

# A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## A CONCEPTUAL EVOLUTION OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FEDERAL LAW OF THE SUPREME COURT

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz\*

**Resumo:** Tem por escopo este artigo científico examinar a evolução conceitual do Supremo Tribunal Federal (STF) de temas que não perdem a atualidade: liberdade de expressão, democracia e direitos da personalidade. Analisam-se, pois, para este relevante tema, três decisões cronológicas que melhor tangenciam o objeto: a) “Caso Ellwanger” (HC 82.424): o STF decidiu que a liberdade de expressão é uma garantia constitucional, mas não é absoluta ou incondicional, pois há de ser exercida de maneira harmônica com outros bens protegidos pela Constituição Federal (CF) e observar os limites ali definidos; b) “Caso Revogação da Lei de Imprensa” (ADPF 130): há posicionamento radicalmente distinto, pois se afirma, declaradamente, que a liberdade de expressão é absoluta, tem primazia político-filosófica, o que a repele do conceito de “norma-princípio” e a aproxima da categoria de “norma-regra”; c) “Caso dispensabilidade do diploma para a profissão de jornalista” (RE 511961) se define a desnecessidade do diploma de graduação para o exercício profissional de jornalista (Decreto-lei 972, de 1969), por ser inconstitucional a restrição imposta pela norma hostilizada, ao afetar, entre outros direitos, a plena liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Liberdade de Imprensa. Direito à informação. Democracia. Direitos da Personalidade.

**Abstract:** This scientific article has the objective to comment the constitutional theory found at the evolutionary decisions of the Brazilian’s Supreme Court of related themes: liberty of expression and right to information. The used methodology was constructed by the analysis of three chronological decisions that translates the theme: a) “Ellwanger’s Case” (HC 82424): the Supreme Court decided that freedom of expression is a constitutional guarantee, but is not absolute or unconditional, for there to be exercised in a manner harmonious with other property protected by the Federal Constitution (FC) and observe the limits defined therein; b) “The revoke of the Press’ Law” (ADPF 130): there is a radically different position when it states flatly that freedom of expression is absolute primacy has political and philosophical, which rejects the concept of “norm-principle” and approaching the category of “norm-rule” c) “The dispense of a Diploma to practice the Journalist profession” (RE 511961): the Court ruled it unnecessary to bachelor’s degree for professional practice of journalism, because the restriction imposed by the standard was unconstitutional, in affecting, among other rights, the freedom of expression.

**Keywords:** Fundamental Rights. Freedom of expression. Freedom of press. Right to information. Rights of personality. Democracy.

\* Doutor *cum laude* em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla, Professor do Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento (ICPD), Advogado.

## Introdução

É insofismável dizer que democracia é um regime que prima pela autodireção política do indivíduo e da sociedade. Exalta, pois, a importância da legitimação formal do poder político ao firmar a soberania popular como um dos princípios reitores do Estado. Não obstante, este regime somente alcança eficácia quando os cidadãos têm efetivo acesso à informação, para que intercedam consciente e livremente no discurso público.

De fato, é imprescindível que seja o cidadão informado, que tenha ciência do que se passa no seu meio, para poder ter condições de formar e expressar sua opinião de forma livre, autônoma e participativa. Essa é a razão pela qual a liberdade de expressão e o direito à informação constaram como direitos inalienáveis do conteúdo das primordiais Declarações de Direitos e ainda cobram vigor no atual Estado Social e Democrático de Direito.

Dada a inquestionável relevância do tema, este trabalho objetiva debater qual a formulação teórica da jurisprudência constitucional brasileira sobre a liberdade de expressão, em seu sentido amplo. Serão examinados três acórdãos decididos pelo Supremo Tribunal Federal capazes de ilustrar qual a evolução conceitual do aludido direito fundamental. Estes três emblemáticos casos, unidos à ADI 4451, que não foi ainda definitivamente julgada, direcionam o protagonismo da liberdade de expressão no Alto Tribunal. Importa ressaltar que o texto não se deterá, com minudências, aos aspectos imanentemente instrumentais, circunscrevendo-se, ao largo do artigo, à mensagem constitucional dos acórdãos, para, oportunamente, externar uma breve conclusão.

### 1 O Caso “Siegfried Ellwanger”: HC 82424

Neste memorável caso, em primeira instância, *Siegfried Ellwanger* foi absolvido pela imputação de crime de racismo contra o povo judeu (art. 20 da Lei 7.716/89 c/ redação pela Lei 8.081/90). O TJRS reformou esta decisão, e condenou o Réu por fazer apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus, impondo a pena de dois anos de reclusão, com *sursis*. Impetrado *Habeas Corpus* no STJ, restou indeferido. Por meio de outro remédio heroico, suplicou à Alta Casa Constitucional brasileira.

Neste tom, o Impetrante deduziu em seu favor que: inexistiu a prática de delito racial, pois os judeus não são uma raça, e sim um povo; pugnou pela restrição da imprescritibilidade da norma constitucional aos crimes decorrentes da prática de racismo; a *lex anteriori* (7.716/89) somente tipificava os crimes resultantes do preconceito de raça e cor; a *lex posteriori* (8.081/90) incluiu a previsão da etnia, religião ou procedência, mas se silenciou sobre a imprescritibilidade; a norma penal repudiava somente a prática de racismo e não as outras formas de

discriminação constantes no novo tipo normativo; o delito cometido pelo Paciente estava prescrito.

*Ab initio*, discutiu-se se os judeus são ou não uma raça, pois definida esta *quaestio juris*, prejudicadas seriam as demais digressões. Duas posturas se controverteram: a do inicial relator, Ministro Moreira Alves, seguido pelos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto; e a do Ministro Maurício Corrêa, designado *a posteriori* relator para o acórdão, que foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

O Ministro Moreira Alves utiliza a interpretação restritiva na análise da palavra “racismo”. Conflui seu alegado com as manifestações dos deputados constituintes (interpretação histórica) que entendiam o racismo como o preconceito existente contra, particularmente, os negros, posição que também seguiu o Ministro Marco Aurélio. Reduziu, portanto, o alcance de “racismo” para negar ao judeus a qualidade de raça e defini-los como uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Ponderou que se os judeus não são uma raça, não se pode qualificar de racismo a conduta do Paciente, e, por conseguinte, deferiu o *habeas corpus* e declarou a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

O voto do Ministro Ayres Britto, ainda que concedesse a ordem, pontuou que a Constituição trata do abuso da liberdade de expressão e de sua repulsa em momento posterior ao do uso, e que o Texto Magno tem um direito absoluto: “o de fazer algo ou passar para outrem uma mensagem, um recado, uma obra e não sofrer impedimento ou censura prévia.” Advertiu que a vítima do abuso tem o direito de resposta e o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade. Nomeou, ao seu juízo, três excludentes de abusividade: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política, reforços constitucionais da liberdade de expressão. Nada obstante, pauta sua análise semântica dos termos “racismo” e “raça” em uma interpretação histórica e valorativa-cultural. Manifesta que o Paciente esteve acobertado pelas excludentes de abusividade da convicção política e filosófica, pois “não é crime tecer uma ideologia.”

Dissentido, o Ministro Maurício Corrêa alberga o conceito sociológico de racismo, que consiste na valoração do fenômeno social, decorrente da história, da política e contexto social (método científico-espiritual). Repele a diminuição semântica da concepção de racismo e busca a plenitude de seu sentido. Admite, apesar disso, que a liberdade de expressão não é absoluta, pois há de se aplicar a denominada concordância prática dos bens constitucionais, e exclui do âmbito de proteção normativo-constitucional o “direito à incitação ao racismo”. Por fim, indefere o *habeas corpus*. Foi acompanhado pela maioria de seus pares.

Formalmente se dessume: a) *Paradigmas normativos*: arts. 1º, III; 3º, IV; e 5º, XLII, CF; b) *Objeto*: o art. 20, da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8081/90; c) *Principais fundamentações*: atipicidade, prescrição e extinção da punibilidade; d) *Teoria constitucional*, entre outros: os métodos de hermenêutica envolvidos, os elementos de interpretação suscitados, a utilização de marcos normativos internacionais, a alusão às gerações e a proteção do núcleo essencial dos

direitos fundamentais, a menção aos princípios e valores constitucionais, o uso de técnicas de decisão.

No aspecto material, há de se fazer uma ressalva: não foram lidos pelo autor deste nenhuma das publicações reputadas como racistas pelo STF. Tendo em mente essa limitação, é forçoso opinar ser acertada a decisão do Alto Tribunal nos termos da corrente vencedora. Justifica-se. É indubitável que ao interpretar as normas criadas pelo poder constituinte é imperioso se ater às diferenças de textura e densidade que estas têm com as demais fontes do Direito. É certo que as normas constitucionais se caracterizam pela *supremacia constitucional*, pela *dimensão política*, pela *abertura* e pelo *conteúdo*. O sistema normativo constitucional, por este superlativo discrimen, é marcadamente *aberto*, pois, como aduz Canotilho,<sup>1</sup> tem uma *estrutura dialógica*, que prevê a disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para absorverem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça” (*interpretação evolutiva*).

De fato, dadas essas nevrálgicas diferenciações, ainda que se utilize qualquer elemento interpretativo tradicional (filológico, teleológico, sistemático, histórico), a interpretação do texto constitucional há de ser gerida com estofo em métodos distintos (hermenêutico clássico, científico-espiritual, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, normativo estruturante, interpretação comparativa) e mediada por princípios específicos (unidade, efeito integrador, máxima efetividade, conformidade funcional, concordância prática ou harmonização, força normativa e interpretação conforme).

Nesse sentir, na tese vencida prevaleceu o *interpretativismo*, pois se limitou à semântica filológica do enunciado e à vontade do legislador constituinte (*mens legislatoris*). Dois Ministros deste posicionamento reduziram o raio normativo do termo racismo à sua concepção *antropológica*, adotando preferencialmente as interpretações histórica e filológica (subjetivas e imediatas) para rechaçar a interpretação evolutiva do dispositivo constitucional, que encampa a imprescritibilidade do crime em comento. A maneira de interpretar a Constituição, nesses termos, seguiu o método hermenêutico clássico.

Por outro lado, a tese sobressalente se pautou no *não interpretativismo*. Preponderaram dois elementos objetivos de interpretação jurídica (teleológico e sistemático), que privilegiam a finalidade perseguida pelo comando normativo e o exame de outras disposições constitucionais (interpretação mediata), para conformar o conceito *sociológico* de racismo. Procedeu-se uma interpretação evolutiva, adaptando a Constituição à realidade das pesquisas genéticas, para conceituar *raça*. Fez-se, portanto, uma leitura ético-moral da Constituição, ao reverenciar o princípio de igualdade e não discriminação, e, de afogadilho, majorar o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade quando buscou dar amplitude polissêmica a este conceito. Reputou prevalecente a incidência do princípio de interpretação constitucional da concordância prática, o qual prefere o emprego coexistente de princípios e o uso da técnica da ponderação para decidir o conflito

<sup>1</sup> Canotilho (2003, p. 1159).

da inclusão ou não da incitação ao racismo no âmbito normativo da liberdade de expressão. Os Julgadores optaram, cada qual, pelos métodos hermenêuticos: científico-espiritual, hermenêutico-concretizador, normativo estruturante para interpretar o texto normativo.

No que se refere à liberdade de expressão, a mensagem constitucional é a de que apesar de constituir pedra angular do próprio sistema democrático, revelar-se um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio Estado, e ser, igualmente, elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular, não se lhe pode atribuir primazia absoluta no contexto de uma sociedade pluralista, em razão de valores outros, como os da igualdade e da dignidade humana. Exclui-se do âmbito de proteção da liberdade de expressão o estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus. Não é a liberdade de expressão um direito absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Nesse sentido, a conduta do Paciente foi sim subsumida pelo ilícito da prática do racismo, pois preconceituosa, odiosa, hostil ao povo judeu, constituindo crime inafiançável e imprescritível. A Constituição, por certo, *a priori*, veda a censura, mas não imuniza a responsabilidade civil ou penal, pelo que foi expresso ou dito.

De fato, a liberdade de expressão se mostra como a via para a exteriorização do pensamento, possibilitando tanto a crítica política e social, quanto o livre desenvolvimento da personalidade. Este vínculo entre a liberdade de expressão e a crítica política se fez mais latente nos primeiros textos revolucionários burgueses, que adjetivaram esta liberdade de irrenunciável ante a situação inquisitorial e opressora do *Ancien Régime*.<sup>2</sup> Atualmente, a liberdade de expressão, com este primeiro aspecto individualista, subjetivo, liberal, viu seu conteúdo se converter em uma *conditio sine qua non* para a democracia de um Estado.<sup>3</sup> Não se sintetiza

<sup>2</sup> Relata Machado (2002, p. 48-50) que em um contexto dominado pela onipresença do discurso teológico era impossível distinguir entre a luta pela liberdade religiosa e a luta pela liberdade de expressão. Em que pese as primeiras formas de imprensa hajam surgido na China, muitos séculos antes, desenvolveu-se mais rapidamente em solo europeu (GUTENBERG, 1450), em um contexto de luta pela liberação espiritual e intelectual. As liberdades de comunicação nascem em um contexto concorrente: publicista, tecnológico e econômico. Tais fatos estão na origem da *opinião pública*, conceito que tem como antecedente remoto o *vox populi* dos romanos e acabará por surgir algumas décadas antes da Revolução Francesa. Os argumentos aduzidos pelo citado autor partem do reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental clássico frente ao Estado que aparece pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual dita que “Art. 11.<sup>o</sup> A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.” Nesse sentido, analisando a experiência inglesa, também conferir Saldaña Díaz (2002, p. 175-211; 2005, p. 131-140).

<sup>3</sup> Afirma Salvador Coderch (1990, p. 26) que as bases doutrinárias da defesa da liberdade de expressão partiram das elaborações liberais clássicas de John Stuart Mill expostas em *On Liberty* (1859) e, posteriormente, com as modernas sínteses de Nowak, Rotunda e Young (1986), de Nimmer (1984) ou de Tribe (1988). MILL defendeu que a) um governo que sustente a possibilidade de reprimir opiniões contrárias às sustentadas por ele mesmo postula sua própria *infalibilidade*; b) Um discurso globalmente incorreto pode conter partes de verdade; c) O juízo verdadeiro, mas subtraído ao debate, degenera facilmente em dogma, em prejuízo. Se é certo, poderá ser racionalmente fundado e, portanto, também discutido; d) O mesmo sentido de um enunciado verdadeiro pode chegar a se difundir, a se corromper ou inclusive a se perder se não é nunca objeto de análise, discussão, crítica, censura ou ataque. Comenta Salvador Coderch que

mais na visão de exigência/condição individualista do cidadão, senão compreende uma dimensão de raiz orgânica/objetiva/instrumental da que emanam as aspirações da sociedade política de um Estado democrático.

Insta registrar a opinião de Canotilho e Machado<sup>4</sup> que admitem que a liberdade de expressão em sentido amplo se constitui pela liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (direito de informar, de se informar e de ser informado), a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e da liberdade de radiodifusão em sentido amplo (radiodifusão sonora, televisão, etc). É iniludível perceber, portanto, que adquiriu a liberdade de expressão uma dilatação no seu conceito. Usa-se, para o fim, como parâmetro de mensuração do grau de democracia de um sistema político, em uma relação diretamente proporcional: quanto mais respeitada, mais liberdade (*lato sensu*) há na sociedade. Não obstante esta relevância no Estado Constitucional, não goza a liberdade de expressão de caráter absoluto, nos exatos termos da advertência da tese vencedora neste *decisum*. Entretanto, por ser este tema ter seguimento no acórdão do próximo tópico, ali será melhor examinado.

## 2 O Caso “Revogação da Lei de Imprensa”: ADPF 130

Tinha por objeto a ADPF 130 a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e outros carecem de interpretação conforme com esta compatível.<sup>5</sup>

O Ministro Ayres Britto, relator, qualifica a liberdade de imprensa como *instituição-ideia* (a mais rematada expressão do jornalismo), e *instituição-entidade* (conjunto de órgãos, veículos, empresas, meios, juridicamente personalizados). Tem por finalidade comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar

- a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo das ocorrências fáticas;
- b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, como a sede de toda inteligência e de todo sentimento.

---

Oliver Wendell Holmes (1841-1933) propôs que o melhor teste para a comprovação da verdade ou falsidade de uma opinião é sua competência com outras no *mercado das ideias*. Ademais, a doutrina de Alexander Meiklejohn (1872-1964) assinalou que a base de um governo democrático seria que os eleitores não podem tomar fundamentalmente uma decisão racional sem acesso livre aos dados relevantes para aceitá-la ou rechaçá-la. Mais recentemente Nowak; Rotunda e Young puseram de manifesto que a liberdade de expressão favoreceria a autorrealização do indivíduo e o livre desenvolvimento da personalidade. Indica também Salvador Coderch que Brandeis opinou em uma das decisões do Tribunal Supremo (*Whitney v. California*), que a liberdade de expressão seria a válvula de segurança do sistema social.

<sup>4</sup> Canotilho e Machado (2003, p. 8).

<sup>5</sup> De início, destaca-se que havia sido proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade com o mesmo fim, que restou não conhecida pela impossibilidade jurídica do pedido. Adotou o STF a teoria kelseniana da *revogação* (e não a inconstitucionalidade superveniente) pela Constituição das normas a ela anteriores e incompatíveis.

[Por este motivo, a imprensa tem o papel de matriz da *opinião pública* que é [...] o 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.

Enaltece, também, o *pluralismo cultural ou social genérico*, virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários, ao defender que a Constituição estabelece a vedação do monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social. Ressalta, com acerto, que a imprensa livre contribui para a concretização da soberania, entendida como exclusiva qualidade do eleitor-soberano; e da cidadania (inciso II, art. 1º, CF), o apanágio do cidadão. Nesse sentido, a liberdade de imprensa e a democracia mantêm uma entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação.

Afasta, nessa esteira, a categorização conceitual de “normas-princípio” e define que a liberdade de expressão tem *preferência cronológica* ante as suas restrições impostas pela Constituição, pois existe uma “linha direta entre a Imprensa e a sociedade civil [...] à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário [...] a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos da personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e expressão *lato sensu*.” Parte, ato contínuo, para uma interpretação histórica da fustigada Lei, para auferir que esta não merece interpretação conforme, pois eivada de arbitrariedade em sua gênese. Preocupa-se, no entanto, com o direito de resposta, mas lhe oferece *autoaplicabilidade*, para, ao final, posicionar-se a favor do pedido da ADPF pela não recepção *in totum* do guerreado diploma legislativo. Foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Lewandowski, Carmem Lúcia, Celso de Mello e Peluso. Vencidos, em parte, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, e, totalmente, o Ministro Marco Aurélio.

Tem-se, portanto: a) *Paradigmas normativos*: arts. 5º, IV, V, IX, X, XIII, XIV, 220, 223, CF; b) *Objeto*: Lei 5250/67; c) A primordial *fundamentação*: não recepção (revogação) de lei anterior à Constituição; d) *Teoria constitucional*, entre outros: a utilização constante de marcos normativos internacionais, os métodos hermenêuticos, os elementos interpretativos e princípios de interpretação constitucional, a alusão às dimensões e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a menção à impossibilidade da fossilização da Constituição e o uso de técnicas de decisão.

Urge, inegavelmente, uma ilação diante da decisão agora exposta: a) a tese de que a Constituição de 1988 estabeleceu uma primazia entre bens jurídicos constitucionais (posição preferencial<sup>6</sup>) confronta, em certa parte, com a doutrina

<sup>6</sup> A referida teoria da *preferred position* teve origem na *Supreme Court* estadunidense no caso *United States x Caroline Products Co.* a partir de uma nota explicativa no voto do *Justice Harlan Stone*. Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania* (319 U.S. 105 (1943)), a Suprema Corte norte-americana decidiu, textualmente, que “*Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position.*” A doutrina da posição preferencial foi reafirmada novamente em 1945, no julgamento do caso

da unidade hierárquico-normativa adotada pelo STF no caso dos “Analfabetos” (ADI 4097) e no da “Proporcionalidade de Congressistas” (ADI 815);<sup>7</sup> b) colide a defendida primazia com o princípio de interpretação constitucional da concordância prática ou harmonização que recomenda ao aplicador das normas constitucionais que há de se interpretar a Constituição de tal maneira que não se produza o sacrifício/esvaziamento de uma norma ou valor constitucional em detrimento de outra norma ou valor.

Antes de comentar a ressonância dessas teses no Alto Tribunal, é de se concordar que a liberdade de expressão, desde sua consideração libertária ou subjetiva, é uma liberdade ante o Estado. Nasce antes que a expressão, pois para exteriorizar algo, há de se gestar antes esse algo. Por isso, é imprescindível esta liberdade para a elaboração, formação e posterior manifestação do pensamento.<sup>8</sup> A liberdade de expressão assume, decerto, um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, dada sua função instrumental de afirmação da liberdade individual de pensamento e de opinião, desembocando-se, assim, na garantia da autodeterminação democrática da sociedade política.<sup>9</sup>

Nessa linha de raciocínio, estão compreendidos três elementos na liberdade de expressão *latu sensu*: a) liberdade de expressar opinião, difusão de ideias ou pensamentos, produto de uma combinação do substrato ideológico e da interpretação da realidade, que se conforma no direito a não ser impedido de se expressar; b) liberdade de expressão e o direito ao acesso aos meios de expressão/informação, que seria o direito de obtenção de informação e de apreciação do que usualmente se entende por opinião pública sobre uma questão concreta; c) liberdade ideológica ou de pensamento, que é prévia às outras liberdades e constitui o núcleo substancial do qual deriva a possibilidade de formação de ideias e pensamentos próprios do indivíduo ou de grupos sociais.<sup>10</sup>

Para o desenvolvimento de quaisquer destes elementos dantes descritos é forçoso o *pluralismo* para a expressão política democrática, como também para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. O conceito constitucional de pluralismo desdobra-se em *multiplicidade* e *diversidade*. Para tanto, insta verificar o estado da informação no país, se é apropriado e suficiente para a formação de juízos fundamentados sobre a *res publica*, é dizer, a sua gestão e a sua orientação. Pluralismo, pois, significa variedade e, principalmente, diferença. Engloba simultaneamente a liberdade de expressão e a liberdade de organizações políti-

---

*Thomas v. Collins* (323 U.S. 516 (1945)). Na ocasião, a corte decidiu que “2. *The task of drawing the line between the freedom of the individual and the power of the State is more delicate than usual where the presumption supporting legislation is balanced by the preferred position of the freedoms secured by the First Amendment. 3. Restriction of the liberties guaranteed by the First Amendment can be justified only by clear and present danger to the public welfare.*” Entretanto, esta teoria, aceita em seus inícios (ÁLVAREZ CONDE, 1991, p. 11-70), sucumbiu ante o argumento de que esta posição preferente somente se reconhece quando, efetivamente, por meio de seu exercício se persiga a finalidade de garantir a existência de uma opinião pública livre, pautada na veracidade e relevância pública da notícia (ANDREU MARTÍNEZ, 2006, p. 147-178).

<sup>7</sup> Casos em que se sustentou inaplicável na jurisdição brasileira a tese de Otto Bachof (1977).

<sup>8</sup> Cunha e Cruz (2009, p. 311).

<sup>9</sup> Machado (2002, p. 61).

<sup>10</sup> Rebelo (1998, p. 33-34).

cas.<sup>11</sup> Está aí incluído, pois, o *pluralismo informativo*, pois somente com o conhecimento das diferentes tendências ideológicas, os cidadãos participarão efetivamente do processo democrático (mercado das ideias). Insere-se nesse conceito, também, o *pluralismo de meios* ou canais de comunicação, imprescindível para que a informação possa ser amplamente divulgada e recebida pelo maior número de indivíduos. Também presente está o *pluralismo sociocultural*, pois à democracia interessa uma participação consciente dos cidadãos resultada de um processo dinâmico de formação de ideias e opiniões que expressam as diversas dimensões do ser humano. É, de fato, nesse sentido, que o Estado Constitucional se configura sob as premissas do *pluralismo*, entendido em sua mais extensa concepção, conjugado com os *valores democráticos*.

Daí que a defesa da liberdade de imprensa se confunde com a própria defesa da liberdade de expressão e do direito à informação. Realmente, em seu discurso inicial do livre debate, John Milton (1608-1674), com sua *Areopagítica*, dirigiu-se ao Parlamento Inglês, no seio da Revolução Puritana, e reivindicou a liberdade de imprensa como direito pessoal não circunscrito ao âmbito parlamentar, ao exortar àquele Legislativo que abolisse o restritivo sistema de censura prévia vigente na Inglaterra.<sup>12</sup> Configurou-se, pois, como o instrumento pelo qual a informação é difundida para a sociedade, transformando-se em um dos baluartes do movimento democrático.

É inegável, hodiernamente, o poder social que da imprensa se extrai. A sua relevância lhe direciona o protagonismo na sociedade democrática, com repercussões econômicas, políticas, sociais e jurídicas. Com a liberdade de imprensa, portanto, vislumbra-se proteger institucionalmente o veículo que conduz as informações e as opiniões. É, portanto, materialmente superlativo o seu espaço na democracia contemporânea.<sup>13</sup> E pelo seu indubitável caráter adjetivo pode ser, portanto, combinada tanto com a liberdade de expressão quanto com o direito à informação, ao ponto de se entremear com estes.

Não obstante, é de se convergir com a maioria dos Ministros (Gilmar Mendes, Menezes Direito, Lewandowski, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello) que, em consonância com a jurisprudência do STF (RJT 173/805-810, 807-808, v.g.), não referendaram a primazia, tampouco a natureza absoluta da liberdade de imprensa (inserida na liberdade de expressão). A propósito, importa subscrever a citação do texto libertário de HUME e a análise do Ministro Menezes Direito, que reforça que há de ter um sistema eficiente de freios e contrapesos, pois quanto mais forte se põe uma instituição, mais frágil se torna pela arrogância, pelo arbítrio e pela sensação de permanente acerto: “Nenhuma instituição pode arrogar-se em deter o absoluto, a

<sup>11</sup> Carvalho, Cardoso e Figueiredo (2005, p. 47-53).

<sup>12</sup> O primeiro escrito da modernidade nesse sentido, como adverte Saldaña Díaz (2005). Disponível em: <<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento>>. “Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties.

<sup>13</sup> Dahl (2001) introduz a concepção de *poliarquia* (“governo de muitos”) para se referir à democracia representativa atual, a qual se baseia em seis pilares ideais: a) representantes eleitos; b) eleições livres, justas e frequentes; c) *liberdade de expressão*; d) *fontes de informação diversificadas*; e) autonomia para as associações; e f) a cidadania inclusiva.

vedação inconsequente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de agir das outras instituições.”

Também louvável a linha do Ministro Joaquim Barbosa, de que a liberdade de imprensa “tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação”. Na mesma esteira, advertiu o Ministro Gilmar Mendes que, atualmente, há duas concepções sobre a liberdade de imprensa: a liberal (mercado das ideias) e a cívica ou republicana (deliberação pública e democrática). A **concepção liberal, se entendida como destacado na decisão**, posiciona-se pela existência de preponderância entre direitos fundamentais e o consequente esvaziamento do âmbito normativo/ataque ao núcleo essencial dos preteridos. Essa postura controverte com os valores democráticos que auguraram a categoria dos demais direitos fundamentais.

Ao meu juízo, é inexorável confluir que não pode ser a liberdade de expressão um direito absoluto. A refutação desta “titulação” é explicada pelo próprio conteúdo do conceito da democracia. Nesse diapasão, Pérez Royo<sup>14</sup> ilustra a relevância da evolução dos direitos da personalidade desde o ponto de vista do indivíduo para os demais. Recorda que o habitante da cidade, anônimo e, em consequência mais autônomo que o aldeão, depende dos demais muito mais do que dependia este. A vida daquele que vive na cidade depende por completo da organização da sociedade e, portanto, converte-se em um sujeito de relações sociais e políticas nas que intervém com vontade própria. Sua personalidade é o critério para se relacionar. Por isso, dita personalidade própria é o traço que os demais lhe reconhecem, e adquire um valor tanto interno, para o próprio indivíduo, como externo, para a sociedade. A valoração de uma pessoa de si, é de suma importância desde uma perspectiva psicológica, pois se alguém não se valora a si, é difícil que o valorem os demais. Os direitos da personalidade surgem, portanto, desde esta perspectiva para ser uma garantia, na medida do possível, de controle por parte de cada pessoa da forma de se apresentar ante os demais para ser valorado.

Nesse sentido, uma democracia digna não pode se afirmar sem o reconhecimento dos direitos da personalidade. Se os cidadãos não estiverem protegidos pelos direitos da personalidade frente ao uso que se pode fazer da informação/publicação que existe sobre eles, sua liberdade para tomar decisões na sociedade civil se veria extraordinariamente limitada e sua autonomia gravemente comprometida. Em consequência, também estariam afetadas suas decisões em suas relações políticas. Se preteridos os direitos da personalidade *a priori*, a formação da vontade geral (Rosseau), que deve poder se constituir livremente a partir do exercício do direito de sufrágio por milhões de vontades anônimas e autônomas integrantes do corpo eleitoral, resultaria impossível ou estaria deveras condicionada.

Na mesma direção, opina Hesse,<sup>15</sup> de forma procedente, que quem não é capaz de decidir sobre seus assuntos ou não está disposto a fazê-lo, e quem não responde sobre suas próprias ações, dificilmente poderá questionar adequada e responsavel-

<sup>14</sup> Pérez Royo (2005, p. 372).

<sup>15</sup> Hesse (1995, 87-88).

mente os assuntos de transcendência geral, pois somente em pessoas que pensam, julgam e atuam por si mesmas descansa o potencial de novas ideias, concepções e iniciativas, irrenunciáveis para a sociedade, sem as quais esta, com o tempo, haverá de se empobrecer, ou se fossilizar, cultural, econômica e politicamente. Por isso, dado o matiz democrático da positivação dos direitos da personalidade, a proteção a tais direitos começa a ter efetiva resposta jurídica, mas somente depois da Segunda Guerra Mundial adquire um marcado conteúdo publicista, deslocando-se do puro campo dos Códigos Civis ao tipicamente constitucional.<sup>16</sup>

Sufragando esta linha, mais coesa, decerto, é a possibilidade de restrição (reserva legal qualificada) à liberdade de expressão, mais congruente é a adesão à teoria da responsabilidade social da liberdade de imprensa,<sup>17</sup> e, no mesmo contexto, revela-se ser mais adequada a *teoria relativista* da liberdade de expressão, pois, como aduz Duchacek,<sup>18</sup> os relativistas fazem uma ponderação entre a liberdade de expressão e os outros valores constitucionais, posição doutrinal que se aproxima da realidade dos Estados democráticos.

<sup>16</sup> Cordeiro (2001, p. 1230).

<sup>17</sup> Argumenta Carvalho (2002, p. 19-26) que quatro teorias doutrinam a comunicação social: 1) Teoria autoritária: durante quase dois séculos foi a única existente. Influenciou diversos regimes em épocas diferentes: a Rússia dos *Czares*, o Japão, a Alemanha *nazi*, a Itália fascista, Espanha e Portugal, além de todos os países que tiveram a forma totalitária de poder. Sua concepção prega que o poder há de governar seus subordinados e, por conseguinte, suas consciências. O poder é o depositário da verdade e utiliza a mídia para informar sobre o que os governantes entendem que seus cidadãos devem saber e as políticas que devem apoiar. Não se aceita qualquer objeção; 2) Teoria liberal: o crescimento da democracia política, da liberdade religiosa, da expansão da liberdade de comércio e de circulação, da economia do *laissez-faire* e o clima filosófico geral do Iluminismo criaram as condições para o amadurecimento desta teoria. Teve início no século XVII e se desenvolveu no XIX. Não se concebe mais o ser humano como dependente, nem que deve ser conduzido e dirigido, mas antes como um ser racional, capaz de discernir entre o certo e o errado, entre uma alternativa melhor e outra pior. O direito de buscar a verdade é um dos direitos naturais da pessoa. A imprensa não é um instrumento de governo, deve ser livre do controle e influência estatais. É um meio de divulgação de fatos e argumentos que servem de base para que os cidadãos possam controlar o poder político e decidir sobre seu rumo; 3) Teoria marxista-leninista: é uma contestação à teoria liberal que afirmava que por liberdade de imprensa se entendia a liberdade (a burguesia) para que os ricos publicassem periódicos, para que os capitalistas dominassem a imprensa e que desse modo apenas os ricos e os grandes partidos possuísem o monopólio da verdade. Conduziu esta teoria à estatização da comunicação social e a sua dependência do partido comunista no poder; 4) Teoria da responsabilidade social: se confirma depois da 2ª Guerra, propugnada por Siebert, Peterson e Schramm, em 1956, no estudo denominado *Theories of the press*. Os objetivos são basicamente os mesmos da teoria liberal, mas advoga que o livre fluxo de informações não conduz necessariamente à descoberta da verdade. Afirma que o mais importante é se garantir o direito dos cidadãos a uma informação livre, plural e objetiva. Não basta assegurar direitos aos jornalistas ou empresas do gênero, importa antes verificar o direito dos cidadãos a uma informação confiável. Reconhece o primado da liberdade de expressão, limitada às preocupações de possíveis vulnerações da intimidade, da honra e da própria imagem.

<sup>18</sup> Duchacek (1976, p. 293ss).

### 3 Caso “Dispensabilidade do Diploma para a Profissão de Jornalista”: RE 511961

O caso epigrafado ratifica a posição fulgurante da liberdade de expressão, do direito à informação e da liberdade de imprensa no regime democrático deflagrado em 1988. Na origem, o Ministério Público Federal manejava ação civil pública em face da União, pugnano pela não recepção pela Constituição Federal do artigo 4º, inciso V, do Dec-Lei n. 972, de 1969, que exige o diploma de Curso superior de Jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício profissional de jornalista, para evitar a punição daqueles que não o possuem.

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, em sede preliminar, adverte a respeito da delimitação do âmbito de proteção e da identificação das restrições e conformações da liberdade de exercício profissional, inscrita no art. 5º, XIII, da *Cidadã*. Assinala uma reserva legal qualificada, pois o comando normativo remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional. Não obstante, admite que esta reserva não seja ilimitada, e sinaliza pela prevalência da teoria interna de restrição dos direitos fundamentais, quando exalta os limites imanentes, que norteiam a restrição legislativa de direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição e aludem tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Neste tom, referenda o princípio da proteção do núcleo essencial e salienta a prevalência do princípio da reserva legal proporcional, o que impõe o exame da restrição do exercício profissional dos jornalistas sob a ótica do princípio da proporcionalidade. Afirma que inexistente dano à coletividade na profissão de jornalista, “[...] por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral” e por isso não pode ser “[...] objeto de exigências quanto à capacidade técnica para o seu exercício”, pois “[...] as violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão.”

Nesse contexto, diferencia o jornalismo despreparado e o jornalismo abusivo, pois este representa um problema ético, moral, penal e civil, que não se relaciona com a formação técnica do jornalista, mas sim à formação cultural e ética do profissional, que pode ser reforçada, mas nunca completamente formada, nos bancos de uma faculdade. Aponta como crucial que o jornalismo se vincula estreitamente com o pleno exercício das liberdades de expressão e informação, o que implica a análise sistemática com estes, e observa que a conjugação do inciso XIII, com os IV, IX, XIV, do art. 5º e o art. 220 da Constituição da República “[...] leva a conclusão de que a ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas.” O embaraço ao exercício profissional do jornalismo acarretaria censura prévia e, ademais, opina pela impossibilidade de

criação de autarquia a respeito, pois igualmente representaria um controle prévio. Consigna que o poder social da imprensa e o exercício abusivo do jornalismo há de ser remediado pela responsabilização civil *a posteriori* e pela autorregulação. Conclui, pois, pela não recepção do fustigado Decreto-Lei. O substancial voto foi acompanhado pela maioria dos seus pares, com um ou outro acréscimo na fundamentação.

Já o Ministro Marco Aurélio faz um exame pragmático da demanda e suas reflexões na sociedade. Traça um paralelo com vigência das demais normas forjadas naquela época e insiste no alegado de que vivemos em uma democracia onde não há “[...] cerceio à liberdade que encerra também o dever de informar e bem informar a população.” Vê necessidade de o jornalista frequentar os bancos universitários para ter “técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva publicar no veículo de comunicação, alfim, para prestar serviço no campo da inteligência.” Por isso, conhece o recurso interposto, mas lhe nega provimento.

Na síntese formal, constata-se: a) *Paradigmas normativos*: art. 5º, IX e XIII, e art. 220, *caput* e § 1º, CF; b) *Objeto*: art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972, de 1969; c) *Fundamentação*: não recepção pela Constituição Federal do objeto, que exige o diploma de curso superior de jornalismo, por ser uma restrição legislativa inadequada, desnecessária e desproporcional à liberdade de exercício de ofício; d) *Teoria constitucional*: admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público com o objetivo de proteger interesses individuais homogêneos e também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação, hermenêutica e interpretação constitucional, as teorias sobre os direitos fundamentais.

Ao teor do que antecede, ao meu sentir, a decisão não diferenciou, de maneira incisiva ou exaustiva, os dois relevantes bens constitucionais ali insertos: liberdade de expressão e direito à informação. É irrefutável que o moderno Estado Constitucional contribuiu para a estruturação da sociedade com liberdade comunicativa, e consagrou a liberdade de expressão como um objetivo para desbloquear os canais da comunicação em nome da autonomia individual e coletiva. As capacidades cognitivas e críticas dos indivíduos, portanto, convertem-se na possibilidade e na liberdade de reconstruir a realidade individual e coletiva. Esses desenvolvimentos intelectuais, associados aos progressos tecnológicos e econômicos, fazem emergir um sistema social interativo-comunicativo, que avocou um papel determinante na democracia.<sup>19</sup> Para que o ser humano possa se expressar, de forma plena, é imprescindível ter acesso a todas as notícias que podem influir em sua vida individual e na sociedade da qual está inserto. Tal entendimento conduziu a discussão de um conjunto de ideias estruturadoras da sociedade e das instituições políticas, jurídicas e econômicas forjado, decisivamente, na *informação*.

De fato, a informação plena proporciona a maturidade intelectual para ponderar as opiniões diversas, e inclusive contrapostas, situação que se adapta ao ide-

<sup>19</sup> Machado (2002, p. 13-15).

al constitucional-democrático da livre circulação de informações e ideias. É esse o aspecto que rubrica a liberdade/direito de informação como um objetivo político da democracia. Dada esta importância funcional na conformação do Estado Constitucional, a liberdade de informação se compõe de três dimensões fundamentais: a) o direito de informar, de difundir toda a informação obtida, que desde uma perspectiva ativa e relacional representa a difusão da informação por quaisquer dos meios de comunicação na medida em que não prejudique um legítimo interesse de terceiros, b) o direito de se informar, partindo de uma postura pessoal, que se traduz na possibilidade irrestrita de utilizar toda a informação obtida legalmente e todos os meios legítimos existentes na busca da informação, c) o direito a ser informado, uma atitude receptora, de receber informações, isto é, uma versão positiva do direito de se informar que se revela no direito a ser mantido informado e a exigir que a informação cumpra seu principal objetivo.<sup>20</sup>

O titular de tal liberdade é a coletividade, cada um de seus membros e, em relação à sua estrutura, pode-se dizer que forma parte das liberdades positivas ou direitos de prestação. Configura-se desde uma ambivalente perspectiva de proteção: por um lado, uma prestação positiva, de receber e de difundir a informação na medida em que seja veraz e publicamente relevante; por outro, a negativa, de proibir os impedimentos desarrazoáveis que possam afetar a efetiva divulgação da notícia. A liberdade/direito de informação, como visto, já não se concebe, simplesmente, como um mero limite ao exercício do poder político que avalize interesses individuais, senão que também expressa um conjunto de valores objetivos que afetam a sociedade e que exigem do poder público uma ação positiva para a garantia de seu exercício efetivo.

Impende, pois, perguntar se existe uma diferença entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação. Não raro se admite que o direito à informação tenha sua origem na liberdade de expressão, entretanto, tem de se aplicar, por certo, um critério mais permissivo para a segunda, pois seu valor ou “desvalor” são muito mais difíceis de medir que no caso da segunda. Não sem razão O’Callaghan Muñoz<sup>21</sup> adverte que não se pode dizer que a liberdade de expressão e o direito-dever de informação tenham o mesmo conceito, mas este está englobado naquela. A principal distinção entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação, abordada de forma muito simplista, é que enquanto os fatos (informação) são suscetíveis de provas, as opiniões ou juízos de valor (expressão), por sua natureza abstrata, não se prestam a uma fidedigna demonstração.<sup>22</sup>

Efetivamente, essa premissa leva a afirmar que a quem exerça a liberdade de expressão não se lhe é exigível a prova da veracidade ou diligência na averiguação do que transmite. O âmbito de atuação da liberdade de expressão é mais vasto, pois se difunde ideias, opiniões ou crenças, onde não opera nem a veracidade do expressado tampouco a diligência em comprovar por seu autor. De uma opinião

<sup>20</sup> Miranda (2000, p. 455).

<sup>21</sup> O’Callaghan Muñoz (1991, p. 3).

<sup>22</sup> Cunha e Cruz (2009, p. 317).

se pode dizer que é acertada ou desacertada, mas não que é verdadeira ou falsa, porque não existe uma realidade objetiva com que se possa contrastar.<sup>23</sup>

Por seu turno, a liberdade de informação, por se referir a fatos, conta com o limite interno de veracidade e tem mais restringida sua elasticidade.<sup>24</sup> Para informar, o informador há de recorrer ao específico dever de diligência, é dizer, o dever de transmitir os fatos com lastro em um prévio embate com dados objetivos. Não se pode subtrair a garantia constitucional de todos à informação veraz e publicamente relevante. O ordenamento não faculta sua tutela constitucional a uma conduta negligente, em que prevaleça o menosprezo da veracidade (jornalismo despreparado) ou a falsidade do comunicado (jornalismo abusivo). Não é lícito comunicar simples boatos como fatos ou, pior ainda, meras invenções ou insinuações falaciosas. Todavia, a ordem constitucional protege, em seu conjunto, a informação retidamente alcançada e esparzida, ainda quando sua total exatidão seja controversa. Isso porque as afirmações errôneas são inevitáveis em um debate livre e plural, de tal forma que se imposta “a verdade” como condição para o reconhecimento do direito à informação, a única garantia de segurança jurídica seria o silêncio.

Em termos pragmáticos, essa divisão teórica pode se (con)fundir, porque não é sempre fácil depurar a expressão de pensamentos, ideias e opiniões da estrita informação. Não é infrequente que a expressão de pensamentos necessite se apoiar na narração de fatos e, reversamente, a comunicação de fatos ou de notícias não acontece nunca em um estado quimicamente puro, e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou, dito de outro modo, uma vocação à formação de uma opinião.

Para a distinção, é recorrente se empregar o critério do predomínio, é dizer, na determinação substantiva de avaliar se houve a intenção de exprimir uma opinião ou um juízo de valor em relação com uns fatos, em cujo caso se estaria ante a liberdade de expressão, ou se, pelo contrário, pretende-se transmitir informação sobre uns fatos, mas feita de maneira valorativa, situação que apontaria para o exercício do direito a transmitir uma informação.<sup>25</sup>

Portanto, para que o exercício do direito à informação esteja legitimado pela Constituição há de concorrer dois elementos de caráter positivo: a veracidade e a relevância pública da informação. Veracidade não é verdade, é a verossimilhança das alegações, razoavelmente indagada e diligentemente contrastada. Esperar a verificação de que o fato possa ser adjetivado de inconcusso, estar-se-ia instituindo uma espécie de autocensura jornalística. Há veracidade quando o jornalista informa fatos reunindo para tanto características objetivas, contrasta dados fidedignos (não meros rumores), que fazem a informação ser rotulada de séria e responsável. Quando o profissional da informação atua de forma diligente, a Constituição o protege, pois os erros informativos intrascendentes são abrangidos pelo direito constitucional à informação.

Uma informação possui relevância pública quando serve ao interesse geral e se relaciona a um assunto público, isto é, a fatos ou acontecimentos transindivi-

<sup>23</sup> Bustos Pueche (1992, p. 101-156).

<sup>24</sup> Chinchilla Marín (1993, p. 105-148).

<sup>25</sup> Pérez Royo (2005, p. 410).

duais, de transcendência política, econômica, jurídica ou social. Se a informação constitucionalmente protegida é a publicamente relevante, a forma pela qual há de ser transmitida também tem de ser a adequada. Ainda veraz e sobre um acontecimento de interesse público, não está protegida pelo direito constitucional à informação a notícia transmitida de uma maneira que não contribui em absoluto para formar a opinião pública, porque circunscrita a aspectos que não tem mais o mínimo interesse desde esse ponto de vista.

Neste contexto, uma informação prestada sem estas precauções objetivas pode sim causar dano à coletividade: a intoxicação da notícia. Não são raros os casos de intoxicadores de notícias, dos quais cito dois: a) O filme *The Corporate Hug*, concorrente da 33ª Mostra Internacional de Cinema, em São Paulo, no qual o consultor de recursos humanos Ary Itnem (“mentira” ao contrário) diz ser o representante na América Latina da Confraria Britânica do Abraço Corporativo e concede uma série de entrevistas a jornais, revistas e emissoras de tevê e rádio falando da importância do abraço nas empresas. Mas Itnem não existe, tampouco a associação da qual afirma fazer parte, b) O filme “*Starsuckers*”, do cineasta Chris Atkins, apresentado no 53º Festival de Cinema de Londres, prova que alguns jornais não se preocupam em saber a procedência de uma informação. Atkins e sua equipe fizeram ligações para tabloides repassando notícias falsas sobre celebridades. Entre as histórias publicadas está a da cantora Amy Winehouse, que teria tocado fogo em sua cabeleira. Os jornais nem pediam o nome do informante e chegavam a oferecer 600 libras por novidade.

O “Abraço Corporativo” pode ser enquadrado em jornalismo abusivo, mas os que noticiaram a informação sem veracidade (*Starsuckers*) se classificariam como jornalismo despreparado. Nada obstante, a questão é saber se a diferença conceitual entre um e outro é motivo de discrimen para pautar os efeitos danosos que os dois, dissociados ou justapostos, podem cometer no regime democrático. Nos dois exemplos, um afeta somente a credibilidade da notícia, o outro acarreta a constante vulneração veementemente aos direitos da personalidade de terceiros. A Imprensa pode sim, pois, *fabricar* notícias inverazes que afetam de forma danosa a democracia.

Em princípio, todos os cidadãos, sem exceção, são titulares do direito a transmitir a informação. A dimensão objetiva deste direito, como pressuposto da sociedade democrática, faz que seu exercício profissional, instrumentalizado por meios de comunicação institucionalizados, tenha um valor superior ao que tem o exercício por quem não é profissional da informação e não a transmite através de um meio de comunicação reconhecido como tal pela sociedade. A preservação da comunicação pública livre exige a garantia de certos direitos fundamentais comuns a todos os cidadãos, entretanto, quem se dedica à profissão de expressar opiniões e de informar exerce o direito à informação com maior frequência do que o restante de seus concidadãos. Não que esta circunstância seja um privilégio, pois, se fosse, emergiria do Estado um direito de prestação e manutenção dos meios de comunicação mediante os quais o cidadão pudesse expressar suas opiniões. A liberdade de informação é, em termos constitucionais, um meio de formação da

opinião pública em assuntos de interesse geral, cujo valor vem determinado por sua condição de garantia da opinião pública. É, pois, uma instituição consentânea ao Estado democrático, e os poderes públicos tem a obrigação de proteger. Esse valor alcança seu máximo nível quando a liberdade é exercida pelos profissionais da informação, por intermédio de um veículo institucionalizado de formação da opinião pública: a Imprensa.

Não é privilégio, portanto, transmitir informação, mas há de se identificar uma valoração distinta quando o exercício do direito à informação se faz por profissionais da informação, através de meios institucionalizados. Não significa que a mesma liberdade não deva ser reconhecida em iguais termos a quem não ostenta igual qualidade profissional, mas, com certeza, o valor desta liberdade declina quando seu exercício não se realiza pelos caminhos normais de formação da opinião pública, senão mediante meios anormais ou irregulares. Titulares, portanto, do exercício do direito a transmitir a informação somos todos, contudo, nem todos estamos no mesmo plano. O direito à informação é tão importante para uma sociedade democrática que tem de ser institucionalizado e protegido constitucionalmente em sua institucionalização. Não é suficiente a garantia desse direito como um direito subjetivo de todos os cidadãos. É necessária, ademais, uma proteção reforçada para o direito exercido institucionalmente; é dizer, por jornalistas profissionais através dos meios de comunicação reconhecidos como tais pela própria sociedade. Essa proteção reforçada foi contemplada pelo constituinte originário ao incluir de forma *sistemática*, no inciso XIV, do art. 5º, o *sigilo da fonte* no texto constitucional: “[...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Por estes peculiares motivos, coerente é a opinião do Ministro Marco Aurélio, que vê a necessidade de o jornalista frequentar os bancos universitários, para *informar* a sociedade, segundo os critérios supramencionados. Não obstante, não é necessário ser jornalista para *opinar*, expressar-se, manifestar pensamento, ideologias ou convicções.

## Conclusão

Inúmeras conclusões poderiam ser listadas neste espaço, contudo, resumi-rei as três principais:

- a) Apesar de constituir pedra angular do próprio sistema democrático, revelar-se um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo, e ser, igualmente, elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular, não se lhe pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros, como os da igualdade e da dignidade humana. A Consti-

- tuição, por certo, *a priori*, veda a censura, mas não imuniza a responsabilidade civil ou penal, pelo que foi expresso ou dito;
- b) A liberdade de imprensa contém a concepção de *instituição-ideia*, e *instituição-entidade*. Nesse sentido, a liberdade de imprensa e a democracia mantêm uma entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação;
  - c) Titulares do exercício do direito a transmitir a informação somos todos, sem embargo, nem todos estamos no mesmo plano. O direito à informação é tão importante para uma sociedade democrática que tem de ser institucionalizado e protegido constitucionalmente em sua institucionalização.

## Referências

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Algunos Aspectos del Régimen Jurídico de la Prensa. *Revista de Derecho Político*, n. 34, p. 11-70, 1991.

ANDREU MARTÍNEZ, María Belén. *La Libertad de Expresión y los Derechos al Honor e Intimidación en la Jurisprudencia Española y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2006. Ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre Derechos Humanos y Libertad de Expresión en México. San Luis Potosí, S.L.P., mayo de 2006.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais Inconstitucionais?* Tradução Cardoso Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BÖCKENDFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, 1993.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia. In: RODRIGUEZ-ARANGO, Luiz García San Miguel (Ed.) *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality shows” e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2003.

CARVALHO, Alberto Arons de. A Responsabilidade Social da Comunicação Social. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Estudos de Direito da Comunicação*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2002.

CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*. 2. ed. rev. e aum. Lisboa: Casa das Letras, 2005.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

CORDEIRO, António Menezes. Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 61, t. 3, p. 1229-1256, 2001.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2009.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001.

DUCHACEK, Ivo D. Derechos y libertades en el mundo actual. Tradução de Octavio Monserrat Zapater. *Colección ciencia política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução Ignacio Gutiérrez Guitiérrez. Editorial Civitas: Madrid, 1995.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos e deveres no mundo da Comunicação – da Comunicação Clássica à Eletrônica. *Portugal-Brasil ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999.

A evolução conceitual da liberdade de expressão ...

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen*. Madrid: Edersa, 1991.

PÉREZ LUÑO, A-E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Rev. Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2005.

REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998.

SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. «A legacy of suppression»: del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII. *Derecho y conocimiento*, n. 2, p. 175-211, 2002.

\_\_\_\_\_. «A legacy of suppression» (II): Del Control de la Información y Opinión en la América Colonial y Prerrevolucionaria. La emergencia de la libertad de prensa. *Derecho y conocimiento*, n. 3, p. 131-140, 2005.

SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.) et al. *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Recebido em 27 de março de 2011

Aceito em 20 de abril de 2011