses of Autonomy. *Stanford University Law Review*, California, 46, p. 875-99, 1994.
FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 2nd ed. New York: Foundation Press, 2003.
FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação*. Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.* Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2005.
FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação*: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.
FERRIZ, Remedio Sánchez. *Delimitación de las liberdades informativas.* Fijación de criterios para la resolución de conflictos em sede jurisdiccional. Valencia:Universitat de València, 2004.

FIGUEIREDO, Marcus. *Mídia, mercado de informação e opinião pública*. In: CHICO JÚNIOR, César Guimarães (Org.). *Informação e Democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.
FINK, Conrad C. *Writing to Inform and Engage:* The Essencial Guide to Begnning News and Magazine Writing. Westview Press, 2008.
FINNIS, John. *Natural Law and natural rights*. Oxford: Clarendon Law Series, 1999.
FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.* Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
____. *The Irony of Free Speech.* Cambridge: Harvard University Press. 1996.
FLORES, Oscar. Libertad de prensa y derechos personalísimos: critérios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, n. 2, 2006.
FRANCHINI, María Belén et al. *Libertad de Expresión y Democracia desde uma perspectiva latinoamericana*. Colección Más Derecho? TD. 2002.
FRANK, John P. *Review and basic liberties*. In Supreme Court and Supreme Law. Edmond Cahn (Ed.). Indiana: Indiana University Press, 1954.
FREEDMAN, Eric M. A Lot More Comes into Focus When We Remove the Lens Cap: for the Supreme Court to Abandon its Inside-Out Approach to Freedom of Speech and Bring Obscenity, Fighting Words, and Group Libel Whithin the First Amendment. *Iowa Lay Review*, 81, 1996.
FREIJEDO, Francisco J. Bastida; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *Libertades de Expresión e información y médios de comunicación.* Sevilla: Editorial Aranzadi, 1999.
GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de La Administracion*. 4.ed. ampl. Madrid: Civitas, 1998.
GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
GARRY, Patrick M. Anonymous Sources, Libel Law, and the First Amendment. *Temple Law Review*, v. 78, n. 3, 2005.
GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick. *The First Amendment: A Reader*. 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004.
GERPE LANDÍN, M. et al. El conflicte entre la llibertat d´informacio i el dret a l´honor en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista Juridica de Cataluña*, Barcelona, n. 2, p. 127-149, 1997.
GEWIRTH, Alan. Are there any abolute rights? In: WALDRON, Jeremy (Ed). *Theories of rigts*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
____. *Human Dignity as the Basis of Rights.* The Constitution of Rights, Human Dignity and American Values. Ithaca: M. Meyer, W. ª PARENT. , 1992.
GISBERT, Rafael Bustos. El concepto de libertad de informacion a partir de su distincion de la libertad de expresion. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), n. 85, p. 261-289, jul.-sept.1984.
GODWIN, Mike. *The Difference between Obscenity and Indecency*. Disponível em: <http://cu-digest.org/cda/mike>. Acesso em: 7 fev. 2009.
GOLDSTEIN, Norm. *The Associated Press Stylebook and Briefing on Media Law*. New York: Basic Books, Rev Upd Edition, 2007.
GOMES JUNIOR, Luiz Manoel(Coord.). *Comentários à lei de imprensa:* Lei 5.250, de 09.02.1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. XII, t. II.

GONZALEZ, Carlos Manuel. *El Estándar de la real malicia (actual malice). Un problema ético-jurídico y también interdisciplinario.* Disponível em: <www.avizora.com>. Acesso em: 21 jul. 2008.
GREENAWALT, Kent. *Fighting Words, Individuals, Communities and Liberties of Speech.* Princeton, N. J., 1995.
____. *Speech, Crime and the Uses of Language*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. *Revista de Direito do Estado,* Rio de Janeiro, n. 4, out./dez. 2006.
GROSS, Hyman. Privacy and Autonomy. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Eds). *Nomos,* 18: Privacy. New York: Atherton Press, 1971.
GUANTER, José María Desantes; SORIA, Carlos. *Los limites de la información*: la información em la jurisprudência del Tribunal Constitucional, las 100 primeiras Sentencias. Madrid: Associación de Prensa, DL, 1990.
GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem.* Rio de Janeiro: Renovar. 1999.
GUNN, T. Jeremy. Deconstructing proportionality in limitations analysis. *Emory International Law Review*, New York, 19:465, p. 465-498, 2005.
GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. USA: State University of New York Press.
HÄBERLE, Peter. *La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn. Uma contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoria de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003.
HABERMAS, Jürgen. *Communication and the Evolution of Society*. Translated by Thomas McCarthy. London: Heinemann, 1979.
____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
HARRISON, J. *News (Routledge Introductions to Media and Communications)*. New York: Routledge. 2005.
HARTWIG, Matthias. L´ordinamento radiotelevisivo e gli interventi della giurisprudenza costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca. *Politica del Diritto*, Bolonia, n. 3, p. 423-450, 1987.
HAYNES, Charles C.; CHALTAIN, Sam; GLISSON, Susan M. *First Freedoms. A Documentary History of First Amendment Rights in America.* Oxford University Press, 2005.
HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais.* Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.
HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: ____. *Escritos de derecho constitucional.* Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.
HEYMAN, Steven J. *Free Speech and Human Dignity.* New Haven and London: Yale University Press, 2008.
HOPKINS, W. Wat. *Actual Malice. Twenty-five years after Times v. Sullivan.* New York: Praeger, 1989.
JONES, William K. *Insult to Injury. Libel, Slander, and Invasions of Privacy.* Colorado: University Press of Colorado, 2003.
KALVEN JÚNIOR, Harry *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*. Edited by Jamie Kalven. New York: Harper e Row Publischers, 1988.

KARST, Kenneth L. Equality as a Central Principle in the First Amendment. *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 43, 1975.
KAYSER, Jacques. *Mort d´une liberté*. Paris: Plon, 1955.
KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A.; BELZ, Herman. *The American Constitution. Its origins and development.* 7th ed. New York: W. W. Norton Company, 1991. v. 1.
KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Nacional, 1959.
KENYON, Andrew. *Defamation:* Comparative Law and Practice. New York: UCL Press, 2006.
KEYNES, Edward. *Liberty, Property and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process.* University Park, Pennsylvania, 1996.
KILLENBERG, George Michael. *Public Affairs Reporting Now:* News of, by and for the People.Burlington: Focal Press. 2007.
KIRSCH, Jonattan. *Kirsch´s Handbook of Publishing Law:* For Authors, Publishers, Editors and Agents. New York: Acrobat Books, 1994.
KOMMERS, Donald. P. *The Constitucional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997.
KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático.* Traducción por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980.
KYU HO, Youm. Recent Rulings Weaken Neutral Reportage Defense. *Newspaper Research Journal*. winter 2006. Disponível em: <www.findarticles.com>. Acesso em: 02 dez. 2008.
LANDECHO VELASCO, C. Mª.; MOLINA BLÁZQUES, C. *Derecho Penal Español. Parte Especial Redactado Conforme al Nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995*. 2. ed. Madrid, 1996.
LASAGABASTER HERRANTE, Iñaki. Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público. In: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (Coord). *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. II. De los derechos y deberes fundamentales. Madrid:[s.ed.], 1991.
LICHTENBERG, Judith. *Democracy and mass media*. New York: Cambridge University Press, 1995.
LIMA SOBRINHO, Barbosa. Direito de Informação. *Anais da VIII Conferência Nacional da OAB*.
LIMA, Alvino. *A responsabilidade pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
LINZER, Peter. *The Carolene Products footnote and the preferred position of individual rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*. Constitutional Commentary 12, n. 2 (Summer 1995): 277-303.
LOPES, Vera Maria de Oliveira. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
LÓPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho constitucional.* El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. 3. ed. Valencia, 1997. v.I.
LÓPEZ GUERRA, Luis Maria. La libertad de informacion y el derecho al honor. *Poder Judicial*, Madrid, número especial VI, p. 285-298, 1989.
LORENTE, José Muñoz. *Libertad de información y derecho al honor em el Código penal de 1995.*Madrid:Tirant lo Blanch, 1999.
LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y* Constitucion. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
M. LEESON, Susan; FOSTER C., *James. Constitutional Law, Cases in Context*. New York: Upper Saddle River,1992.
MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão.* Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

MACHADO, Muñoz. *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Madrid: Ariel, 1988.
MAIA, Lauro Augusto Moreira. *Novos Paradigmas do Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.
MARSHALL, Geoffrey. Declaraciones de derechos: problemas básicos em su elaboración y aplicacion (I). Traducción de Ana Recarte Vicente-Areche. *RCEC*, Oxford, n. 1, p. 337-362, sep./dic. 1988
MARSHALL, William; GILLES, Susan M. The Supreme Court, the First Amendment and Bad Journalism. *Supreme Court Review*, Chicago, University of Chicago Press, p. 181-3,1994.
MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo*: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. A Linha da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992.
MAZZÀ, Paolo. Diritto Dell´Informazione. Roma:Gangemi Editore, [s.d.].
MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Ciencias Juridicas, 1996.
MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*, 1948, reimp., Political Freedom: The Constitucional Powers of the People. New York: Harper, 1965.
____. *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*. New York: Harper, 1960.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
MILLER, Arthur. *The Assault on Privacy*. Michigan: The University of Michigan Press. Ann Arbor., 1971.
MILO, Dario. *Defamation and Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2008.
MIR, Joan Barata. Veracidad y objetividad em el tratamiento de la información: reflexiones a partir del tratamiento informativo, por parte de la BBC del denominado 'Caso Kelly'. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 23, n. 69, p. 289-332, sep./dic. 2003.
MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra. O Novo Código Civil e a Lei de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 45, p. 81-91, out./dez. 2003.
MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Tercera Edición. Madrid: Tecnos. 1998.
MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo* 944 do Código Civil: O Problema da Mitigação do Princípio da Reparação Integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, v. 63. Disponível em: <www.pge.rj.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2009.
MOORE, Roy L.; MURRAY, Michael D. *Media Law and Ethics*. Lea´s Communication Series. 3rd ed. New York: Lawrence Erlbaum, 2007.
MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.
MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORALES PRATS, Fermín. Adecuación social y tutela penal de honor: perspectiva despenalizadora. *RFDUG*, n. 12, 1987.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 57-68, 1990.
MOREIRA, Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: ____. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997.
MOREIRA, Vital. *O Direito de Resposta na Comunicação Social.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de lãs normas jurídicas. Traducción de Luis Villacorta Mancebo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 9, n. 27, p. 111-126, sep./dic. 1989.
NOBRE, Freitas. *Lei da informação: comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
O'BRIEN, David. *Constitutional Law and Politics*. 4th ed. New York: WW. Norton Co., 1999.
O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Derecho al honor. *Actualidad Civil*, n. 1, 1990.
____. *Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2004.
O'NEIL, Robert M. *The First Amendment and Civil Liability*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2001.
PACE, Alessandro. *Problemática delle liberta costituzionali*. Lezioni Parte Speciale. 2nda ed. riv. e ampl. Padova CEDAM, 1992.
PANTALEÓN, Fernando. *La Constitutción, el Honor y unos abrigos*. *La Ley*, Madrid, n. 2, D-162, p. 1689-1695, 1996.
PATAPAN, Haig. *Judging Democracy: The New Politics of the High Court of Australia (Reshaping Australian Institutions)*. New York: Cambridge University Press, 2000.
PATTERSON, Annabel. *Introducción a John Milton.* Introducción y Edición de Annabel Patterson, Longan, London, New York, 1992.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. *Libertad de prensa y derecho al honor. Repercusiones dogmático-penales de la doctrina constitucional de la "real malicia"*. Córdoba: Alveroni, 1999.
PERRY, Michael J. Are human rights absolute? In: ____. *The idea of human rights: four inquiries.* New York: Oxford University Press, 1998.
PINTO, Marcos Barbosa. Liberdade de Imprensa e Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 111, p. 171-184, jul./set. 1998.
PITT-RIVERS, Julian. Postscript: the place of Grace in anthropology. In: PERISTIANY, J. G.; PITT-RIVERS, J. (Eds). *Honor and Grace in Anthropology*. New York: Cambridge University Press, 1992.
PIZARRO, Ramón D. *La doctrina de la real malicia em la actual jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia. El caso "Dora Gesualdi"*. Jurisprudencia Argentina, 1997.
____. *Responsabilidad civil de los médios masivos de comunicacion. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

POST, Robert C. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence. *California Law Review*, California, v. 89, jan. 2001.
____. *Recuperating First Amendment Doctrine.* New York: Stanford Law Review, 1995.
____. The constitucional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell. *Havard Law Review*, New York, v. 103, n. 3, p. 683-4, jan.1990.
POUND, Roscoe. *Evolución de la Libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad.* Granada. [s.l.]:Editorial Comares, 2004.
PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estúdios políticos y Constitucionales, 2003.
R.W.C. The Developing Privilege of Neutral Reportage. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 5, p. 853-874, jun. 1983. Disponível em:<www.jstor.org/stable/1072719>. Acesso em: 16 out. 2008.
REDISH, Martin H. *Freedom of Expression*. *A Critical Analysis*. Charlottesville (VA):The Michie Company.
RENUCCI, Jean-François. *Droit européen des droits de l´homme*. Paris: L.G.D.J., 1999.
REVEL, Jean François. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989.
RODOTÀ, Stefano. *The Right to Privacy*. 1978.
RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
ROHDEN, Fabíola. *Para que serve o conceito de honra, ainda hoje?* Campos (UFPR), 2007. v. 7.
ROMERO COLOMA, Aurelia M. *Derecho a la Información y Libertad de Expresión. Especial consideración al proceso penal*. Barcelona: BOSH.
ROSAS, Allan; HELGESEN, Jan. *The Strength of Diversity*. Human Rights and Pluralist Democracy. Abo Akademi University. Institute for Human Rights. Martinus Nijhoff. London: Publishers. [s.d.]
ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations, Law Between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press Berkeley, 1998.
ROSS, Susan Dente. *Deciding Communication Law:* Key Cases in Context (Lea´s Communication Series). Lawrence Erlbaum, 2004.
ROVIGHI, Sofia Vanni. *História da Filosofia Moderna. Da revolução científica a Hegel*. 2. ed. Tradução de Marcos Bagno e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
ROY V. LEEPER*: "Estrange Bedfellows: John Milton and Karl Marx on Censorship", Free Speech Yearbook*, v. 34, 1996.
RUIZ, Maria Ângeles Ahumada et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel S.A., 1995.
SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión em el estado de derecho*. Barecelona: Editorial Ariel S. A., 1987.
SADLER, Roger L. *Electronic Media Law.* Sage Publications, Inc. 2005.
SALDAÑA DÍAS, María Nieves. *Em defesa de la libertad de prensa: la areopagítica de John Milton*. Revista de Estudios Politicos, n. 125, p. 277-324, jul./sep. de 2004.
SANCHEZ RUIZ, Enrique. *Medios de Comunicación y democracia*. Enciclopedia Lationoamericana de Sociocultura y Comunicación. Bototá: Grupo Editorial Norma, 1979.
SANCHIS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid. Debate, 1994.
SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 3. tir.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
____. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCHABE, Jürgen. *Compilación de Sentencias. Cincuenta Años de Jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Traducción Marcela Anzola Gil. Ediciones Juridicas Gustavo Ibánez, 2003.
SCHAUER, Frederick. *Free Speech:* a philosophical enquiry. London: Cambridg University Press, 1984.
SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil* – da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2007.
SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo:* ensaio sobre e contra o star system em política. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. DIEFEL, 1978.
SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 99, p. 147-159, [s.d.].
SEGADO, Francisco Fernández. *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994.
____. La Teoria Juridica de los Derechos Fundamentales em la Doctrina Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 13, n. 39, sep./dic. 1993.
____. La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 121, p. 69-102, jan./mar. 1994.
____. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dyckinson, 1992.
SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
SERRANO GOMES, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2 ed. Madrid, 1997.
SERRANO MORENO, José Luis. *Validez y vigência:* la apostación garantista a la teoria de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999.
SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direto à crítica jornalística.* Coordenação Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997.
SHIFFRIN, Steven H. *The First Amendment, Democracy and Romance.* Princeton University Press, 2006.
SHIFFRIN, Steven H.; CHOPER, Jesse H. *The First Amendment. Cases – Coments – Questions*. 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2001.
SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo. *A pessoa pública e seu direito de imagem.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Tese (Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular) - Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito.* São Paulo: IBCCRIM, 2000.
SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
SMARTT, Ursula. *Media Law for Journalists*.London: Sage Publications Ltd., 2006.
SMITH, Nigel. "Aeropatitica: Voicing Contexts, 1643-1645". In: LOEWENSTEN, David; TURNER, James Gratham (Eds). *Politics, Poetics and Hermenetics in Milton´s Prose*.
SORIA, Carlos. *Derecho a la información y derecho a la honra*. Barcelona: A.T.E., 1981.
SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SPAETH, Harold J.; SMITH, Edward C. *The Constitution of the United States*. 13 ed. New York: Harper Collins Publishers, 1991.
STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil* – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.
STONE, Geoffrey R. Content Regulation and the First Amendment. *William and Mary Law Review*, Chicago, n. 25, p. 189-252,1983.
STONE, Geoffrey R. et al. *The First Amendment*. New York: Aspen law e Busines, 1999.
STONE, Richard. *Textbook on Civil Liberties and Human Rights*. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2008.
SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *First Amendment Law*. 2nd ed. New York: Foundation Press, 2002.
SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995.
____. *The Partial Constitution.* Cambridge: Mass, 1990.
TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 251-279, out./dez. 2002.
TEETER JR., Dwight L; J.D., Bill Loving. *Law of Mass Communications. Freedom and control of print and broadcast media.* 11th ed. New York: Foundation Press, 2004.
TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La tortura judicial em España*. Barcelona: Crítica, 2000.
TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2nd ed. Mineola, New York: The Foundation Press Inc., 1988.
USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
VADILLO, Enrique Ruiz. Relación de causalidad em la exigência de responsabilidades penales com motivo del ejercicio del derecho a libre expresión de las ideas. In: ____. *Libertad de expresion y derecho penal*. Caracas-Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.
VASCONCELOS, Jarbas Entrevista. *Revista Veja*, p. 20,18 fev. 2009. Edição 2100.
VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. *La Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Bs.As, 1998.
VENTURA, Adrián. *Um fallo fundamental*. Diario La Nacion, 15/11/1996.
VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
VIEIRA, Norman. *Constitutional Civil Rights*. In a Nutshell. 3rd ed. St. Paul, Minn.:Thompson West, 1998.
WALKER, Sally. *Lange v. ABC: the High Court rethinks the "constitutionalisation" of defamation law*. Disponível em: <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v5n1/walker51.html>. Acesso em: 30 jan. 2009.
WALLMEYER, Elizabeth J. *Filled Milk, Footnote Four and the First Amendment: An Analysis of the Preferred Position of Speech After the Carolene Products Decision*. Fordhan Intell Prop. Media e Est. LJ, 2002. v. 13:1019.
WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, New York, n. 5, v. IV, dec. 15, 1890.

WEAVER, Russell L.; PARTLETT, David F. Defamation, Free Speech, and Democratic Governance. *Law Review*, New York Law School.
WRIGHT, George R. *The Future of Free Speech*. New York, 1990.
ZANNONI, Eduardo A. BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.
ZASHIN, Elliot M. *Civil Desobedience and Democratic Theory*. Collier-Macmillan, 1972.
ZECHARIAH CHAFEE, Jr. *Free Speech in the United States*. Havard University Press. Cambridge, Mass, 1941, Appendix I.
ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Mathias. *Introduction to German Law*. 2nd ed. Washington: Kluwer Law International, 2005.
ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *La liberta d´espressione. Media, mercato, potere nella società dell´informazione*. Il Mulino. Contemporânea, 2004.
ZUCKMAN, Harvey L. *Modern Communications Law*. New York: West Publishing Company, 1999.