

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/11/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32513-liberdade-de-express-o-e-crimes-contr-a-honra-praticados-pela-imprensa-pondera-o-de-bens-e-valores>

Autori: Túlio Arantes Bozola, Bruno Gomes Machado

Liberdade de expressão e crimes contra a honra praticados pela imprensa: ponderação de bens e valores.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS PELA IMPRENSA: PONDERAÇÃO DE BENS E VALORES.

Túlio Arantes Bozola*
Bruno Gomes Machado**

Sumário: 1 Introdução; 2 Aspectos históricos; 3 Direitos fundamentais; 3.1 Conceitos gerais; 3.2 Amplitude da liberdade de expressão na CF/88; 4 Função pública da imprensa; 5 Inconstitucionalidade da Lei nº 5.250 de 1967 (Lei de Imprensa); 6 Proteção constitucional da honra; 7 Dos crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria; 8 Transgressão à intimidade do indiciado pelo poder da mídia: dolo eventual ou culpa?; 9 Neoconstitucionalismo e ponderação de dois valores fundamentais: liberdade de expressão X direito à honra; 10 Conclusão; 11 Referências bibliográficas.

RESUMO: A consagração da liberdade de informação tem gerado corriqueiros abusos no âmbito constitucional por parte da imprensa brasileira, não sendo observadas, inclusive, outras garantias de cunho constitucional. Exemplo disso é a ofensa à honra dos entrevistados suspeitos de envolvimento em infrações penais por meio de expressões que expõem o indiciado ao ridículo. Mediante um viés interdisciplinar, pretende-se avaliar os limites da liberdade de expressão frente ao direito fundamental à honra de pessoas sujeitas a processos judiciais, já que o meio jornalístico tem como escopo promover a função pública. Para isso, é imprescindível a compreensão dos princípios fundamentais, a fim de mensurar os valores que ora se colidem. Assim, o estudo em tela mostra a necessidade em reconhecer, em seus diversos graus e medidas, que nenhum princípio constitucional é absoluto e que, ao se conflitarem, ter-se-á como meio hábil e efetivo à interpretação o parâmetro da ponderação.

Palavras-chave: princípios; liberdade de expressão; direito fundamental; crime contra honra; imprensa; ponderação de valores.

1. Introdução:

O estudo do tema em enfoque se deu basicamente em razão de sua inegável importância para a hermenêutica jurídica, haja vista que diariamente os órgãos de comunicação e os operadores do Direito discutem a melhor maneira de lidarem com o dever constitucional de informação e, ao mesmo tempo, resguardar, em patamar similar, a honra dos cidadãos.

* Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI), em Uberlândia/MG. Professor substituto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG. Advogado.

** Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo (UNITRI), em Uberlândia/MG.

É notório que desde a recente consagração do Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão assumiu importante destaque na Constituição Cidadã, já que o País acordava do assombroso sono letárgico chamado “ditadura”, a qual restringia através do AI-5 (Ato Institucional nº. 5) vários direitos mais sublimes do cidadão.

Em virtude disso, com a retomada da democracia refletida na liberdade em comunicar, criticar e expor os ideais, os veículos de comunicação passaram a atuar no contexto social das mais diversas áreas sem temer repressão estatal.

Nesse legado, levando em consideração o direito fundamental inerente à liberdade de expressão, os veículos de comunicação nem sempre são cautelosos quando o eixo central da matéria transmitida ao público são pessoas que estão sob investigação policial ou figuram como réus em processo criminal. O que se vê, hodiernamente, é um completo desrespeito à honra dos indiciados.

Há setores da mídia que primam pela grande audiência interpretando esta como sinônimo de bom desempenho profissional. Todavia, o zelo em aumentar o índice de audiência acaba fazendo do indiciado um protagonista de ridicularização, mediante provocações do repórter, sendo alvo de difamação, calúnia ou injúria em rede municipal ou em até mesmo nacional. Lembrando, o alvo, em sua maioria, é o cidadão de baixa renda, desinformado das garantias constitucionais, que precisa do auxílio da Defensoria Pública ou das assistências judiciárias das faculdades, a fim de aclamar pela sua inocência.

Nesse sentido, a função pública da imprensa acaba distanciando do seu ideal propagado pelos fundamentos éticos do jornalismo e pelos valores do “jogo limpo” da informação, injustiçando aqueles que ainda não foram sentenciados pelo Poder Judiciário.

O propósito central desse estudo consiste em discutir os valores e bens conflitantes nessa problemática, a partir da abordagem dos princípios fundamentais da Constituição, começando pela liberdade de expressão, depois a honra e seus reflexos no Direito Penal, além da possível pretensão no bojo da responsabilidade civil.

Por fim, serão analisados os limites da liberdade de expressão nos veículos de comunicação, nas suas variadas modalidades, frente ao direito fundamental à honra dos indiciados, uma vez que é notório o conflito entre esses dois direitos fundamentais. Tal conflito acaba por exigir mecanismos para o intérprete solucioná-lo de acordo com as peculiaridades do caso em concreto, reconhecendo que nenhum princípio constitucional é absoluto e que, ao se colidirem, ter-se-á como meio hábil e efetivo à interpretação o parâmetro de ponderação.

2 - ASPECTOS HISTÓRICOS:

Não é rara a discussão a respeito da liberdade de expressão em torno da Constituição Federal de 1988. Todavia, para a compreensão da sua amplitude sob o prisma constitucional, faz-se necessário analisar, mesmo sem grande aprofundamento, a liberdade na sua concepção histórica e sua transcendência no horizonte jurídico como direito e garantia fundamental.

Do ponto de vista da ética e da filosofia, na Idade Antiga a liberdade do homem é preexistente à própria concepção do direito positivo, justamente porque são direitos tidos como morais. Nesse sentido, a liberdade, no tocante aos direitos humanos, consubstanciava-se na dignificação ética dos seres humanos, a qual correspondia a um direito universal, imutável e superior ao criado pelo homem.

Na Idade Média, período conhecido como “Idade das Trevas”, o ideal de liberdade teve sua concepção ofuscada. Despida de pensadores e sob o controle da Igreja Católica, essa época se caracterizou pela existência de uma sociedade ignorante, fanática e submissa à vontade divina, com compilação dos ideais jusnaturalistas no seio das normas divinas. Isso propiciava um contexto de injustiça, intolerância e a concentração de privilégios para o Alto Clero.

Na Idade Moderna, já no final do século XVIII, juntamente com Hobbes e Rousseau, John Locke surgiu como um dos principais representantes do jusnaturalismo que influenciou o pensamento iluminista, calcado no trinômio estado de natureza/contrato social/estado civil. Na sua concepção individualista, “os homens viviam originalmente num estágio pré-social e pré-político, caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade, denominado estado de natureza”¹.

Todavia, como o estado de natureza não estava isento de inconvenientes, como a violação da propriedade, sobretudo, a vida e a liberdade, explicado pela ausência de leis estabelecidas e de força para executar as sentenças, os indivíduos singulares reduziram ao estado de guerra de um contra os outros.

Assim, seria útil o contrato social convalidado pelo pacto de consentimento em que os homens concordavam espontaneamente em formar a sociedade civil, a fim de preservar ainda mais o direito à liberdade que possuía no estado de natureza, vez que liberdade sem limites regenera em desordem e a sociedade tumultuada fica insuscetível de

¹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal in WEFFORT, Francisco C. “Os Clássicos da Política”**. Vol. 1. 13ª edição. Ed. Ática, 2002. p 84.

promover a liberdade. Desse modo, consolidava os direitos naturais do indivíduo à vida, à liberdade e à propriedade, alcançando, por fim, o cerne da sociedade civil.

Os direitos naturais são a expressão racional da própria natureza humana, por isso considerados direitos fundamentais, enquanto o direito positivo é produto de uma vontade, de uma cultura de escolhas proposta no Estado Democrático pela autoridade política do legislador². Isso faz entender que os princípios de direito natural são sempre positivados para legitimar a atuação do Estado através da Constituição, tratados e leis, assegurando, assim, a liberdade individual dentro da coletividade.

Nessa noção de filosofia, as primeiras inserções dos direitos fundamentais encontravam-se na Carta Magna Inglesa do Rei João Sem Terra, em 1215. O marco inicial da Constituição Liberal ocorreu com as declarações de direitos formulados pelos Estados Americanos no século XVIII, ao firmarem sua independência em relação à Inglaterra. Mas é o estopim da Revolução Francesa, em 1789, fruto de grandes pensamentos consolidados pelo lema “Liberdade, Fraternidade e Igualdade” que desempenhou o relevante papel de universalizar os direitos fundamentais.

Apesar de não haver uma concepção definitiva sobre o que é liberdade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é a melhor a concebê-la:

Art. 4º. A liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudique à ordem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.

Como se observa, a história revela que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução humanitária, com o contexto político e cultural, fatores que permitem análise sistemática do ordenamento jurídico a fim de propiciar a liberdade para o homem sem inviabilizá-la aos demais homens.

3 - DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 - CONCEITOS GERAIS:

Insculpidos no lema libertário da histórica Revolução Francesa, uma nova categoria doutrinária compreendeu os direitos humanos em três gerações, ou como preferem a

²Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 366-367.

maioria dos teóricos, dimensões dos direitos e garantias fundamentais, de modo que elas não se extinguem, mas se completam.

O eminente Ministro Celso de Mello, na esteira das dimensões dos direitos e garantias fundamentais, sintetiza (MS nº 22.164/SP, em 17/11/1995)³:

1 – Os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade.

2 – Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e acentuam o princípio da igualdade.

3 – Os direitos de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais e consagram o princípio da solidariedade.

É no prisma dos direitos fundamentais de primeira dimensão que procura-se enfatizar o princípio constitucional da liberdade de expressão.

Antes, é importante destacar algumas concepções que aparentam ser sinônimos, mas se distanciam no seu significado jurídico. Primeiro, direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos humanos, nos ensinamentos do professor J.J. Gomes Canotilho⁴:

Os direitos fundamentais são aqueles direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de determinado Estado. São por isso, delimitados espacial e temporariamente, isto é, cada Estado Soberano consagra os seus direitos fundamentais. Os direitos humanos são aqueles reconhecidos nos documentos internacionais, independentemente de qualquer vinculação do indivíduo com determinada ordem constitucional. São posições jurídicas reconhecidas ao ser humano enquanto tal, independentemente de seu vínculo jurídico com determinado Estado.

Segundo, os direitos do homem são válidos para todos os povos e em todos os tempos, ao passo que os direitos fundamentais são direitos do homem, jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço.

Pedro Lenza, ao citar Rui Barbosa, destaca ainda, a disparidade entre o significado dos direitos fundamentais de garantias fundamentais: “Rui Barbosa, ao analisar a Constituição de 1891, distinguiu as disposições declaratórias, que são as que imprimem

³MELLO, Celso de. MS nº22.164/SP, em 17/11/1995.

⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 518.

existência legal aos direitos reconhecidos e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”⁵.

As disposições declaratórias instituem os direitos, enquanto as assecuratórias as garantias. Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional e as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos.

No esteio da Constituição, o direito à liberdade se caracteriza sob várias vertentes: a liberdade de ação encontra substrato no art. 5º, II, enquanto o art. 5º, XV e LXVIII, instituem o direito à liberdade de locomoção assegurando o direito de ir, vir e permanecer.

Outrossim, a tutela à liberdade de pensamento está prevista nos termos do art. 5º, IV e V. A liberdade de crença ou consciência está elencada no art. 5º, VI, VII e art. 143, § 1º (que também ampara o foro íntimo, mas agora voltado à questão religiosa). Por fim, a liberdade de informação jornalística tem previsão no art. 5º, IX e XIV e art. 220.

É perceptível a prolixidade da Constituição em elucidar a liberdade como um dos mais importantes direitos no rol das garantias fundamentais. Porém, isto se dá no plano abstrato, cabendo valorá-la segundo as circunstâncias que determinar o fato, de modo a restringi-la ou ampliá-la.

Dallari pondera que "a preservação da liberdade está calcada numa liberdade social, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidade"⁶. Logo, evidencia-se que a conotação *restringir* não é o mesmo que *proibir*. O Estado deve reconhecer e realizar apenas a verdadeira liberdade pautada nos valores sociais.

3.2 - AMPLITUDE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CF/88:

A liberdade de pensamento é um valor intrínseco que, uma vez exteriorizado convalida-se em expressão. A expressão não se restringe apenas ao ressoar das palavras, mas tudo o que se propõe a comunicar: propagandas de idéias, sinais com as mãos ao erguer o polegar para cima indicando “positivo”, piscar as pálpebras expressando um interesse ou

⁵ BARBOSA, Rui. “República: Teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)”, Petrópolis Brasília, Vozes/ Câmara dos deputados, 1978, *apud* Pedro Lenza. “Direito Constitucional Esquematizado”. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 671.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 310.

sentimento, ou seja, as expressões não verbais também se inserem no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida.

Por isso, a liberdade de expressão será tratada como gênero a tutelar todas as atividades artísticas humanas, o direito de opinião, a manifestação do pensamento, a comunicação sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não.

A liberdade constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como ofensivas, ou indiferentes, mas também as que ocasionem transtorno ou resistências, pois a democracia, como sintetiza Dalmo de Abreu Dallari, “somente existe baseada na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo, não das agressões verbais”⁷.

Quanto ao anonimato, todos os meios de comunicação são abrangidos (cartas, matérias jornalísticas e informes publicitários), sendo que sua vedação constitucional (art. 5º, IV, CF/88) ocorre para inibir manifestação de opiniões fúteis e infundadas com intuito de desrespeitar a vida privada.

Além do amparo previsto no art. 5º, a Constituição trouxe no art. 220 dispositivo próprio para tratar dos meios de comunicação social e da liberdade de imprensa, conferindo a eles tratamento privilegiado nos seguintes termos: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

José Afonso da Silva⁸ disciplina que as formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios:

- a) não sofrerão qualquer restrição que seja o processo ou veículo por que se exprimam;
- b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço a plena liberdade de informação jornalística;
- c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística;
- d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade;

O seguimento desses princípios prelecionados pelo sábio mestre sintetiza a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) movida pelo

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26ª edição. Ed. Saraiva, 2007. p 308-309.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p 242-243.

Partido Democrata dos Trabalhadores (PDT), com decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, que será estudada em momento oportuno.

4 - FUNÇÃO PÚBLICA DA IMPRENSA.

A palavra *imprensa* não tem, aqui, a conotação restrita meio de difusão de informação impressa, devendo ser tomada em sua acepção ampla de significar todos os meios de divulgação de informação ao público, principalmente quando através dos modernos e poderosos veículos de difusão como o rádio e a televisão.

A verdadeira missão da imprensa, mais do que a de informar e divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações populares. Enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade.

Na prática do jornalismo deve haver responsabilidade por parte das empresas e profissionais. A ninguém é permitido quebrar a harmonia social ou expor a desonrar a vida moral dos seus semelhantes.

É justamente para manter esse equilíbrio que foi revogada em março de 2009 a Lei 5250/67, e assegurado nos artigos 220 e 221 da Constituição Federal os embargos à qualquer restrição concernente a liberdade de manifestação do pensamento, interditando o seu §1º a possibilidade de qualquer dispositivo de lei extirpar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

No mesmo parâmetro, a Federação Nacional dos Jornalistas reestruturou o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros em busca da transparência e responsabilidade profissional no direito de informar e de ter acesso à informação.

Composto por 19 artigos, tal código enfatiza o direito à informação, a conduta profissional do jornalista, as relações profissionais, e por fim a aplicação do Código de Ética em caso de sua violação.

No tocante à função pública da imprensa correlata ao atual Código de Ética dos jornalistas brasileiros destacam-se os seguintes dispositivos:

I – Do direito à informação

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

II – a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela

veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

III – a liberdade de imprensa, direito e pressuposto do exercício do jornalismo, implica compromisso com a responsabilidade social inerente à profissão;

Capítulo II – Da conduta profissional do jornalista

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, razão pela qual ele deve pautar seu trabalho pela precisa apuração e pela sua correta divulgação.

Art. 6º É dever do jornalista:

VIII – respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão;

Art. 7º O jornalista não pode:

II – submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação;

V – usar o jornalismo para incitar a violência, a intolerância, o arbítrio e o crime;

Capítulo III – Da responsabilidade profissional do jornalista

Art 9º A presunção de inocência é um dos fundamentos da atividade jornalística.

Art. 10. A opinião manifestada em meios de informação deve ser exercida com responsabilidade.

Art. 11. O jornalista não pode divulgar informações:

II – de caráter mórbido, sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes e acidentes;

Art. 12. O jornalista deve:

I – ressalvadas as especificidades da assessoria de imprensa, ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas;

II – buscar provas que fundamentem as informações de interesse público;

III – tratar com respeito todas as pessoas mencionadas nas informações que divulgar;

VI – promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja

publicação foi o responsável;

Art. 17. Os jornalistas que descumprirem o presente Código de Ética estão sujeitos às penalidades de observação, advertência, suspensão e exclusão do quadro social do sindicato e à publicação da decisão da comissão de ética em veículo de ampla circulação.

Lembrando que nenhum direito é absoluto, a liberdade de veiculação da informação exige o princípio da verdade, pois como ensina José Afonso da Silva⁹:

“É reconhecido o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e idéias, objetivando, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação”.

Assim, as instituições jornalísticas demonstram cautelosamente os deveres éticos que os profissionais da comunicação devem conduzir a reportagem, não se distanciando, portanto, da ideal concretização da função social.

5 - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5.250 DE 1967 (LEI DE IMPRENSA)

Instituída no óbice ditatorial, desde o início de sua vigência em quatorze de março de 1967, a Lei nº. 5.250 já era criticada pelos profissionais da área e pela opinião pública. A proposta foi elaborada pelo então Presidente da República Castello Branco, general do Exército que chegou ao poder pela força que censurava vários direitos dos veículos de imprensa.

A liberdade da imprensa era integralmente restringida, na medida em que os detentores do poder distinguiam arbitrariamente o fato de suas versões, censurando desse modo a liberdade de comunicar e informar sobre qualquer assunto que daria margem à opinião pública.

Além disso, impôs severas restrições para a atuação dos jornalistas e das empresas, tais como os referidos no art. 16 da extinta lei.

Art.16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:

I – perturbação da ordem pública ou alarma social;

(.....)

⁹SILVA, José Afonso da. **Liberdade de expressão cultural**. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, nº 2, p. 37-52, jul./dez. 2003.

Pena – de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários mínimos da região.

Parágrafo único. Nos casos do inciso I e II, se o crime é culposos:

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos da região.

Esse dispositivo da antiga lei demonstra um dos motivos que levou o Deputado Federal Miro Teixeira ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº. 130), mecanismo utilizado para declarar inconstitucionalidade de lei anterior à promulgação da Constituição Federal. Um dos objetivos era revogar, por exemplo, as penas de prisão para jornalistas por calúnia, injúria ou difamação.

O STF revogou em 30/04/2009 a Lei de Imprensa, sendo a favor da revogação sete dos onze ministros (Eros Grau, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, César Peluso, Celso de Melo e Carlos Ayres Brito, este o relator do processo), sob o argumento que a Lei 5.250/67 fora criada a partir de uma ótica punitiva e cerceadora da liberdade de expressão. Por isso, não pode vigor no atual ordenamento jurídico.

Apesar de a referida lei ter sido extirpada do ordenamento, nada impede a aplicação supletiva do Código Penal nos crimes da mesma natureza.

6 - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA HONRA:

O eminente constitucionalista Kildare Carvalho, ao discutir sobre o alcance da honra, muito bem sintetiza: “o direito à honra alcança tanto o valor moral íntimo do homem como estima dos outros, a consideração social, o bom nome, a boa fama, enfim, o sentimento da própria dignidade social refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”¹⁰.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹, discorre:

1 - Toda pessoa tem direito à sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2 - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Ed. Belo Horizonte, Del Rey. 2008. p 706.

¹¹ Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos.

3 - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.

Ainda mais, trata-se de direito da personalidade que, apesar de se assemelhar com o aspecto formal dos direitos fundamentais, distinguem no sentido, projeção e na perspectiva de uns e outros direitos. Vale os comentários do português Jorge Miranda¹²:

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder; os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares; os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou suposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do direito constitucional, os direitos de personalidade ao direito civil.

Os direitos da personalidade referem-se ao direito da pessoa em defender o que lhe é próprio, como a vida, a liberdade, a honra, a sociabilidade e a reputação¹³. É um direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos. Negativo por que o sujeito passivo, representado por classes, setores e profissões, tem a obrigação de não-fazer sem o consentimento do sujeito ativo, que encontra amparo no direito objetivo.

O grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da CF/88, que expressamente a eles se refere no art. 5º X, nestes termos: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurados o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ainda, o Código Civil de 2002 dedicou um capítulo novo para sua tutela.

A técnica do Prof. Carlos Alberto Bittar é merecedora de destaque, para quem os direitos personalíssimos podem ser distribuídos em três diferentes escaninhos, rotulados pelos aspectos físico, intelectual e moral¹⁴:

- Direitos físicos: referem-se a componentes materiais da estrutura humana, como a integridade corporal compreendendo o próprio corpo, os órgãos, os membros, a imagem.

¹²MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional. Direitos Fundamentais, Tomo IV**, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. p 58-59.

¹³DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 2º. edição. Vol. 7, Editora Saraiva. 2009. p 120.

¹⁴BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**, 2. ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995. p. 17.

- Direitos psíquicos: relativos a elementos intrínsecos da personalidade, como a integridade psíquica, compreendendo a liberdade, a intimidade, o sigilo.
- Direitos morais: concernente a atributos valorativos da pessoa na sociedade, compreendendo a identidade e a honra.

No esteio de vários elementos que compõem os direitos personalíssimos está seu caráter absoluto, carregado pela oponibilidade *erga omnes*, porque sua eficácia submete quem quer que seja. Nessa relação jurídica, o sujeito passivo universal relaciona-se a uma obrigação de abstenção.

Nesse diapasão, assim como a liberdade de expressão é um direito fundamental que garante a obtenção de uma mensagem segura do fato, do mesmo modo o direito à honra é assegurado pela Constituição para amparar o foro íntimo do sujeito de direito.

7 - DOS CRIMES CONTRA A HONRA: CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

A idéia de que os detalhes de imprensa são meras condutas de opinião é capenga e não capta a essência de toda a problemática envolvida, pouco contribuindo para uma solução adequada. A uma, porque a liberdade de imprensa inclui não apenas a liberdade em opinar (difusão de idéias), mas como foi visto no Código de Ética dos Jornalistas, promove o dever de informar (difusão de fatos). A duas, porque o abuso do direito de comunicação pode significar a violação dos direitos fundamentais, especialmente do indiciado em processo judicial. Um simples “deslize” de opinião, na realidade, poderá ser uma brutal violação da personalidade jurídica.

Cada jornalista tem o próprio estilo de vivenciar a notícia ao transmiti-la para os telespectadores. Uns mais dramáticos, outros mais serenos, cada qual no seu estilo pessoal, porém, acautelando-se quanto a veracidade dos fatos, evitando inserir notícia que contenha fato calunioso, difamante ou injurioso.

O infrator que emitir notícias desarrazoadas, a ponto de atingir a honra do acusado, estará sujeito, além da alçada cível nas iras da responsabilidade indenizatória pelos danos morais, também às conseqüências na esfera penal.

Portanto, o infrator está sujeito a duas ações, a civil e a penal. A civil tem seu fundamento no dano resultante do delito, com previsão nos arts. 186, 927 e 953 do Código Civil. A penal é conseqüência necessária do crime. Trata-se de ação civil “ex delicto” consoante art. 63 do CPP, razão em que o fato tipificado como crime repercute na esfera do particular de maneira a lhe causar prejuízo. Ou seja, trata-se essencialmente de ação civil, cuja

única vinculação com o juízo penal decorrerá de que a causa de pedir de ambas as ações (penal e civil) será um mesmo fato que, além de constituir um ilícito civil, também constituirá ilícito penal¹⁵.

Bitencourt leciona que nos primórdios da Grécia e Roma antigas as ofensas à honra era regamente punidas, vindo à conquistar tal autonomia séculos depois. O direito francês foi o primeiro a estabelecer a distinção clara entre as modalidades que esse crime poderia assumir, separando-a em calúnia, difamação e injúria¹⁶.

Seguindo a espinha dorsal do direito francês, o Código Penal Brasileiro tipifica os crimes contra a honra nas mesmas modalidades: calúnia, difamação e injúria, estabelecendo capítulo próprio na seguinte estrutura: “Capítulo V – Dos Crimes Contra a Honra – Calúnia (art. 138); Difamação (arts. 139 e 140); Injúria (art. 140) e Disposições Comuns (arts. 141 a 145).

O objeto de proteção jurídico-penal é o bem imaterial *honra*. Esta, seja objetiva ou subjetiva, é um dos bens jurídicos por excelência, pois, em princípio, o ordenamento jurídico pátrio reserva-lhe praticamente todos os institutos destinados aos crimes de exclusiva iniciativa privada, que, aliás, é a natureza jurídica da ação penal através da qual se poderá buscar a responsabilidade penal do sujeito ativo.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa física, desde que seja imputável, sem necessidade de reunir outra condição. A pessoa jurídica, em regra, por faltar-lhe a capacidade penal, não pode ser sujeito ativo dos crimes contra a honra, embora se legitime no pólo ativo da esfera civil.

Por outro lado, poderá a pessoa jurídica permanecer no pólo passivo da relação jurídica penal quando atingida no seu aspecto objetivo, em ofensas relacionadas a calúnia ou difamação. Do mesmo modo, o menor de dezoito anos e o doente mental, vez que, inimputáveis, não cometem crimes, mas podem cometer “fatos definidos como crimes”.

Por fim, o elemento subjetivo concernente aos delitos contra a honra, seja calúnia, difamação ou injúria, é apenas o dolo (direto ou eventual), de modo que se configurar culpa o fato será atípico, não havendo, portanto, crime.

Incontestes são as atitudes de emissoras de televisão que, para alavancar índices de audiência, ridicularizam os entrevistados que se encontram em pendências investigatórias,

¹⁵Cf. BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3ª edição. Ed, Saraiva, 2009. p. 187-188

¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Vol. 2, Ed. Saraiva. 2009. p. 287.

colocando em dúvida a versão do investigado, sendo que nem mesmo a autoridade policial apurou definitivamente a materialidade dos fatos e os indícios suficientes de autoria.

O acusado sabatinado em rede pública como sendo o possível autor de crime que não o praticou poderá apresentar queixa-crime por conduta típica caluniosa, chamada pela doutrina de *calúnia implícita* no magistério do Prof. Bitencourt “Não é dispensável que se afirme categoricamente a imputação do fato, pois se pode caluniar colocando em dúvida a sua autoria, questionar a sua existência, supô-lo duvidoso ou até mesmo negar-lhe a existência”¹⁷.

Para o ofensor a legislação criou a “exceção da verdade”, facultando ao sujeito ativo ofensor do crime de calúnia a possibilidade de demonstrar que sua imputação era verdadeira, tornando, desse modo, atípica sua conduta. Contudo, há a ressalva das hipóteses previstas nos incisos do parágrafo 3º do art. 138 do CP, em que, mesmo sendo verdadeiro os fatos imputados, tipificará o crime de calúnia.

Nota-se que a maior incidência de crimes contra a honra praticados pela imprensa se concentra na injúria, retratada pelo menosprezo e ofensa moral em relação ao próximo. De maneira sábia manifesta Bitencourt:

Injuriar e ofender a dignidade ou o decoro de alguém, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno.¹⁸

No mesmo sentido preleciona Luiz Régis Prado “A nota característica da injúria é a exteriorização do desprezo e desrespeito, ou seja, consiste em um juízo de valor negativo, apto a ofender o sentimento da dignidade da vítima”¹⁹.

No bojo dessa explicação, compreende-se que os jornalistas muitas vezes violam a honra subjetiva assegurada ao indivíduo, geralmente durante as entrevistas em delegacias de polícia, investidas pela sátira cabal em relação ao entrevistado, com expressões irônicas que pretendem desprezar o investigado.

Outrossim, não prospera a tese defensiva de que não há provas de que o investigado teve sua honra e moral atingidas pela veiculação das matérias, visto que, como já dito, os vocábulos, em si mesmos, são injuriosos e difamantes, o que é suficiente para a

¹⁷ Op cit. p. 29.

¹⁸ Op cit. p. 321.

¹⁹ Op cit. p. 233.

caracterização dos delitos. Nesse sentido: “Se as palavras são, por si sós, injuriosas, compete ao agente demonstrar a eventual falta do elemento subjetivo do injusto, e não à vítima provar que ele agiu com intenção de ofender”. (TACrSP, RT 624/334).

Observa-se que todas as expressões que possuem como elemento subjetivo da conduta o dolo qualificado com *animus injuriandi*, em que predomina a intenção do comunicador em exteriorizar seu desprezo e macular a honra do investigado, minado por não conseguir a versão que esperava auferir para o público, ou seja, conseguir o feito do acusado confessar a prática da conduta criminosa antes dos competentes órgãos responsáveis em apurar a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria. Óbvio, a mídia tem que encontrar o mais rápido possível algum culpado, pouco se valendo pela prudência, pois o que as vezes importa é falar e dramatizar o espetáculo e só depois o público aplaudir como um belo filme *hollywoodiano*.

Não obstante, mesmo havendo confissão do autor de determinado crime, outrora poderá recair ao ofensor da injúria as sanções do art. 140 do CP, pois a injúria é o único crime que não admite exceção de verdade, a qual se fundamenta pela inexistência de atribuição de fato, mas sim atribuição de conceito depreciativo ao ofendido. E se é natural que os fatos podem ser provados (calúnia e difamação), o mesmo não ocorre com a atribuição de qualidades negativas a alguém, sob pena de consagrar-se o direito à humilhação alheia.

8 - TRANSGRESSÃO À INTIMIDADE DO INDICIADO PELO PODER DA MÍDIA: DOLO EVENTUAL OU CULPA?

Foi visto que os crimes contra a honra não admitem a modalidade culposa, concentrando-se então no efetivo desvalor da ação propagado num resultado intencional. Em face disso, além do equivocado pensamento de compreender a liberdade da imprensa no seu caráter absoluto, surge para os jornalistas outra forma de fortalecer seu escudo de proteção da norma penal, ou seja, a emissão do juízo valorativo contida no elemento subjetivo da conduta: a culpa, já que os crimes contra a honra prevêm apenas a modalidade dolosa, e para isso torna-se dificultoso apurar o elemento probatório.

Essa manobra jurídica realizada pelo autor da conduta criminosa revela severas críticas, analisando-a no escopo do dolo eventual. O dolo é a intenção livre e consciente de praticar os elementos do tipo. Além disso, é elemento subjetivo do tipo penal. Para fins de aplicação da norma, o Código Penal, no artigo 18, inciso I, estabeleceu o crime doloso quando

o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. Nesses viés, a doutrina compreendeu o elemento subjetivo do tipo doloso em dolo direto e dolo eventual, este abrangendo a expressão “assumir o risco de produzir o resultado”.

Rogério Greco define o dolo eventual “quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito”²⁰.

Não pairam dúvidas de que a manobra jurídica e a intenção em burlar a lei são incisivas. O que se nota na prática jornalística é a presença do dolo eventual e não da culpa. Lembre-se: os crimes contra a honra permitem somente a conduta do agente na modalidade dolosa. Ainda, merece atenção, na esteira do século XXI, que não é aceitável alegar desconhecimento da lei no mundo jornalístico, sobretudo quando se trata de calúnia, injúria e difamação. Prepondera o argumento de despreparo, influência social ou comoção das imagens transmitidas.

Os veículos de comunicação não são maléficos à sociedade, pelo contrário, são eles que habilitam camadas sociais para os acontecimentos diários, são eles que sensibilizam os cidadãos a fazer ou deixar de fazer algo em busca da prevenção. Nossos interlocutores informam os direitos, deveres e obrigações.

Porém, há a faceta daqueles que, apesar de participarem de cursos de aperfeiçoamento e terem à sua disposição assistência jurídica a fim de orientá-los sobre determinadas condutas lesivas direcionadas ao entrevistado, bem como de estarem cientes que vigora código de ética específico na área de atuação jornalística, importam mais em assegurar audiência.

Nesse parâmetro de “tanto faz, quanto tanto fez”, não há que se cogitar culpa, vez que a eventualidade do dolo está estampada na conduta do telecomunicador.

Inegável atribuir à mídia o poder de convencimento sobre qualquer cidadão. O fato se perde quando alguns profissionais da mídia, displicentes pelos holofotes e pela notoriedade, acabam marginalizando a sensação de justiça, levando às páginas irrelutáveis juízos de valor, com a discussão sobre o crime e suas circunstâncias, quando, na verdade, deveriam guardar tal debate para a seara devida que é o processo penal, instrumento garantidor de aplicação do direito, onde existem normas e regras previamente estabelecidas possibilitando a discussão que se deve fazer em torno da tipicidade e culpabilidade, nos termos dos incisos LXV e LV do art. 5º da CF/88.

²⁰GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte Geral**, Vol. 1, 10ª edição, Ed. Impetus. 2008. p. 190.

Esse debate prematuro, ainda que por pessoas descompromissadas com uma boa conduta, desestabiliza a saudável discussão aferida em torno da culpabilidade. Exemplo sublime ocorre no Tribunal do Júri, onde os jurados, ao serem convencidos não pela prova dos autos, mas pela imposição massacrante do que viram na imprensa, se tornarão em meros repetidores de opinião já formada, pondo em risco a imparcialidade do Conselho de Sentença.

A verdadeira concretização da ampla defesa e do contraditório não se resume no seu aspecto formal (assistência de advogados; concessão de prazo adequado para análise dos autos, etc). O que é preciso, acima de tudo, é a verificação da ampla defesa em seu sentido material, isto é, uma análise equânime, isenta e imparcial dos fatos que são submetidos à apreciação do Poder Judiciário, enquanto titular da função típica de julgador. A postura da mídia na tentativa de exercê-la atrai para si o risco de assumir um resultado que enseja a violação à honra, além de descumprir o aspecto material da ampla defesa do acusado.

O Conselho de Sentença no Tribunal do Júri, ao condenar determinado réu que já tenha sido pré-condenado pela imprensa, não raras vezes atuará sem imparcialidade. Muitos afirmarão, pura e simplesmente, que os jurados condenaram por convicção própria. A mídia, dessa forma, está isenta de qualquer ofensa aos sentenciados? À luz do neoconstitucionalismo, permite-se aferir as ponderações em questão.

9 - Neoconstitucionalismo e ponderação de dois valores fundamentais: liberdade de expressão X direito à honra:

O neoconstitucionalismo, chamado por alguns de constitucionalismo pós-moderno ou ainda pós-positivismo, foi criado no início do século XXI, e tem por finalidade, dentro dessa atual realidade, buscar a eficácia da Constituição, deixando o seu texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, principalmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

O princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui, repita-se, caráter absoluto. Ao contrário, encontra limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios.

Como afirma Alexy²¹, todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como especialidade, hierarquia e anterioridade, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ponderação, que possibilita um equilíbrio à vinculação e à flexibilização dos direitos.

É que, no dizer do Prof. Paulo Bonavides, as “regras vigem, os princípios valem”²²; o valor neles inserido se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição. Não são apenas as leis, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

De forma geral, Barcellos²³ descreve a ponderação em uma técnica de casos complexos, os quais o raciocínio tradicional da subsunção não se adequa. Ainda, José Emílio Medauar Ommati enfatiza, ao citar Alexy: “no direito, diz Alexy, a regra da ponderação ganha o nome de princípio da proporcionalidade”²⁴.

O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos do sistema como um todo, de tal forma que as normas em oposição, no caso, liberdade de expressão frente ao direito protetivo à honra, continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

Para analisar o parâmetro de solução entre liberdade e honra, importa simplificar o processo de ponderação em três etapas²⁵.

Na primeira etapa cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.

Aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. No âmbito da liberdade de imprensa, será invocado o acesso à informação (art.5º, XIV; art.5º,

²¹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Administrativo**, Nº. 217: I-IV, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set. 1999, p73.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260.

²³ BARCELLOS, Ana Paula de. “**Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**”. In: **BARROSO, Luís Roberto. (org). A nova interpretação constitucional**. pg. 49-117. 2º edição, Ed. Renovar, 2006.

²⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. **O princípio da proporcionalidade e a constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15- jan/mar, 2007, nº. 58

²⁵ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: **BARROSO, Luís Roberto. (org). A nova interpretação constitucional**. pg. 327-378. 2º edição, Ed. Renovar, 2006

IV e art. 220, todos da CF/88). Já no escopo do conjunto argumentativo relacionado à honra, encontram-se o art. 5º, III e X da CF/88, arts. 138 a 145 do Código Penal e art. 189 do Código Civil.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. O contexto de incidência dos fatos e circunstâncias constituem a abordagem que os meios de comunicação fazem do indiciado em processo criminal.

Por fim, a terceira etapa, fase dedicada à decisão que apurará os valores dos diferentes grupos de normas bem como a repercussão dos fatos no caso concreto, sendo examinados de forma conjunta a fim de mensurar os bens que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.

A intensidade da argumentação realizada sobre os valores ora colididos é mensurada sob o prisma do princípio da proporcionalidade, de acordo com os seguintes parâmetros: a) adequação entre a finalidade da entrevista e a crítica atribuída ao indiciado; b) adoção da medida menos grave, dentre as possíveis hipóteses, frente à honra do acusado; c) relevância da conduta do jornalista face à proteção constitucional da honra do acusado.

Além disso, para prevenir contra eventual incriminação ou indenização por menoscabo à honra do indiciado, incumbe ao jornalista proporcionar à sua divulgação: a) relevância social respaldada no interesse público à sua divulgação; b) veiculação moderada da forma menos ofensiva; c) veracidade na correspondência, em essência, aos fatos ocorridos; d) cumprir com o que prevê o Código de Ética dos jornalistas.

Os interesses em jogo não se resumem em meras estratégias de “achismos”, pois há oportunistas que distorcem a liberdade de imprensa em liberdade de empresa, ocasião em que os comunicadores manipulam a informação e se limitam aos interesses editoriais. Não se quer reprimir a liberdade da imprensa e exaltar a conduta criminosa. O que se questiona é a maneira pela qual os jornalistas tratam os indiciados em processo criminal. Não se pode expor ao escárnio e humilhação a intimidade das pessoas envolvidas em inquérito policial ou em processo criminal, posto que ficam sujeitas ao sensacionalismo da imprensa.

Imagine-se a hipótese de o denunciado vir a ser absolvido por não constituir o fato infração penal, por não existir prova de ter ele concorrido para o crime ou ainda por não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, incisos III, V e VII do Código de Processo Penal) e antes, além de ter sido publicado na imprensa sua responsabilidade e

culpabilidade de forma antecipada, estas foram informadas de forma a violar sua própria honra.

Pelo que já foi demonstrado, os parâmetros para ponderar os valores em conflito são:

a) Veracidade dos fatos: se os fatos são inverídicos, sequer se estabelece o conflito, eis que não se insere no âmbito do conteúdo material da liberdade de informação e expressão o ato de mentir, transmitir dados não verdadeiros ou falsear a realidade²⁶.

b) Obtenção lícita dos fatos: assim como a CF/88 proíbe a utilização em juízo de prova obtida por meio ilícito, age do mesmo modo quanto à origem da divulgação do fato, ou seja, descartado está a arguição de liberdade de informação propagada de origem ilícita, prevalecendo então a proteção constitucional da honra, como enfatiza Cândido Furtado²⁷.

Destaca-se que o fato de a divulgação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública. Portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra do envolvidos²⁸. Contudo, deve ser cautelosamente analisado a incidência sobre o direito à honra, haja vista que, apesar de já publicado o material, a propagação do mesmo imbuído de caracteres pejorativos não excluirá a caracterização de crime contra a honra.

c) Interesse público no reconhecimento do fato: para Cláudia Viana Garcia, “o direito da liberdade de expressão e informação prevalecerá, em regra, sobre o direito à honra sempre que o conteúdo da informação suscitar interesse geral para a sociedade, sob o argumento que a imprensa estará cumprindo a função essencial de formar a opinião pública”²⁹.

Ressalta-se, porém, que o interesse público não pode prevalecer sobre a honra do indiciado em processo criminal a tal ponto de desmoralizá-lo perante o meio social, sobretudo fazendo valer o cumprimento constitucional e o Código de Ética do jornalista, conforme previsto no art. 11: “O jornalista não pode divulgar informações (...) I, de caráter mórbido,

²⁶ Cf. CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. 2008. p. 110.

²⁷ NETO, Cândido Furtado Maia. **Presunção de inocência e os direitos humanos – justiça penal e devido processo no estado democrático**. *Revista jurídica Consulex*, ano VIII, nº 171, p. 51-53, 29 de fevereiro/2004, p. 51-53.

²⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**: In *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº, p. 327, jan/jul. 2005.

²⁹ GARCIA, Cláudia Viana. **Honra e liberdade de expressão**, *Revista Consulex*. Ano V, nº. 106, 15 de Junho / 2001. p. 43.

sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes”. Note-se: o dispositivo é claro ao enfatizar as coberturas de crimes.

d) Existência de dolo direto ou eventual: para que tipifique crime contra a honra, admite-se apenas a modalidade dolosa, seja direta, seja eventual. Caso não configure a predominância do dolo, inexistirá cogitação de crime praticado contra a honra do indiciado em processo criminal por parte do veículo de comunicação.

Como parâmetro de ponderação, vale elucidar um caso corriqueiro nas emissoras do País, no qual haverá colisão entre liberdade de informação e a proteção constitucional à honra. Veja-se: *Fulano de Tal*, autuado em flagrante delito por dirigir bêbado, se recusa a fazer o teste de alcoolemia conhecido como “bafômetro”. Além disso, o indiciado é marceneiro, presidente da associação de moradores do bairro em que reside, pai de duas crianças, não possuindo nenhum antecedente criminal. Uma determinada rede de telejornal, ao chegar no local da apreensão começa a filmar o homem embriagado e tenta entrevistá-lo, não obtendo êxito em razão de negativa do mesmo.

No dia seguinte, em pleno horário nobre, a emissora divulga as imagens da apreensão de *Fulano* alcoolizado. Como *Fulano* não concedeu entrevista, é perceptível a insatisfação do apresentador, que passa a frisar inúmeras vezes a imagem dele alcoolizado, insultando-o com piadas, sátiras e comentários pejorativos.

Nessa situação hipotética, poderá *Fulano* mover queixa-crime em face do apresentador que intentou ofensas à sua honra em rede pública, pois, em tese, ocorreu crime de injúria, nos termos do art. 140 do CP, cuja natureza da ação penal é privada.

O apresentador, uma vez citado para apresentar defesa à acusação, certamente alegará que sua conduta não configurou crime, já que está exercendo um direito garantido na Carta Magna, qual seja, a liberdade de expressão, conforme o art. 5º, inciso IV, da CF/88. Em razão dessa argumentação, certamente requererá absolvição nos moldes do art. 386 do CPP: “O juiz absolverá o réu, quando (...): III - Não constituir o fato infração penal”.

Analisando o caso, como deve o juiz fundamentar sua decisão? Absolver o apresentador, prevalecendo nesse caso o princípio constitucional da liberdade de expressão, ou condená-lo como incurso no art. 140 do Código Penal, combinado com art. 5º, inciso X, da CF/88, sob o fundamento de que restou caracterizado o dolo em ofender a honra?

Pois bem, de fato colidem dois princípios constitucionais: liberdade de expressão e direito fundamental à honra. Desse modo, o intérprete-juiz deverá se atentar para as etapas do sopesamento.

Na primeira etapa, impõe-se ao juiz detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso. De um lado há o art. 5º, inciso IV, da CF/88; de outro, o art. 5º, inciso X, da CF/88 e art. 140 do Código Penal. Isso para formar um conjunto de argumentos e sustentar seu fundamento jurídico em plena harmonia com o fato.

Na segunda etapa, cabe analisar as circunstâncias e os fatos concretos que contextualizam o deslinde processual. Apurando a veracidade do fato, o apresentador poderia se comportar de outra maneira? Houve dolo em sua conduta? A emissora investe em curso de aperfeiçoamento para o melhor desempenho de seus profissionais, devido à existência do Código de Ética de Jornalistas?

Por fim, na última etapa, será o momento de realizar a ponderação dos valores apontados em questão. No caso em estudo, prevalecerá o pedido de condenação do apresentador. Em seguida, veja-se o porquê.

Com efeito, trata-se inicialmente de fatos verdadeiros: *Fulano* foi preso em flagrante pelo fato de estar dirigindo alcoolizado, violando o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97)³⁰. O conhecimento do fato foi obtido por meio lícito, tanto é que *Fulano* foi devidamente preso em flagrante e a ação dos policiais foi filmada. Há relevância social na divulgação das imagens filmadas pela emissora. O interesse público prevalece, pois é um modo de inibir possíveis transgressões futuras, demonstrando os riscos que a embriaguez ao volante pode ocasionar, inclusive reforçando à sociedade o desempenho intensivo da fiscalização no trânsito (afinal, a função da imprensa é informar com qualidade, através de críticas construtivas).

Entretanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e é fácil constatar o excesso de ofensas humilhantes a *Fulano* pelo apresentador. Pela singela análise, a

³⁰Lei 9.503/97, art. 306: Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo Federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

massacrante e exaustiva ofensa à honra é suficiente para caracterizar o dolo do apresentador em injuriar *Fulano*.

Claro que *Fulano* agiu equivocadamente ao conduzir seu veículo em estado de embriaguez, tanto é que respondeu a processo na seara penal. Todavia, isso não permite que o apresentador faça da liberdade de expressão um subterfúgio para honra alheia. Caso o jornalista mantivesse o direcionamento das críticas em relação à irresponsabilidade do condutor do veículo em dirigir embriagado, o parâmetro de ponderação dos valores teria outra análise, e a mensuração da honra certamente estaria num outro patamar de argumentação.

Portanto, ao sopesar os valores principiológicos do ordenamento jurídico, a honra do motorista se sobrepõe à liberdade de expressão invocada pelo apresentador. Isto posto, o apresentador será condenado nos termos do art. 140 do Código Penal, permitindo ainda condenação em pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, eis que houve lesão a direito da personalidade.

10. Conclusão

O presente trabalho discutiu a colisão existente entre a liberdade de expressão realizada pelos veículos de comunicação e o direito à honra das pessoas que figuram como acusados na esfera penal, traçando parâmetros de ponderação para a resolução do conflito. Nesse sentido, é possível compendiar as principais idéias desenvolvidas nas proposições seguintes:

1. A liberdade de expressão tutela os direitos de exteriorizar opiniões, idéias e juízos de valor. Constitui, assim, um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática.
2. O direito à honra alcança tanto o valor moral íntimo do homem (auto-estima) como sua consideração social (seu conceito perante a sociedade). A proteção da integridade moral tem no Brasil *status* de princípio constitucional, o que reforça a imprescindibilidade da sua tutela como bem jurídico.
3. Para preservar a área inviolável da honra, o jornalista deve, em qualquer caso, atuar no estrito respeito ao princípio da proporcionalidade. Por um lado, a intromissão na esfera pessoal não deve ir além do que é exigível para uma satisfação adequada do interesse à informação. Por outro lado, as desvantagens decorrentes do tratamento jornalístico para o

acusado têm de ser ajustadamente razoáveis à gravidade do crime e ao seu significado geral para o público.

4. Importa precisar que a legitimidade do jornalista para entrevistar, opinar e criticar os fatos criminosos não significa que possa fazê-lo sem limites.

5. A colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego de critérios de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o de especialização e o temporal. Em tais circunstâncias, o intérprete precisará utilizar a técnica de ponderação, a fim de mensurar os valores, normas ou bens jurídicos em discussão, preservando o máximo possível o conteúdo de cada uma.

6. Presentes os elementos estudados, não se admitirá a proibição da liberdade em opinar sobre os fatos tipificados criminalmente e a vedação de imagens do acusado relacionadas ao evento criminoso. No mesmo contexto, não ficará a contento dos jornalistas atribuir qualidades pejorativas à pessoa do indiciado, descumprir os mandamentos do Código de Ética dos jornalistas, distorcer a veracidade dos fatos e esquivar-se do interesse público à divulgação da matéria.

Enfim, os profissionais que atuam no meio da comunicação deverão observar os limites impostos à liberdade de expressão, de modo que não exponham ao escárnio e à humilhação a honra e intimidade das pessoas envolvidas em inquérito policial ou em processo criminal. Caso contrário, esses profissionais sujeitar-se-ão aos crimes capitulados na esfera penal, não sendo possível, em tais casos, o socorro à liberdade de expressão, em razão da ponderação de bens e valores.

11. Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Administrativo**, Nº. 217: I-IV, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set. 1999, p. 73.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e tutela penal (a experiência portuguesa)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, p. 25-57, out./dez. 1997.

BARBOSA, Rui. **República: Teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)**, Petrópolis Brasília, Vozes/ Câmara dos deputados, 1978, *apud* Pedro Lenza. “Direito Constitucional esquematizado”. 13ª edição, editora. Saraiva, ano 2009, p. 671.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). A nova interpretação constitucional. pg. 49-117. 2ª edição, Ed. Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). A nova interpretação constitucional. pg. 327-378. 2ª Ed., Ed. Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, nº, p. 327, jan/jul. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Vol. 2, Ed. Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Vol. 7, Editora Saraiva. 2009.

- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GARCIA, Cláudia Viana. **Honra e liberdade de expressão**. *Revista jurídica Consulex*, ano V, nº 106, p. 42-44, 15 de junho/2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 2°. ed, Vol 4. São Paulo, Saraiva, 2009.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**, vol. 1. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Curso de Direito Penal; Parte Especial**, 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2005, v. 2.
- MELLO, Celso de. MS nº22.164/SP, em 17/11/1995.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal** in WEFFORT, Francisco C. “Os Clássicos da Política”. Vol. 1. 13° edição. Ed. Ática, 2002. p 84.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos Fundamentais**, Tomo IV, Coimbra, Coimbra editora, 2007.
- NETO, Cândido Furtado Maia. **Presunção de inocência e os direitos humanos – justiça penal e devido processo no estado democrático**. *Revista jurídica Consulex*, ano VIII, nº 171, p. 51-53, 29 de fevereiro/2004.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal; Parte Especial**. 15. Ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v. 2.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **O princípio da proporcionalidade e a constituição**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15- jan/mar, 2007, nº. 58).
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, 7°.ed. São Paulo, Revista do Tribunais, 2008. Vol. 2.
- SILVA, José Afonso da. **Liberdade de expressão cultural**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, nº 2, p. 37-52, jul./dez. 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. 13° edição, Vol. 1, ano 2002.