

O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações

*Gilmar Ferreira Mendes***

1. Considerações preliminares

Reafirmar, e assim enfatizar, o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito não é tarefa estéril, muito menos ociosa. Se é certo que, atualmente, há uma aceitação quase absoluta de sua importância no contexto de um regime democrático e um consenso em torno de seu significado como um direito fundamental universalmente garantido, não menos certo é que, no plano prático, nunca houve uma exata correspondência entre a ampla concordância (ou mesmo o senso comum) em torno da ideia de imprensa livre e a sua efetiva realização e proteção. Mesmo em nações de democracia avançada, a liberdade de imprensa constitui um valor em permanente afirmação e concretização. Em países com histórico de instabilidade política e nas denominadas novas democracias, a paulatina construção dos fundamentos institucionais propícios ao desenvolvimento da liberdade de comunicação ainda representa um desafio e um objetivo a ser alcançado. No Brasil, como não poderia

□ Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) (1988); Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha (RFA) (1989); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha (RFA) (1990); Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP); Membro do Conselho Assessor do “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madri, Espanha; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Membro da Academia Internacional de Direito e Economia (AIDE).

□ A elaboração do presente artigo contou com a colaboração de André Rufino do Vale, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

deixar de ser, o permanente aprendizado da democracia, em constante evolução positiva desde o advento do regime constitucional instaurado pela Constituição de 1988, sempre foi indissociável da incessante busca por uma imprensa de fato livre.

Desde as primeiras positavações nas conhecidas declarações de direitos e em textos constitucionais – já a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (*Virginia Bill of Rights*) proclamava, em seu artigo 12: “*that the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but despotic governments*” –, a liberdade de imprensa constitui um valor em busca de plena realização; um ideal à procura de seu correspondente fático.

Entre a liberdade absoluta e a censura completa, a imprensa se desenvolveu ao longo dos últimos séculos, em uma luta incessante em direção à primeira. Talvez tenha sido Alexis de Tocqueville quem, com a análise de uma mente estrangeira sobre a democracia nos Estados Unidos da América, revelou tão claramente a peculiar questão sobre a definição do conteúdo da liberdade de imprensa. Pensava Tocqueville: “*Se alguém me mostrasse, entre a independência completa e a servidão inteira do pensamento, uma posição intermediária onde eu pudesse permanecer, talvez me estabelecesse nela; mas quem descobrirá essa posição intermediária?*”¹.

Dado curioso, nesse sentido, é que a grande maioria dos textos constitucionais, desde as primeiras declarações de direitos, proclamam expressamente a liberdade de imprensa como um valor quase absoluto, não passível de restrições por parte do governo ou mesmo do parlamento, por meio da

¹ Nas palavras de Toqueville: “Confesso que não professo pela liberdade de imprensa esse amor completo e instantâneo que se outorga às coisas soberanamente boas por sua natureza. Se alguém me mostrasse, entre a independência completa e a servidão inteira do pensamento, uma posição intermediária onde eu pudesse permanecer, talvez me estabelecesse nela, mas quem descobrirá essa posição intermediária? (...) Em matéria de imprensa, não há realmente meio termo entre a servidão e a liberdade completa. Para recorrer aos bens inestimáveis assegurados pela liberdade de imprensa, é preciso saber se submeter aos males inevitáveis que provoca. Querer obter uns, escapando-se dos outros, é entregar-se a uma dessas ilusões que acariciam de ordinário as nações enfermas, no momento em que fatigadas de luta e esgotadas pelo esforço, buscam meios de fazer coexistir, no mesmo solo, opiniões inimigas e princípios contrários”. TOQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica; 1996, p. 198-201.

lei. Assim ocorreu com a citada Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (art. 12) e com outros textos constitucionais originados dos processos de emancipação das colônias britânicas da América (New Hampshire, art. XII; Carolina do Sul, art. XLIII; Delaware, art. 1º, sec. 5; Pennsylvania, art. XII; Maryland, art. XXXVIII; Georgia, art. IV, sec. 3; Massachusetts, art. XVI), que influenciaram decisivamente a redação final da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791: *“O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou de proibir o seu livre exercício, ou para limitar a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de pedir ao Governo a reparação de seus agravos”*².

No Brasil, apesar de as primeiras Constituições preverem expressamente a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa³, a Constituição de 1988 adotou disposição (art. 220) que muito se assemelha ao modelo liberal clássico de garantia da liberdade de imprensa: *“Art. 220 – 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”*.

A positivação, nos textos constitucionais, da liberdade de imprensa como valor imune a restrições de todo tipo não impediu, porém, a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo. A análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na interpretação e aplicação desses textos constitucionais. A história de progressiva efetivação do valor da liberdade de imprensa se confunde com a própria história

² Cfr.: ASÍS ROIG, Rafael de; ANSUÁTEGUI ROIG, Javier; DORADO PORRAS, Javier. Los textos de las Colonias de Norteamérica y las Enmiendas a la Constitución. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Volumen III. Madrid: Dykinson; 2001.

³ Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/69, art. 153, § 8º.

de definição jurisprudencial de seus limites pelas Cortes Constitucionais. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito encontra-se na jurisprudência constitucional a respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa.

No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita, a jurisprudência das Cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa.

Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do “mercado das ideias” e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso *caso Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no *caso Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*⁴.

Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso *caso Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual e, por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa.

Analisemos então cada uma dessas tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito.

2. Duas tradições de interpretação da 1ª Emenda à Constituição Norte-Americana

⁴ Cfr.: SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.

Nos Estados Unidos, apenas na segunda década do século XX foi instaurada uma verdadeira e profunda discussão sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de imprensa protegida pela 1ª Emenda (*First Amendment*), quando a Corte Suprema foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis restritivas editadas pelo Congresso. São conhecidos os históricos pronunciamentos de Oliver W. Holmes nos casos *Schenck v. United States* (249 US 47, 1919) e *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Se no primeiro caso (*Schenck v. United States*) o Justice Holmes criou a doutrina do “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*) para justificar a constitucionalidade da lei restritiva (Lei de Espionagem de 1917, editada durante a 1ª Guerra Mundial)⁵, no seguinte caso (*Abrams v. United States*) Holmes divergiu de seus pares com o famoso pronunciamento em torno do “mercado de ideias”⁶:

“when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some

⁵ Em sucinto resumo, o caso *Schenck v. United States* pode ser descrito da seguinte forma. Um grupo de militantes socialistas, liderado pelo Sr. Schenck, distribuiu panfletos contrários à guerra, incitando os soldados a não lutar na Europa e a desobedecer às ordens de combate. Com base na Lei de Espionagem, o grupo foi acusado de vários delitos, entre eles o de conspiração, incitação ao amotinamento e obstrução ao recrutamento obrigatório. Condenados em todas as instâncias, apelaram à Corte Suprema, alegando o direito à livre expressão protegido pela 1ª Emenda. A Corte Suprema, conduzida pelo voto de Holmes, confirmou a constitucionalidade da Lei de Espionagem e das condenações, criando a doutrina do “perigo claro e iminente”, segundo a qual a restrição à livre expressão é constitucional se tem o objetivo de evitar um perigo claro e iminente. Em sua célebre argumentação, Holmes enfatizou que “a natureza dos atos, sejam quais forem, depende das circunstâncias em que se levam a cabo. A maior proteção possível da liberdade de expressão não ampararia a quem, em um teatro abarrotado de pessoas, gritasse “Fogo!”, sabendo que não há fogo. (...) O essencial é determinar, em cada caso, se as expressões foram utilizadas em um contexto e em um sentido tais que provoquem um perigo claro e iminente, dando lugar aos males que o Congresso está legitimamente habilitado a combater”.

⁶ No caso *Abrams*, tratava-se de folhetos de propaganda antibelicista e que se revelavam contra o envio de tropas norte-americanas à Rússia para o combate dos revolucionários de 1918. Em virtude desses folhetos, o Sr. Abrams e outras pessoas foram acusadas e condenadas a 20 anos de prisão, conforme as Leis de Espionagem e de Sedição, por delitos de conspiração. Apelaram à Corte Suprema, alegando seu direito à livre expressão, mas tiveram seu pleito negado com base na citada doutrina do perigo claro e iminente. O Justice Holmes, em voto particular (vencido), no que foi acompanhado por Louis Brandeis, sustentou a famosa tese do livre “mercado de ideias”.

prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country."

Os fundamentos do voto divergente de Holmes configuram o que Cass Sustain denomina de o primeiro modelo de interpretação da 1ª Emenda⁷. Defendia Holmes, em verdade, a diversidade, a concorrência e o livre intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade. Uma interpretação das liberdades de expressão e de imprensa que muito se assemelha às concepções defendidas por John Milton, em 1644, no discurso "*Aeropagítica*", certamente um dos textos mais expressivos contra a censura da imprensa e sobre a necessidade da livre e ampla circulação de opiniões como forma de alcance do conhecimento e da verdade. Para Milton, "*a opinião, entre homens de valor, é conhecimento em formação*". Indagava então John Milton ao Parlamento inglês: "*Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto?*"⁸.

Talvez seja essa uma das mais importantes funções das liberdades de expressão e de imprensa na democracia. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta. Essas concepções da liberdade encontram na obra de John Stuart Mill – "*On liberty*" – uma de suas melhores exposições. Como bem observou Isaiah Berlin, outro grande pensador das liberdades, a obra de Stuart Mill "*ainda é a mais clara, sincera, persuasiva e instigante exposição do ponto de vista dos que desejam uma sociedade aberta e tolerante*"⁹. Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada é mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a

⁷ SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.

⁸ MILTON, John. *Aeropagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks; 1999.

⁹ BERLIN, Isaiah. Introdução à obra: MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes; 2000, p. XLVII.

expressão de uma opinião. Em suas memoráveis palavras: “*Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade*”¹⁰. E continua para afirmar, categoricamente, que “*o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana*”¹¹.

A Suprema Corte norte-americana ainda manteve por um tempo seu posicionamento a favor das leis e medidas administrativas restritivas da liberdade de imprensa em casos posteriores¹², porém com os votos dissidentes de Holmes, que representam um marco na história da concepção liberal da proteção das liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos¹³.

Por outro lado, o famoso caso *New York Co. v. Sullivan* (376 US 254, 1964) representa o ponto culminante da formação de uma concepção que se iniciou em James Madison, foi acolhida por Louis D. Brandeis, em voto no caso *Whitney v. California*, e encontrou uma de suas melhores expressões no importante trabalho de Alexander Meiklejohn, que associou o princípio do *free speech* com o ideal de democracia deliberativa¹⁴.

¹⁰ MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes; 2000, p. 29.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 29.

¹² *Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New York* (1925), *Whitney v. California* (1927).

¹³ Cfr.: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado; 2006.

¹⁴ SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.

Decidiu a Suprema Corte, no *caso Sullivan*¹⁵, que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão e de imprensa, não se poderia exigir dos comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários públicos. O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade de informação. Mesmo nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda¹⁶.

A decisão cita expressamente o pensamento de Madison, no sentido de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio fundamental da forma democrática e republicana de governo na América¹⁷. Trata-se de um modelo que incorpora a ideia cívica e republicana de soberania popular simbolizada pelo “*We the people*”.

¹⁵ O caso pode ser resumido da seguinte forma. Em 1960, o jornal New York Times publicou um anúncio publicitário, apoiado e financiado por associações defensoras dos direitos dos negros, que defendia a luta dessas associações e o movimento liderado por Martin Luther King. O anúncio fazia referência às mobilizações negras e às respectivas reações por parte de policiais. L. B. Sullivan trabalhava como comissário de polícia em Montgomery (Alabama), onde ocorreram os incidentes mais graves. Considerando-se atacado pelo anúncio, que de fato continha algumas informações equivocadas, Sullivan demanda judicialmente o jornal New York Times, que é condenado pela justiça estadual a uma indenização de 500.000 dólares. Levado o caso à Corte Suprema, a sentença do Tribunal do Alabama é nula por violação à 1ª Emenda. Considerou a Corte Suprema que erros e equívocos nas informações e opiniões divulgadas por meio da imprensa são inevitáveis e para que haja difamação deve ser comprovada a intenção difamatória do agente, pertencendo o ônus da prova à pessoa supostamente difamada e não ao veículo de comunicação.

¹⁶ Para comentários e críticas à decisão em *New York Co. vs. Sullivan*, vide: CODERCH, Pablo Salvador. *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993, p. 64 e ss.

¹⁷ A jurisprudência firmada em *Sullivan* foi posteriormente aplicada pela Corte norte-americana em outros casos: *Rosenblatt v. Baer* (1966), com extensão aos candidatos a cargos públicos; *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Associated Press v. Walker* (1967), aplicando-se o entendimento a figuras públicas que não estivessem desempenhando funções oficiais; *Rosenbloom v. Metromedia* (1971), estendendo-se aos casos em que não há uma figura pública, mas se tem assuntos de transcendência pública.

Como observa Cass Sustein, o *modelo madisoniano* de interpretação da 1ª Emenda traduz o direito de livre expressão como uma parte fundamental do sistema constitucional de deliberação pública e democrática. Essa visão da Constituição não seria contrária à possibilidade de intervenção regulatória do Estado no sentido de promover e aperfeiçoar o debate público e de assegurar o bom funcionamento do regime democrático¹⁸.

Tal concepção recebeu uma de suas melhores exposições na obra *“Political Freedom”*, de Alexander Meiklejohn, na qual a liberdade de expressão é vista não como derivação de um suposto “direito natural”, mas, sim, como uma necessária garantia da livre discussão pública e do autogoverno popular¹⁹.

Alexander Meiklejohn revigorou a questão sobre o significado e os limites da liberdade de expressão na democracia: *“What do we mean when we say that ‘Congress shall make no law... abridging the freedom of speech...’? Do we mean that speaking may be suppressed or that it shall not be suppressed? And, in either case, on what grounds has the decision been made?”*. A resposta de Meiklejohn é enfática:

“Congress shall make no law...abridging the freedom of speech...says the First Amendment to the Constitution. As we turn now to the interpreting of those words, three preliminary remarks should be made.

First, let it be noted that, by those words, Congress is not debarred from all action upon freedom of speech. Legislation which abridges that freedom is forbidden, but not legislation to enlarge and enrich it. The freedom of mind which befits the members of a self-governing society is not a given and fixed part of human nature. It can be increased and established by learning, by teaching, by the unhindered flow of accurate information, by giving men health and vigor and security, by bringing them together in activities of communication and mutual understanding. And the federal legislature is not forbidden to engage in that positive enterprise of cultivating the general intelligence upon which the success of self-government so obviously depends. On the contrary, in that positive field the Congress of

¹⁸ SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.

¹⁹ MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Oxford University Press, 1965.

the United States has a heavy and basic responsibility to promote the freedom of speech.

And second, no one who reads with care the text of the First Amendment can fail to be startled by its absoluteness. The phrase, 'Congress shall make no law...abridging the freedom of speech', is unqualified. It admits no exceptions. (...)

But, third, this dictum which we rightly take to express the most vital wisdom which men have won in their striving for political freedom is yet – it must be admitted – strangely paradoxical. No one can doubt that, in any well-governed society, the legislature has both the right and the duty to prohibit certain forms of speech. (...) All these necessities that speech be limited are recognized and provided for under the Constitution. They were not unknown to the writers of the First Amendment. That amendment, then, we may take it for granted, *does not forbid the abridging of speech*. But, at the same time, *it does forbid the abridging of the freedom of speech*. It is to the solving of that paradox, that apparent self-contradiction, that we are summoned if, as free man, we wish to know what the right of freedom of speech is."²⁰

O paradoxo identificado por Alexander Meiklejohn na 1ª Emenda à Constituição norte-americana também pode ser encontrado nos textos constitucionais que, como o art. 220 da Constituição brasileira de 1988, contêm cláusula proibitiva de qualquer restrição às liberdades de expressão e de imprensa. Ao mesmo tempo em que prescrevem a não restrição dessas liberdades, tais textos não apenas permitem, como obrigam a intervenção legislativa no sentido de sua promoção e efetividade.

Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, o aparente paradoxo das liberdades de expressão, de informação e de imprensa tem sido enfrentado pelas Cortes Constitucionais com base em um postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades.

²⁰ *op. cit.*, p. 19-21.

O Tribunal Constitucional alemão não chegou a outra solução ao interpretar o art. 5º da *Grundgesetz*. É o que será analisado no tópico a seguir.

3. A dupla dimensão (subjéitiva e objetiva) da liberdade de imprensa na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

Se nos Estados Unidos é possível identificar essas duas tradições ou dois modelos de interpretação da liberdade de imprensa, na Alemanha a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpreta as liberdades de expressão e de imprensa protegidas pelo art. 5º da *Grundgesetz* de duas formas: como um direito subjétivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional.



O famoso caso *Lüth* (*BverfGE* 7, 198, 1958) é, antes de tudo, um marco na definição do significado da liberdade de expressão na democracia²¹. Em passagem emblemática, consignou o Tribunal o seguinte:

“O direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (*un des droits les plus précieux de l’homme*, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento estatal livre e democrático, pois é o primeiro a possibilitar a

²¹ No início da década de 50, precisamente no dia 20 de setembro de 1950, *Erich Lüth* – crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo – na ocasião da abertura da “Semana do Filme Alemão”, conclamou todos os distribuidores de cinema, assim como o público em geral, ao boicote do filme “*Unsterbliche Geliebte*” (*Amante Imortal*), dirigido por *Veit Harlan*, que, épocas atrás, havia produzido filmes de cunho nazista que incitavam à violência contra o povo judeu, principalmente o filme “*Jud Süß*”, de 1941. A declaração de *Lüth* se deu nos seguintes termos:

“Depois que a cinematografia alemã no terceiro Reich perdeu sua reputação moral, um certo homem é com certeza o menos apto de todos a recuperar esta reputação. Trata-se do roteirista e diretor do filme ‘Jud Süß’. Poupe-mo-nos de mais prejuízos incomensuráveis em face de todo o mundo, o que pode ocorrer, na medida em que se procura apresentar justamente ele como sendo o representante da cinematografia alemã. Sua absolvição em Hamburgo foi tão somente uma absolvição formal. A fundamentação daquela decisão (já) foi uma condenação moral. Neste momento, exigimos dos distribuidores e proprietários de salas de cinema uma conduta que não é tão barata assim, mas cujos custos deveriam ser assumidos: Caráter. E é um tal caráter que desejo para a cinematografia alemã. Se a cinematografia alemã o demonstrar, provando-o por meio de fantasia, arrojado óptico e por meio da competência na produção, então ela merece todo o apoio e poderá alcançar aquilo que precisa para viver: Sucesso junto ao público alemão e internacional.”

Instado pela distribuidora do filme a dar explicações sobre o teor de suas declarações – diante do fato de que *Harlan* já havia sido julgado e absolvido pelo tribunal competente –, *Lüth* respondeu numa “Carta aberta” ao público, de 27 de outubro de 1950, da seguinte forma:

“O Tribunal do Júri não negou o fato de que Veit Harlan foi, por um grande período, o ‘diretor n.º 1 da cinematografia nazista’ e que seu filme ‘Jud Süß’ foi um dos expoentes mais importantes da agitação assassina dos nazistas contra os judeus. Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem repudiados com um retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra esse representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote.”

Contra essas declarações de *Lüth*, as empresas produtora e distribuidora do filme “*Amante Imortal*”, respectivamente, a *Domnick-Film-Produktion GmbH* e a *Herzog-Film GmbH*, ajuizaram, no Tribunal Estadual de Hamburgo, uma ação cautelar, com pedido de medida liminar, com base no art. 826 do BGB (“*quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a repará-los*”). A liminar foi concedida, proibindo *Lüth* de (1) pedir aos proprietários de salas de cinema e empresas de distribuição de filmes que não incluíssem em seus programas o filme “*Amante Imortal*” e (2) de conclamar o público alemão a não assistir a esse filme. O Superior Tribunal Estadual de Hamburgo indeferiu a apelação de *Lüth*. Ajuizada a ação principal pelas empresas produtora e distribuidora do filme, o Tribunal Estadual de Hamburgo, no dia 22 de novembro de 1951, proferiu a seguinte decisão:

discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento. (BVerfGE 5, 85 [205]). Ele é, num certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*” (Cardozo).”

Em *Lüth*, o TFC alemão reconhece a dupla dimensão, subjetiva (individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais. Em primeira linha, considerou o Tribunal o seguinte:

“Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.”

Em seguida, não obstante, conclui o Tribunal:

“Da mesma forma é correto, entretanto, que a Constituição, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos.”

“Condena-se o acusado (Lüth), sob pena pecuniária a ser fixada judicialmente ou pena de prisão, a deixar (1) de pedir aos proprietários de anfiteatros e empresas de distribuição de filmes que não incluam o filme “Unsterbliche Geliebte”, que fora produzido pela autora ‘1’ (Domnick-Film-Produktion GmbH), cuja distribuição nacional fora confiada contratualmente à autora ‘2’ (Herzog-Film GmbH) em seus programas; e (2) de conclamar o público alemão a não assistir a esse filme.”

Lüth recorre ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo e, ao mesmo tempo, ajuíza reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), alegando que o Tribunal Estadual de Hamburgo havia violado seu direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5 I 1 GG).

O Tribunal Constitucional invalida a decisão do Tribunal de Hamburgo por considerar que esta viola o direito fundamental de *Lüth* à livre expressão do pensamento.

Essa concepção formada pela Corte alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados²². Na sua dimensão institucional, como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua *Teoria dos quatro status*, que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (Abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas²³. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung)*, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado²⁴.

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)²⁵. Tal como observado por Hesse, a garantia de

²² HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112; KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in: *JURA*, p. 617 (619), 1988.

²³ JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it., Milano: Giuffrè, 1912, p. 244; cf. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 e s.; cf. SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998, p. 153 e s.

²⁴ Cf., HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 133.

²⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 179; ver, também, CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 549.

liberdade do indivíduo, que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Estes asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática²⁶.

A dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à liberdade de imprensa foi afirmada no também famoso caso *Spiegel* (*BVerfGE* 20, 62, 1966)²⁷. Os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional ressaltam, em primeiro lugar, a importância da imprensa como “elemento essencial” do Estado assente na liberdade (*Wesenelement des freiheitlichen Staates*), na seguinte passagem:

“Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia

²⁶ HESSE, Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner e VOGEL, Hans-Jochen, *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin, 1995, v. I, p. 127 (134).

²⁷ O caso pode ser assim resumido: a revista *Der Spiegel*, publicada pela editora *Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH u. Co. KG*, veiculou artigo, na edição de 10 de outubro de 1962, intitulado “Preparado até certo ponto para a defesa” (*Bedingt abwehrbereit*), no qual foram apresentados dados sobre a situação militar da Alemanha (RFA) e da OTAN, revelando problemas, estratégias e planos para o futuro. Baseado em suspeita de crime de traição à pátria (§ 100 I StGB), o juiz de instrução ordenou busca e apreensão na editora (escritórios e demais ambientes sediados em Hamburgo, além da redação principal, sediada em Bonn), que foi realizada entre outubro e novembro de 1962, com recolhimento de amplo material jornalístico. Mantida a ordem pelo Tribunal Federal (BGH), a editora ajuizou reclamação ao Tribunal Constitucional, a qual foi julgada improcedente pelo resultado de empate na votação (4 votos pela constitucionalidade e 4 pela inconstitucionalidade da medida), por aplicação do § 15 II 4 *BVerfGG*.

representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo. Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo. Tão mais importante é a “tarefa pública” que cabe, assim, à imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas, concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir.”

Em seguida, a Corte passa a analisar o caráter institucional da liberdade de imprensa, em trecho digno de nota:

“Corresponde à função da imprensa livre no Estado democrático sua posição jurídica definida constitucionalmente. A Constituição garante, no Art. 5, a liberdade de imprensa. Se, primeiramente – correspondendo à posição sistemática do dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, em certas situações, uma posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um aspecto jurídico-objetivo. Ele garante o instituto “imprensa livre”. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras conseqüências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião. A autonomia da imprensa, assegurada pelo Art. 5 GG, estende-se da obtenção da informação até a divulgação das notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Por isso, diz respeito à liberdade de imprensa também uma certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares. Ela é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares, mas esta fonte de informações só pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o “sigilo da fonte” (*Redaktionsgeheimnis*) será mantido.”

O *caso Spiegel* é um marco na definição do significado da liberdade de imprensa na democracia e revela as “duas faces de Janus” dessa liberdade: a pessoal individual e a comunitária institucional. E, como bem assevera Manuel da Costa Andrade, “só uma compreensão atenta às ‘duas raízes’ e ao contributo irredutível de qualquer delas pode ajustar-se ao sentido da liberdade de imprensa na experiência da moderna sociedade democrática”²⁸.

O Tribunal alemão reafirmou o aspecto objetivo ou institucional da liberdade de imprensa em outros casos importantes. Em *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961), afirma-se que a liberdade de imprensa é “o instrumento mais importante da formação da opinião pública”. Em *Blinkfüer* (BVerfGE, 25, 256, 1969), o Tribunal novamente deixa consignado que “as liberdades de expressão e de imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação da opinião na democracia livre”, utilizando a significativa expressão “instituição da imprensa livre”. Em *Solidaritätsadrese* (BVerfGE 44, 197, 1977), a Corte assevera que “o conteúdo axiológico especial do direito fundamental da livre expressão na democracia livre fundamenta uma presunção básica da liberdade do discurso em todos os âmbitos, principalmente na vida pública”.

O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna uma verdadeira *garantia institucional*.

O papel das garantias institucionais no ordenamento constitucional não é desconhecido. Como é sabido, a Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 42.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa²⁹. Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo³⁰.

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar (Verfassungsauftrag)*, que obriga o legislador a expedir atos normativos “conformadores” e concretizadores de alguns direitos³¹.

Nessa linha de raciocínio, outra não poderia ser a conclusão senão a de que o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite como exige a intervenção legislativa, com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional.

O tópico seguinte desenvolverá melhor essa ideia com especial

²⁹ Cf. KREBS, *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (623).

³⁰ Cf. PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 53. Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput*, e §1º). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição. SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 182.

³¹ Cf. BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 4. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 327.

enfoque para a liberdade de imprensa, como garantia institucional, tal como protegida pelo texto constitucional de 1988.

4. A liberdade de imprensa em face de outros direitos constitucionais e a reserva legal estabelecida pelo art. 220 da Constituição

Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais³² e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam³³, a Constituição de 1988 não contemplou, expressa e diretamente, a possibilidade de intervenção restritiva do legislador no âmbito da liberdade de imprensa. Segundo o texto do art. 220, *“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”*. Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no § 1º do art. 220, segundo a qual *“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV”*.

Não se pode afirmar, porém, que o constituinte de 1988 tenha concebido a liberdade de imprensa como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. O texto constitucional não admite uma interpretação tão simplista ou simplória.

É certo que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — *“Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”* — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir

³² Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1.

³³ Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/69, art. 153, § 8º.

aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional (art. 5º, V), exige inequívoca regulação legislativa. Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Como se vê, a formulação aparentemente negativa do texto constitucional contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui expressa a *reserva legal qualificada*, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

Há, portanto, uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação

conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais (Grundrechtskollision)*.

É fecunda a jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre o assunto, especialmente no que se refere ao conflito entre a liberdade de imprensa ou a liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem. Ressalte-se, ainda, que, tal como o ordenamento constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn proíbe, expressamente, a censura à imprensa (LF, art. 5, I).

A propósito da problemática, mencionem-se duas decisões importantes proferidas pela Corte Constitucional alemã.

Na decisão de 24.02.1971, relativa à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como derivações do princípio da dignidade humana (*BVerfGE* 30, 173). O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance *Mephisto*, com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que *“todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade”* (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts. K.M.*).

Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as personagens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela *“fantasia poética do autor”* (*dichterische Phantashie des Verfassers*).

Posteriormente, concedeu o Tribunal o pedido de proibição da

publicação, tanto com fundamento nos direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a identificar no personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra. O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade ser decidido, na espécie, em favor do autor.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta, com a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*imannente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinadas pessoas, atribui-se a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica.

A editora-recorrente sustentou na *Verfassungsbeschwerde* impetrada que as decisões dos Tribunais violavam os artigos 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5.º, III, da Lei Fundamental.

A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão:

“N. 16

1. Art. 5, III, 1.º período da Lei Fundamental representa uma norma

básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual.

2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.

3. O direito de liberdade artística protege também o editor.

4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5.º, II, nem aquela contida no art. 2.º, I, 2.º período.

5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1.º, I". (Decisão da Corte Constitucional, vol. 30, p. 173).

Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas, não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a ideia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social.

O não estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística significava que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Como elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1.º), que, como princípio supremo, estabelece as linhas gerais para os demais direitos individuais. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1.º, I, da Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, bem como esta seria influenciada, diretamente, pela concepção axiológica contida no art. 1.º, I.

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram

avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive, a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório).

Contemple-se, por derradeiro, o chamado *caso Lebach* (*BVerfGE* 35, 202), de 5.06.1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa em face dos direitos de personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio — o conhecido *assassinato de soldados de Lebach* — *Der Soldatenmord von Lebach* — contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen* — *ZDF*), com a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz, não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração.

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5.º, I, da Lei Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressocialização, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre tema de inequívoco interesse público.

O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi interposto com a alegação de ofensa aos artigos 1º, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2º, I, (...) da Lei Fundamental.

A Corte Constitucional, após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália,

a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e depois de ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores.

Considerou, inicialmente, o Tribunal que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em síntese, concluiu a Corte Constitucional:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.”

No processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade.

Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o previsto no art. 5.º, X.

5. As Leis de Imprensa no Brasil e a decisão do STF no julgamento da ADPF nº 130

No Brasil, como já abordado anteriormente, todas as Constituições, com exceção da atual Carta de 1988, previram expressamente a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/69, art. 153, § 8º).

Sob todas essas ordens constitucionais, o legislador tratou de regular o tema da imprensa, sempre com algum intuito de controlar e, dessa forma, censurar a atividade dos meios de comunicação (Carta de Lei de 20 de setembro de 1830; Decreto n.º 4.269, de 17 de janeiro de 1921; Lei n.º 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto n.º 24.776, de 14 de julho de 1934; Lei n.º 2.083, de 12 de novembro de 1953).

Esse entendimento está bem demonstrado na Exposição de Motivos ao Anteprojeto da Lei de Imprensa elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e constituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Diário do Congresso Nacional (Seção II), 14 de Agosto de 1991, p. 4765):

“(...) 6. A história dos diplomas legais brasileiros demonstra a inclinação para destacar os abusos cometidos através da imprensa e não as liberdades que as devem identificar. Bem a propósito vem o Decreto de 18 de junho de 1822, com a rubrica do Príncipe Regente e o texto de José Bonifácio de Andrada e Silva, que alertava sobre a necessidade de atuação da “suprema lei de salvação pública” para evitar que ‘ou pela imprensa, ou verbalmente ou de qualquer outra maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranqüilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis, que promovendo a anarquia e a licença, ataquem o sistema que os povos deste grande riquíssimo Reino, por sua própria vontade escolheram, abraçaram e requereram...’.

Embora a ressalva do eludido decreto no sentido de não ofender ‘a liberdade bem-entendida da imprensa que desejo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito à causa sagrada da liberdade brasílica’, a vontade do poder e a situação política e institucional do Brasil daqueles tempos já estavam a conjurar contra a proclamada liberdade.

7. Se no crepúsculo da Colônia que se aludia às doutrinas ‘incendiárias e subversivas’ espalhadas pela imprensa ou mesmo verbalmente, no início do período imperial não se modificaram critérios, e os meios de repressão. A Carta de Lei de 2 de outubro de 1823, decretada pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, após declarar em seu primeiro artigo que ‘nenhum escrito, de qualquer qualidade, volume ou denominação, são sujeitos à censura, nem antes, nem depois de impressos’, hostilizava, logo em seguida, aquela petição de princípios ao punir todos que negassem a verdade dos dogmas da religião católica romana; defendessem dogmas falsos; excitassem o povo à rebelião tanto por ação direta quando por meios indiretos ‘fazendo alegorias, espalhando desconfianças’ ou atacassem a forma de Governo, a moral cristã ou os bons costumes. O elenco de discriminações e restrições tinha como vertente a concepção autoritária em torno dos crimes políticos e religiosos.

8. A contradição entre a proclamação otimista dos primeiros dispositivos e os textos imediatos das leis de imprensa em nosso País, assumiu conformação rotineira. A propósito, basta a simples leitura dos seguintes diplomas: Carta de Lei de 20 de setembro 1830; Decreto nº 4.269, de 17 de janeiro de 1921; Lei nº 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934; Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953 e Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

O art. 1º e seu § 1º do diploma em vigor constituem o modelo bem ilustrativo desse descompasso entre a retórica e o factual: 'É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censuras, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer'. '§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social e de preconceitos de raça ou classe'.

Finalmente, vale a lembrança da crítica desferida por Afonso Arinos de Melo Franco ao apreciar o Projeto do Governo nº 1.943, de 1956, sobre a nova lei de imprensa.

Referindo-se a um dispositivo do 'famigerado projeto' comparou-o à obtusa e férrea legislação bragantina e destacou a inconstitucionalidade da suspensão do jornal por prazos variáveis assim como a lei de Dom João VI fazia suspender a publicação até as necessárias correções introduzidas pelo censor (Pela Liberdade de Imprensa, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1957, p. 121).

9. É compreensível que a sucessão histórica do contraste entre a declaração de liberdade e a institucionalização da censura, produzisse nos espíritos mais prevenidos a natural resistência contra as chamadas leis de imprensa.

Não é estranhável, portanto, essa compreensão do problema, se reconhecermos que a história da lei de imprensa em nosso País é a história da censura oficial. Esta conclusão torna-se mais óbvia quando se constata a grande intimidade entre a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e as leis que cuidam das infrações políticas. Leis de imprensa e leis de segurança nacional foram concebidas e utilizadas como vasos comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado. Daí, então, a compreensível oposição à existência de uma lei especial para tornar efetiva a liberdade de informação e assegurar a sua prática, além de criminalizar aquelas condutas que se opõem a este bem jurídico."

A Lei n.º 5.250, vigente desde 1967, não destoava dessa tendência repressiva do Estado brasileiro em relação à liberdade de imprensa. A referida Lei de Imprensa, não se pode negar, era, tal como afirmado pelo Ministro Ayres Britto, "servil do regime de exceção"; ela, de fato, estava impregnada de um espírito autoritário e, por isso, não poderia passar incólume pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADPF n.º 130, Rel. Min. Ayres Britto, o Tribunal declarou que a totalidade da referida Lei n.º 5.250/1967 não fora recepcionada pela ordem constitucional de 1988 e seu renovado padrão de democracia e de liberdade. Uma decisão histórica que apreende o significado da liberdade de imprensa do Estado Democrático de Direito.

O Tribunal, por maioria³⁴, acabou fazendo uma análise da lei em bloco; um julgamento de inconstitucionalidade total. Sobressaiu, como um todo, o repúdio ao autoritarismo que subjazia à lei em sua completude. Mas, por outro lado, estava claro – pelo menos nos votos vencidos – que a velha Lei de Imprensa continha algumas normas que não colidiam frontalmente com a Constituição. Ademais, a Lei n.º 5.250/67 há muito vinha sendo objeto de depuração por parte de juízes e tribunais, e a maioria de seus dispositivos de cunho autoritário não recebia aplicação nos casos concretos. Destaca-se, nesse sentido, editorial publicado na Folha de São Paulo em 30 de março de 2008, com a seguinte passagem:

“A Lei de Imprensa deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no Brasil. Criada por uma ditadura, seu objetivo central era controlar a informação pela coação legal, imposta a veículos e profissionais. Nem todos os 33 artigos do código de 1967, entretanto, correspondiam a pressupostos de tutela. Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa passaram a ser ignorados nos Tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma hoje propicia alguma segurança jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais.”

Com a retirada da vetusta Lei n.º 5.250/1967 do ordenamento jurídico, abriu-se espaço para uma nova regulamentação dos temas relacionados à liberdade de imprensa, sempre no intuito, ressalte-se, de protegê-la e de dar-lhe plena eficácia. Em face do poder – e não raro do abuso do poder – da imprensa, é inegável que a lei, ao dispor sobre normas de organização e procedimento para o exercício do direito de resposta, por exemplo, pode constituir uma garantia do indivíduo e dos próprios meios de comunicação. É o que será analisado nos tópicos seguintes.

³⁴ Decisão: O Tribunal, por maioria (Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello) e nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 30.04.2009.

6. O poder e o abuso do poder da imprensa

O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa nasceu e se desenvolveu, como antes analisado, como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez represente a imprensa um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenhühl quando escreve que *“hoje não são tanto os media que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos media”*³⁵.

Nesse mesmo sentido são as ponderações de Vital Moreira:

“No princípio, a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a *liberdade da imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

Mas em breve se revelou que a imprensa era também um *poder social*, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam os interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora, torna-se necessário defender não só a liberdade *da imprensa*, mas também a liberdade *face à imprensa*.”³⁶

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos:

³⁵ *Apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 63.

³⁶ MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 9.

“Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos econômicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redundando ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade econômica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem).”³⁷

É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva³⁸. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são

³⁷ Op. Cit. p. 62.

³⁸ Entre outros, o mais emblemático é o conhecido e multicitado caso da Escola Base. Em 28 de março do ano de 1994, a mídia brasileira divulgou uma série de matérias referentes a um suposto crime de abuso sexual praticado contra alunos da Escola Base, no bairro da Aclimação, na cidade de São Paulo. Os acusados eram os donos da escola, Icushiro Shimada e sua esposa Aparecida Shimada, bem como o casal de sócios Paula e Maurício Alvarenga e o casal de pais Saulo da Costa Nunes e Mara Cristina França. O resultado do exame do Instituto Médico Legal (IML) foi inconclusivo, e as lesões encontradas poderiam ser atribuídas tanto a violência sexual como a problemas intestinais. A investigação sobre o caso foi capaz de afastar todas as suspeitas. Se os veículos da mídia não explicitavam sua parcialidade, ao menos produziam manchetes sensacionalistas que colaboraram para a execração pública dos donos e sócios da escola. A matéria do dia 31 de março do Jornal Nacional sugeriu o provável consumo de drogas durante supostas orgias, bem como a possibilidade de contágio com o vírus HIV. O jornal Notícias Populares, hoje extinto, trazia manchetes sensacionalistas como “Kombi era motel na escolinha do sexo” e “exame procura a AIDS nos alunos da escolinha do sexo”. No caso da Veja, em 6 de abril de 1994, foi publicada uma matéria com o título “Uma escola de horrores”. Na edição do dia 13 de abril, foi publicada matéria sobre abusos sexuais contra crianças, com a seguinte referência ao caso: “Joseane, sozinha, remoia as cenas que vira hora antes na televisão sobre o caso paulista da Escola Base, palco de orgias sexuais envolvendo alunos de 4 anos de idade”. A divulgação das informações das denúncias provocou saques à escola e depredação de suas instalações. Na época, houve a prisão preventiva dos donos da escola, que posteriormente foram libertados. Os donos faliram e foram ameaçados de morte por telefonemas anônimos. O inquérito, ao final, foi arquivado por falta de provas. Alguns veículos da imprensa, como a revista *Veja*, a *Folha da Tarde*, a *Folha de São Paulo*, o *Estado de São Paulo*, a *Rede Globo*, publicaram matérias desculpando-se pelos erros cometidos e divulgaram entrevistas com os inocentados. Entretanto, apesar do juízo de retratação, nenhum deles esclareceu perfeitamente o ocorrido. Foram propostas várias ações de indenização contra os veículos de comunicação que publicaram as reportagens. O processo contra a Editora Abril S/A, que edita a revista *Veja*, foi julgado procedente, condenando a editora a pagar R\$ 250 mil a cada um dos autores. Também foi julgado procedente o processo contra a Empresa Folha da Manhã S.A.– que edita a *Folha de São Paulo* e era responsável ainda pela *Folha da Tarde* e pelo *Notícias Populares* –, condenada a pagar 1.500 salários mínimos, ou seja, R\$ 360 mil a cada um dos três autores.

praticamente devastadores e de difícil reparação total. Mais uma vez, citem-se as sensatas palavras de Ossenbühl sobre os efeitos perversos e muitas vezes irreversíveis do uso abusivo do poder da imprensa:

“Numa inextricável mistura de afirmações de fato e de juízos de valor ele (indivíduo) vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassinio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas conseqüências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora direta da tortura medieval. Em qualquer dos casos, é irrecusável o seu *efeito-de-pelourinho*.”³⁹

No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa. Como bem assevera Manuel da Costa Andrade, “*num mundo cada vez mais dependente da informação e condicionado pela sua circulação, também os eventos relacionados com a vida da própria imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho, etc.) constituem matéria interessante e recorrente de notícia, análise e mesmo crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas concretamente envolvidas e pertinentes à área da comunicação social*”⁴⁰.

Essa perspectiva de análise não pode ser menosprezada. A garantia dos direitos fundamentais não ocorre apenas em face do Estado, mas também em relação ao poder privado. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de deixar consignado que “*as violações a direitos fundamentais não*

³⁹ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 63.

⁴⁰ Op. cit. p. 59.

ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”⁴¹.

Portanto, no debate a respeito da garantia da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, as discussões não podem ser restritas à proteção do espaço de liberdade dos meios de comunicação contra o Estado. Nos dizeres de Manuel da Costa Andrade, é preciso *“uma redefinição do paradigma de proteção constitucional da liberdade de imprensa: uma proteção atenta não só às ameaças que vêm do lado do poder político, mas também às que sopram do lado do private power”⁴².*

Nos infindáveis debates que se produziram, tanto no direito comparado como no Brasil, a respeito da denominada *Drittwirkung der Grundrechte* (eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais)⁴³, parece haver certo consenso sobre o papel primordial do legislador na devida equação dos conflitos entre direitos nas relações privadas.

A lei, nesse ponto, cumpre o fundamental papel de proteção da liberdade de imprensa em seu duplo significado, como direito subjetivo e como princípio objetivo ou garantia institucional. Assegura o exercício da liberdade de imprensa não só contra Estado, mas também em face da própria imprensa. É tarefa da lei, acima de tudo, proteger o indivíduo contra o abuso do poder da imprensa.

7. O direito de resposta

⁴¹ RE n.º 201.819/RJ, Rel. p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006.

⁴² Op. cit. p. 64.

⁴³ Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; 1999. VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor; 2004.

É fácil perceber que entre o indivíduo e os meios de comunicação há uma patente *desigualdade de armas*. Nesse sentido são as considerações de Manuel da Costa Andrade:

“Noutra perspectiva não pode desatender-se a manifesta e desproporcionada desigualdade de armas entre a comunicação social e a pessoa eventualmente ferida na sua dignidade pessoal, sempre colocada numa situação de desvantagem. Também este um dos sintomas da complexidade que as transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social em geral, como no sistema da comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar. Os meios de comunicação social, sobretudo os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autônomos, obedecendo a ‘políticas’ próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as ‘irritações’ do ambiente, designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo. Nesta linha e a este propósito, Gadamer fala mesmo de ‘violência’ sobre a pessoa. A violência de uma opinião pública administrada pela ‘política’ da comunicação de massas e atualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se nem, minimamente, condicionar. A informação – explícita o autor – já não é direta mas mediatizada e não veiculada através da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão seletivo: através da imprensa, da rádio, da televisão. Certamente, todos estes órgãos estão controlados nos estados democráticos através da opinião pública. Mas sabemos também como a pressão objetiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a possibilidade dos controles. Com outras palavras: exerce-se violência. Na síntese de Weber: entre o indivíduo e a imprensa dificilmente pode falar-se de igualdade de armas; aqui é o *ordinary citizen* que aparece invariavelmente como mais fraco e que tudo tem de esperar da proteção dos tribunais. A sua honra é por assim dizer sacrificada no altar da discussão política, isto é, socializada” (op. cit. pp. 64-65)

Nesse contexto de total subordinação do indivíduo ao poder privado dos *mass media*, o direito de resposta constitui uma garantia fundamental e, como ensina Vital Moreira, “*um meio de compensar o desequilíbrio natural entre os titulares dos meios de informação – que dispõem de uma posição de força – e o cidadão isolado e inerme perante eles. O direito de resposta – continua o autor – releva justamente da divisão entre os detentores e os não detentores do poder informativo e visa conferir a estes um meio de defesa perante aqueles*”⁴⁴.

O direito de resposta, também previsto na grande maioria dos países

⁴⁴ MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 10.

democráticos que resguardam a liberdade de imprensa – *derecho de réplica* (Espanha); *droit de réponse* e *droit de rectification* (França); *diritto di rettifica* (Itália); *Gegendarstellungsrecht* e *Entgegnungsrecht* (Alemanha) –, é assegurado a todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada) que sofra agravo proveniente de opinião (juízo de valor) ofensiva e de informação (notícia) errônea ou inverídica veiculada por meio da imprensa. Trata-se de uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da opinião ofensiva ou da notícia inverídica ou errônea, de forma proporcional ao agravo sofrido, no mesmo meio de comunicação. Portanto, ressalte-se, o direito fundamental de resposta, em toda sua amplitude, deve assegurar não apenas o *droit de rectification* – ante fatos noticiados –, mas também o *droit de réponse* – ante opiniões ou juízos de valor⁴⁵.

É o *princípio da igualdade de armas*, portanto, que fundamenta o direito de resposta, no sentido de assegurar ao indivíduo meios proporcionais de réplica em face da ofensa veiculada pela imprensa. Como ensina Vital Moreira, “*a idéia fundamental é a de que a resposta deve receber o mesmo relevo, de forma a atingir com a mesma intensidade o mesmo auditório que foi tocado pela notícia originária. Para isso requiere-se igualdade de tratamento quanto ao tamanho, colocação, dimensão dos caracteres e demais características entre a resposta e a notícia originária. Para ser uma verdadeira contra-notícia ou contra-mensagem, a*

⁴⁵ Vem do sistema francês a conceituação do direito de resposta *em sentido amplo*, como abrangente tanto do *direito de retificação* como do *direito de resposta em sentido estrito*. Por outro lado, o sistema de origem alemã protege apenas o direito de retificação (*Berichtigung*), ou seja, o direito de corrigir fatos ou informações errôneas. A filosofia subjacente a cada um dos sistemas é essencialmente distinta, ensina Vital Moreira: o sistema francês visa garantir a posição das pessoas contra a imprensa; o sistema alemão privilegia a ideia da veracidade e objetividade da imprensa, dando preferência à sociedade e não às pessoas. Países como Espanha, por exemplo, utilizam a terminologia “*derecho de rectificación*”, em razão de a proteção do direito estar circunscrita à correção de fatos, sem abarcar os juízos de valor. Como bem observa Vital Moreira, “*a opção terminológica em cada país aponta, em princípio, para o âmbito estrito ou amplo do direito de resposta*”. “Em Portugal, a Constituição fala em direito de resposta e de retificação sem qualquer restrição, o que não pode deixar dúvidas sobre uma concepção ampla do direito de resposta”. Op. cit. p. 14-15. No Brasil, o direito de resposta previsto no art. 5º, V, da Constituição, tem sentido amplo e assim deve ser considerado pelo legislador.

resposta tem de ter o mesmo destaque. Não basta que a resposta seja publicada. É necessário que o seja em paridade de condições com o texto que a motivou”⁴⁶.

Assim, o direito de resposta também pode possuir uma importante função de viabilizar o acesso do indivíduo – ou de uma coletividade, se o dano é causado a direitos ou interesses metaindividuais – aos meios de comunicação para exercício de defesa e do contraditório. Ao permitir uma espécie de compensação de forças numa relação de poder entre cidadãos e imprensa, o direito de resposta constitui garantia de uma *igualdade de oportunidades comunicativa* (*kommunicative Chancengleichheit*).

Assegurado pelo art. 5º, inciso V, da Constituição de 1988⁴⁷, o direito de resposta também é previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, art. 14), nos seguintes termos: *“Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito de fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei”* (ênfases acrescidas).

Como se vê, no Brasil, o direito de resposta é assegurado no plano constitucional⁴⁸, e pode ser exercido independentemente de regulamentação legal, mas necessita, no plano infraconstitucional, de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício. Ressalte-se que o direito de resposta é um direito fundamental à prestação, na medida em que impõe ao seu destinatário (Estado ou particulares) ações positivas, normativas (normas, órgãos

⁴⁶ Op. cit. p. 41.

⁴⁷ Art. 5º, inciso V, Constituição de 1988: *“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”*. O direito de resposta foi introduzido no Brasil por meio da Lei nº 4.743, de 31 de outubro de 1923, denominada de Lei Adolfo Gordo, e posteriormente consagrado pela Constituição de 1934 (art. 113, 9) e mantido pelas demais Constituições: Constituição de 1937 (art. 122, 15, c); Constituição de 1946 (art. 141, § 5º); Constituição de 1967/69 (art. 153, § 8º).

⁴⁸ Na maioria dos países, tais como França, Alemanha, Espanha e Itália, o direito de resposta é previsto apenas no âmbito da legislação infraconstitucional; é um direito essencialmente legal, estabelecido nas leis de imprensa. O direito de resposta é considerado, dessa forma, uma restrição legal à liberdade de imprensa.

e procedimentos) ou fáticas, no sentido de criar as condições necessárias para a sua plena eficácia.

Por ser um direito exercitável, em primeira linha, em face dos meios de comunicação, o direito de resposta é, nesse sentido, um direito oponível diretamente frente a particulares, ou um direito de eficácia *inter privatos* ou entre terceiros (*Drittwirkung*)⁴⁹. O pedido de resposta ou retificação é direcionado à empresa de comunicação, como um requerimento administrativo de caráter privado, sem a intermediação de instâncias públicas administrativas ou judiciais. Nesse sentido, e em razão do princípio da igualdade de armas, a lei cumpre relevante papel de definição de normas e procedimentos para o exercício do direito de resposta perante os meios de comunicação, tais como prazos, formas, condições, tempo e lugar de publicação da resposta ou retificação, como garantias não só do indivíduo ofendido pela notícia, mas dos próprios meios de comunicação. A fixação de regras de organização e procedimento é também uma exigência de segurança jurídica para o pleno funcionamento dos órgãos de imprensa.

Não há dúvida, assim, de que a regulamentação adequada do direito de resposta é um dos temas centrais de uma lei de imprensa. A Lei n.º 5.250/1967, que dispunha de normas reguladoras do direito de resposta (arts. 29 a 36), foi afastada do ordenamento jurídico pela decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n.º 130 (julg. em 30.4.2009). Ante o atual quadro de inexistência de parâmetros legais mínimos para a plena eficácia do direito de resposta, impõe-se ao legislador um dever constitucional, decorrente da necessária proteção da liberdade de imprensa e de outros valores constitucionais, de regulamentar o tema com garantias de proteção dos indivíduos em face do poder da imprensa e em defesa da própria imprensa.

⁴⁹ Interessante notar que o direito de resposta pode ter como sujeito ativo o Estado e, como sujeito passivo, o particular, o que representa uma completa inversão da relação jurídica fundamental indivíduo vs. Estado, que marca os direitos fundamentais numa concepção liberal clássica.

8. Notas finais

O significado da liberdade de imprensa hoje conhecido (e debatido) em vários países é o resultado de uma secular construção jurisprudencial das Cortes e Tribunais Constitucionais.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 130 incorpora, seletiva e criativamente, esse fecundo arcabouço jurisprudencial e reafirma a importância vital da liberdade de imprensa para o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Além de toda a apologia da imprensa, a decisão do STF, em verdade, renova a oportunidade para ampla discussão sobre a regulação dos meios de comunicação em geral no Brasil.

Concepções liberais e republicanas sobre o significado da liberdade de imprensa, revolvidas argutamente nos fundamentos da decisão, podem iluminar um profícuo debate público sobre mecanismos e modelos regulatórios da atividade de comunicação. E, lembre-se, a não regulação e a autorregulação também são opções regulatórias.

É inegável que a retirada da vetusta lei de imprensa implica, certamente, um avanço em termos democráticos, mas também pode gerar instabilidade e insegurança jurídicas quanto a temas relevantes, como a disciplina do exercício do direito de resposta. A estabilização das regras de organização e procedimento, nesse campo, deve ser um objetivo a ser perseguido pelos próprios meios de comunicação.