

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-155-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

**A LIBERDADE DE IMPRENSA E O ACESSO DEMOCRÁTICO PELO ACUSADO
À MÍDIA: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 240/2015**

**PRESS FREEDOM AND THE DEMOCRATIC ACESS TO THE MEDIA BY THE
ACCUSED: AN ANALYSIS OF THE BILL 240/2015**

**Igor de Lucena Mascarenhas
Fernando Antônio De Vasconcelos**

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar o projeto de Lei 240/2015 que objetiva inserir como tipo do abuso de autoridade, regulado na Lei 4.898/68, a submissão de pessoa sob sua guarda ou custódia, sem justificativa razoável, a vexame, constrangimento ou a exposição desnecessária a mídia. Através de uma análise bibliográfica e de caso, concluiu-se que o projeto poderia representar um desestímulo a oitiva da versão do principal interessado: o acusado. Sob tal prisma, a lei mitigaria o direito de voz dos afetados pelo procedimento processo criminal, uma vez que a única versão completa seria a da acusação.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa, Abuso de autoridade, Mídia sensacionalista

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the Bill 240/2015 that intend to insert a new kind of authority abuse, regulated by Law 4.898 / 68, to establish that the submission of a the person to a situation of violation of the human dignity due humiliation, embarrassment and unnecessary media exposure by police officers may be considered authority abuse. Through a literature analysis and case, we concluded that the Bill may discourage the hearing the version of the major interested: the accused. Under such perspective, the law would mitigate the right to a fair hearing, once the only complete version would be the accusation`s.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Press freedom, Authority abuse, Sensational media

1 INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei 240/2015 busca alterar a lei que regulamenta os crimes de responsabilidade e pretende qualificar como crime a submissão de pessoa que esteja sob guarda ou custódia de autoridade pública, sem justificativa razoável, a situação vexatória, de constrangimento ou a exposição desnecessária à mídia, ressalvado casos previstos em lei.

O abuso da liberdade da imprensa seria o fundamento do referido projeto, com o fito de proteger a população. O projeto de lei busca penalizar os agentes públicos por serem meio para a atuação ilícita do jornalismo, além de estar fundado em uma reformulação da Lei nº 4.898/68, editada sob a égide do regime militar.

O presente trabalho buscará analisar, a partir de um viés bibliográfico, como a liberdade de imprensa contribui para a efetivação da democracia e da cidadania. O primeiro tópico será destinado à análise do conteúdo do PL 240/2015. O segundo tópico será destinado a verificar a liberdade de imprensa como fundamento para o exercício da democracia e da cidadania. O terceiro tópico buscará apresentar que o contraditório e o direito de ser ouvido na elaboração de uma reportagem é elemento fundamental para a cidadania. O quarto tópico evidenciará que os conflitos entre direitos da personalidade e a imprensa deverão ser sopesados de acordo com a teoria do princípio da ponderação, enquanto que o quinto tópico buscará discutir medidas preventivas e repressivas do abuso da imprensa.

2 O PROJETO DE LEI 240/2015

O projeto de Lei 240/2015 de autoria do deputado federal Luiz Couto, eleito pelo Partido dos Trabalhadores (PT) pela Paraíba pretende aumentar o número de condutas típicas de abuso de autoridade.

No que se refere ao abuso de autoridade e crime de responsabilidade previstos pelo PL 240/2015, houve a pretensão de alterar a redação prevista na lei 4.898/65 no que se refere à exposição de pessoas sob guarda e custódia a situações de vexame ou constrangimento, porém tal alteração pretende ser direcionada, única e exclusivamente para exposição midiática. Eis o texto da proposta:

Art. 4º - Constitui também abuso de autoridade:

[...]

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia, sem justificativa razoável, a vexame, constrangimento ou a exposição desnecessária a [sic] mídia, salvo autorizado em lei;

O argumento do presente projeto está fundado no fato de que a Lei 4.998/65 foi editada durante o obscuro período militar e que as proibições e condutas ilícitas são extremamente vazias, ao passo que as penalidades são extremamente brandas, conforme entendimento do autor da proposta.

No atual contexto jurídico-político, de acordo com o autor do projeto, o direito à honra e imagem adquiriu uma proteção constitucional nunca antes vista no ordenamento, razão pela qual é necessária a modificação da norma para se adequar às pretensões e valores sociais.

O que pretende o autor do projeto é evitar a criação de tribunais de exceção formados pelo juízo de valor popular em razão da exposição de crimes pela mídia, sobretudo por programas que transmitem, quase que em sua totalidade, informações policiais.¹ Tais tribunais populares não observariam a ampla defesa e o contraditório, razão pela qual o acesso à mídia deveria ser restringido. A partir de uma leitura crítica do Projeto, observa-se de pretende-se minorar a execração pública, antecipada e potencialmente prejudicial para a defesa do réu, sobretudo em casos de crimes contra vida, em que o julgamento será realizado pelo Tribunal do Júri.

3 A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO UM REFLEXO DA CIDADANIA E DE DEMOCRACIA

A cidadania é concebida como o conjunto de direitos e deveres que vinculam a pessoa ao ordenamento jurídico estatal (SORTO, 2009). Logo, observado o conceito apresentado, deve-se observar que a cidadania não pode ser concebida apenas como os direitos inerentes à vinculação ao Estado como também a contrapartida existente em relação aos deveres dela decorrentes. Como bem pontua Fredys Sorto (2009, p. 43), a cidadania seria “uma categoria político-jurídica de atribuição à pessoa humana de determinados direitos (civis e políticos) e também de deveres em face da comunidade”. Cidadania seria o vínculo de pertencimento e inserção em uma ordem jurídica, o que gera um ônus de observância de uma série de deveres e, em contrapartida, legitima a reivindicação por direitos (GUARINELLO, 2013).

¹¹ Pretende-se evitar que os jornais coloquem uma versão manipulada e sem direito de defesa na prisão da opinião pública, criando um julgamento ficto, porém, em muitas oportunidades, mais danoso que a sentença condenatória decorrente o exercício estatal.

Por estar vinculada aos direitos e deveres da pessoa, a cidadania é constantemente reinventada e completada pelas novas realidades em que está inserida (MARSHALL; BOTTOMORE, 2007). Nos termos do art. 1º do texto constitucional, a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O simples fato da cidadania constar no art. 1º da Magna Carta demonstra a preocupação do constituinte em apresentar, de imediato, um fundamento basilar do nosso sistema jurídico.

Neste contexto, apesar de não existir hierarquia formal entre as normas constitucionais, é cristalino que alguns valores possuem um maior status de constitucionalidade e fundamentalidade do que outros. Logo, a distribuição topográfica da cidadania no art. 1º demonstra que há uma maior valoração axiológica, em especial quando confrontada com temas “apenas” formalmente constitucionais.

A cidadania só pode ser exercida de forma digna e eficaz em ambientes de liberdade, como os regimes democráticos, uma vez que a liberdade é pressuposto para o exercício de direitos (SORTO, 2009). As liberdades fundamentais previstas no art.5º, apesar de, em muitos casos, se configurarem direitos, também podem ser encaradas como garantias, uma vez que são meios para o exercício dos demais direitos jusfundamentais. Frise-se que a liberdade está fixada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), além de estar prevista ao longo dos incisos do rol de direitos individuais como a liberdade de crença e consciência, liberdade de associação, liberdade de locomoção etc.

Sérgio Ricardo de Souza (2013) destaca que a liberdade de informação é pressuposto para a democracia e para a sociedade informada, pois a imprensa é utilizada como instrumento para transmissão de eventos de interesse social, garantindo, sobretudo, que pessoas que estão localizadas distantes dos centros de decisão política e econômica tenham acesso aos acontecimentos que afetam suas vidas².

A necessidade de liberdade para efetivação de direitos fundamentais, após as obscuras e tormentosas experiências mundiais nos regimes ditatoriais, resultou na concretização da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa como direitos fundamentais necessários para a concretização da cidadania.

A liberdade de expressão, da qual se origina a liberdade de imprensa, está prevista no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir

² A partir dessa ciência, os cidadãos poderiam exercer o sufrágio de forma mais esclarecida, uma vez que saberiam as políticas adotadas pelo Estado e os resultados delas em suas vidas.

livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Por intermédio da imprensa, o cidadão pode externar seus pensamentos, violações de direitos e formular críticas ao Estado. Deste modo, a imprensa pode ser interpretada como um meio de divulgação dos pensamentos e interesses do cidadão para os seus pares, sobretudo em um contexto em que os Estados adquiririam proporções continentais. Logo, a imprensa viabiliza o contato dos cidadãos e da divulgação de informações e notícias de interesse social, podendo ser entendida como a *longa manus* do poder dos cidadãos e tornando o mundo, sob o prisma comunicativo, “menor”. Konrad Hesse (1998) destaca que tal liberdade pode ser encarada como o direito de configurar sua vida e que permite a sua cooperação em sociedade. A imprensa não pode ser interpretada como uma arma ofensiva, mas o exercício das faculdades humanas por intermédio do mesmo instrumento, a língua, possibilitando que um maior número de pessoas tenha acesso à informação (BADARÓ, 2011).

Sérgio Ricardo Souza (2013) sustenta que a liberdade de informação jornalística consiste no direito de informar, direito de ser informado e no de se informar, instituindo pedra de toque fundamental para a construção da base democrática da República Federativa do Brasil.

Bruno Miragem (2005) pontifica que a liberdade de imprensa pode ser configurada como um direito subjetivo público, do qual são titulares todos os residentes em território nacional, podendo representar uma garantia à autodeterminação democrática da comunidade política e globalmente organizada (SOUZA, 2013)

Luís Roberto Barroso (2015), atual ministro do STF, dispõe que algumas notícias são de interesse público independentemente dos personagens envolvidos como desastres naturais, acidentes e crimes em geral. O crime foge da esfera estritamente pessoal do indivíduo, alça o patamar de interesse social, pois representa a mais grave transgressão das regras de convivência imposta a todos na sociedade, regras estas fixadas com o objetivo de garantir a harmonia social (GODOY, 2015). Neste conceito, a liberdade de imprensa surge como forma de noticiar informações, em muitas oportunidades, desagradáveis sobre o que acontece no seio social. Os fatos noticiados de interesse público devem ser noticiados, independente do seu grau de amabilidade. Infelizmente, tais fatos ocorrem nos dias atuais, porém a imprensa não pode ser tolhida de noticiar, de forma imparcial e sem juízo valorativo, fatos cotidianos.

O Estado não pode criar embaraços imediatos ao exercício da liberdade de informação e imprensa. Há uma proibição ao exercício legislativo de leis restritivas à liberdade de informação, um verdadeiro limite implícito ao Poder Estatal (TESTA JÚNIOR, 2011).

O argumento utilizado pelo congressista para justificar o PL 240/2015 está calcado nos abusos cometidos pela imprensa e no dever que recai sobre as autoridades, sobretudo policiais, de proteger aqueles que estão sob sua custódia dos abusos da mídia. No caso em comento, busca-se cercear o acesso ao preso ou detido como forma de evitar potenciais abusos cometidos pela imprensa marrom (GUIMARÃES, 2008)³. Uma forma de controle preventivo, em especial em razão da experiência brasileira com os “programas policiais” que ridicularizam os presos e acusados, transmutando um programa que seria informativo em um programa de entretenimento, pautado na atuação caricata, debochada e violadora da dignidade da pessoa humana.

Frise-se que o acesso à imprensa é um exercício do direito da personalidade, uma manifestação de limitação temporal à privacidade⁴. Trata-se do “direito de se expor segundo sua íntima convicção” (GAMIZ, 2012, p. 69), uma forma/poder de realizar a autorrestrição de direitos, desde que observada a dignidade da pessoa humana e que essa limitação não seja de natureza permanente⁵. Ou seja, o cidadão quando busca ou é procurado pela imprensa, manifestando assim sua aceitação expressa ou tácita com tal exposição, concorda com a diminuição dos direitos da personalidade, de modo a estender o seu direito de voz para os demais membros da coletividade.

4 O DEVER DE VERDADE DA IMPRENSA E O DEVER DE SE OUVIR AS VÁRIAS VERSÕES SOBRE O FATO (A GARANTIA AO CONTRADITÓRIO PELA IMPRENSA)

Não há nenhuma lei brasileira que regule de forma específica a atuação da imprensa⁶. Inexiste na ordem nacional uma clara definição dos limites sobre a liberdade de imprensa⁷, de

³ O conceito de imprensa marrom seria aquela mídia sensacionalista que explora a miséria alheia com o objetivo unicamente mercantilista, utilizando de mecanismos como banalização da morte, violência e, sobretudo, expondo ao ridículo as pessoas retratadas.

⁴ Alguns autores atribuem a essa limitação o nome de renúncia. Todavia, entendemos que essa nomenclatura não é a mais adequada, uma vez que a renúncia pressupõe o abandono ao direito, ao passo que a limitação está relacionada à restrição temporária de um direito.

⁵ Um exemplo de que a autorrestrição não pode ser interpretada de forma absoluta é o caso dos anões franceses que participavam do “esporte” de lançamento de anões. Em que a casa de diversão localizada na comunidade de Morsang-sur-Orge e local de trabalho dos portadores de nanismo, foi interditada, uma vez que violava a dignidade o uso de um ser humano como munição em um esporte, mesmo que com seu expresso consentimento (SARLET, 2011).

⁶ Há diversos projetos em tramitação no Senado e na Câmara Federal que tratam sobre o tema. A única lei mais incisiva sobre a liberdade de imprensa é a recente Lei nº 13.188/2015 que regula o direito de resposta. Todavia, a única lei que trata sobre a matéria é extremamente controversa e já teve seu texto suspenso parcialmente em razão de liminar deferida pelo Ministro Dias Toffoli em razão de ADIN proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, uma vez que, sob a ótica da OAB e do ministro, a redação é extremamente desigual, pois garantia

sorte que incabível qualquer manifestação apriorística sobre o que poderia ser configurado como “vexame, constrangimento ou a exposição desnecessária a mídia”, conforme previsto no projeto de lei.

Ocorre que a criação de um tipo penal aberto como o previsto pelo projeto gerará um desestímulo por parte da imprensa e dos agentes públicos em permitir um contraditório na fase inquisitorial. O sistema penal brasileiro durante a fase do inquérito policial é inquisitivo, ou seja, não há a observância de contraditório e ampla defesa (COUTINHO; CASTANHO, 2010). Logo, em muitas oportunidades, a imprensa pode ser uma alternativa para aqueles que estão sob custódia para produzir provas ou registrar versões e fatos recentes que poderão ser utilizados em eventual processo penal.

Apesar da jurisprudência e doutrina jurídica entenderem que não há um dever de observância e contraditório na construção de uma reportagem, a doutrina e Código Deontológico dos jornalistas preveem o dever de ouvir a parte contrária. Eis o texto do Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros:

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; (sem grifos no original)

Em idêntico sentido se posiciona o Código Deontológico dos Jornalistas Portugueses:

1. O jornalista deve relatar os factos com rigor e exactidão e interpretá-los com honestidade. Os factos devem ser comprovados, **ouvindo as partes com interesses atendíveis no caso.** A distinção entre notícia e opinião deve ficar bem clara aos olhos do público.

O projeto de lei 3.232/92, chamada de nova lei de imprensa, busca positivar essa exigência, ao dispor que:

Art. 24. Na produção e veiculação de material jornalístico, os veículos de comunicação social observarão, em matéria controversa, a pluralidade de versões, **ouvindo as partes envolvidas em polemica, sobre os fatos de atualidade e interesse público.** (sem grifos no original)

A Declaração de Bordeux, aprovada durante o 2º Congresso Mundial da Federação Internacional de Jornalistas realizada na França dispõe que o jornalista só pode relatar fatos

que a liminar poderia ser deferida por um juiz de primeiro grau, ao passo que a reversão da decisão liminar deveria ser apreciada colegiado de um Tribunal.

⁷ A falta de limites no âmbito legal não significa uma liberdade absoluta da imprensa. O profissional “deve, obrigatoriamente, esgueirar-se pelo estreito e virtuoso caminho da ética. Deve ostentar em cada ato dos postulados da deontologia jornalísticas” (GUIMARÃES, 2008).

que conheça a origem. Ou seja, apenas a oitiva do interessado, pode garantir que o jornalista tenha acesso a fonte primária dos fatos. Observando os quatro diplomas normativos elencados, observa-se que o jornalista tem como dever fundamental a busca pela fonte fidedigna. A norma apontada, ao inviabilizar o acesso aos presos, dificulta o acesso do jornalista à fonte primária da informação: o acusado. Como garantir a reprodução da versão do preso / acusado se este poderá não ser ouvido em razão da sua indisponibilização à imprensa, pois haveria o temor de responsabilização penal e administrativa por parte da autoridade pública.

A atual democracia participativa, conforme delineado pela Constituição Cidadã se caracteriza por permitir a influência de todos, sobretudo os afetados. Não se pode admitir que existam processos ou procedimentos sem que seja realizado o contraditório, devendo este ser entendido como uma garantia trilateral consubstanciada na seguinte equação: “ciência + possibilidade de manifestação + poder de influência”⁸. A maior colaboração à construção da reportagem é feita por aqueles pessoas que terão seus direitos e obrigações afetados advindos da sua divulgação.

Fredie Didier Júnior (2009) dispõe que o princípio do contraditório representa a democracia, a possibilidade de influenciar na decisão, devendo ser aplicada no âmbito jurisdicional, administrativo e negocial. Ele divide o instituto em duas facetas, uma de ordem formal e outra de cunho material. A formal seria a garantia de ser ouvido, participar, ser comunicado e falar, ao passo que aspecto material seria o poder de influência. Deve-se ouvir e possibilitar a sua influência na decisão que irá lhe afetar. Ocorre que sem que haja, ao menos, o respeito ao aspecto formal do contraditório, não será possível o respeito ao aspecto material. Pode-se afirmar que não há contraditório sem defesa. O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, este se realiza através do contraditório (MENDONÇA JÚNIOR, 2001).

Manifestações sem se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos da reportagem são inconstitucionais, pois violam de forma frontal os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito. A decisão de não ouvir os principais interessados viola o *right to a fair hearing*, instituto de direito inglês que, em tradução literal, representaria o direito de ser ouvido de forma justa.

⁸ Aroldo Plínio Gonçalves (2012) destaca que, na seara processual, a relação é bilateral formada por ciência e possibilidade manifestação. Entendemos que há a necessidade de influência também, pois de nada adiantaria, seja na seara processual ou da imprensa, permitir que o outro fale, mas que não se permita que sua fala interfira na construção do processo ou da reportagem. Falar e ser ignorado é o mesmo que não falar.

A garantia de observância ao contraditório pela imprensa busca tutelar os interesses dos cidadãos que, após uma vida de retidão e comportamento digno, não sejam abruptamente surpreendidos por acusações infundadas por particulares, ou pelo próprio Estado, e reproduzidas, ostensivamente, pela imprensa e, conseqüentemente, dando azo ao julgamento popular antecipado.

A liberdade de imprensa está condicionada ao acesso democrático e potencial de todos os interessados / potenciais prejudicados pela reportagem. Quando a reportagem é realizada de forma objetiva e com a prévia apuração sobre a verossimilhança das alegações, a princípio, não há dever de indenizar ou abuso cometido.

A jurisprudência brasileira não exige um índice de acerto de 100% em relação à veracidade da notícia. O que se busca é que a notícia, em um exercício precário de investigação jornalística, seja verdadeira. Logo, tutela-se a liberdade de imprensa para noticiar informações verdadeiras ou que tenham sido julgadas como tais pelos editores / jornalistas. Tal distinção decorre do tempo do processo (período para declaração da culpabilidade do réu) ser distinta do tempo jornalístico. Processos e procedimentos criminais são morosos. Logo, no momento em que haja uma certeza jurídica, talvez não haja interesse jornalístico⁹. Em especial com o advento da internet, a instantaneidade da informação é que garante maiores lucros e furos jornalísticos. A veracidade subjetiva¹⁰ exigida pela jurisprudência busca resguardar o interesse jornalístico e, ao mesmo tempo, não expor, desnecessariamente, fatos criminais.

A imprensa investigativa é fundamental para o desenvolvimento da sociedade. Exigir uma responsabilidade absoluta e objetiva importa não necessariamente em uma maior diligência da imprensa, mas, principalmente, em uma redução da quantidade de reportagens. Criando uma mídia desencorajada e com ânimos esfriados (WEINGARTNER NETO, 2002). Logo, a responsabilidade deve ocorrer sempre que comprovada a carência de observância aos requisitos de diligência, de modo que só deve ser penalizado a imprensa totalmente dissociada da intenção constitucional e/ou que em razão de culpa grave ou dolo viole os direitos da personalidade.

⁹ Fatos passados não despertam interesse. Logo, o interesse jornalístico e do público é minorado conforme se distancia do momento do cometimento do crime ou do julgamento (GODOY, 2015).

¹⁰ O termo busca fazer referência à informação errônea, porém despida de má-fé.

5 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE IMPRENSA

Não há direito ou liberdade fundamental absoluta. Todo direito tem que ser compatibilizado, considerando o princípio da ponderação, quando houver um conflito com outro direito de mesma ordem. Em tais situações, o Estado, notadamente o Judiciário, deve intervir para adequar o conteúdo a outros valores e direitos de mesma grandeza, cuja conquista foi tão cara para a sociedade moderna (MIRAGEM, 2005). Da mesma forma que os direitos fundamentais podem não estar expressos na Constituição (CANOTILHO, 2015), é possível afirmar que, na medida em que os direitos se restringem, há possibilidade de existirem deveres e restrições implícitas ao texto constitucional.

A atuação indiscriminada dos meios de comunicação que divulgam pretensos fatos delituosos ou fatos verdadeiros, porém com juízo de valor exacerbado que põem em xeque a honra e imagem de pessoas que são apenas suspeitas ou acusadas de determinados crimes representa um abuso de direito, um abuso da liberdade de imprensa, o que pode causar danos de difícil reparação e, às vezes, irreversíveis, ao lesado. O linguajar chulo, populista, sensacionalista que vincula pessoas a certas condutas criminosas deve ser coibido, pois viola o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Tais reportagens escapam ao interesse público, não permitindo a proteção estatal.

Ocorre que, apesar da imprensa cometer abusos, não pode ser feita uma análise apriorística condenando, de imediato, a cobertura jornalística de um crime e a exposição do potencial criminoso. Há uma necessidade de separação do jornalismo ético e constitucional, portanto, lícito, do jornalismo antiético e violador da ordem constitucional. Sérgio Ricardo de Souza (2013) destaca que a coexistência de direitos resulta em um potencial conflito e que o exercício conjunto de forma absoluta deles seria incompatível¹¹. O conflito relativo à jurisdição de direitos civis (liberdade de imprensa X Honra e imagem) deve ser resolvido a partir do uso da lei de colisão, ou seja, análise do caso concreto para sopesar qual dos direitos em conflito deve prevalecer (ALEXY, 2015; GUERRA, 2004; TESTA JÚNIOR, 2011).

Em determinados casos, como destaca Renata Pasqualini (2009), a imprensa é necessária na divulgação de fatos tratados no inquérito policial que poderão auxiliar as autoridades na colheita e produção de provas que colaborarão para o êxito das investigações. Deve-se coibir o interesse dos maus jornalistas em explorarem, de modo exaustivo, fatos

¹¹ Sob esse aspecto específico, o autor destaca que a imprensa, em menor ou maior grau, resulta de uma série de limitações de direitos como intimidade, privacidade, nome, honra e imagem.

sujeitos ao crivo policial e/ou judicial antes que o órgão legitimado constitucionalmente declare a culpa do investigado.

A liberdade de informação goza de uma posição preferencial de acordo com o posicionamento adotado pelo STF, de modo que eventuais restrições devem ser pontuais e comedidas. As restrições às liberdades devem ser interpretadas e aplicadas de forma limitada, sob pena de esvaziar o conteúdo da liberdade prevista na Magna Carta. Em razão desse argumento é que se legitima a prática de discursos ofensivos e “mau gosto” (SCHREIBER, 2008). A penalidade deve ser superveniente, após uma análise do caso concreto. Como bem pontua Evelyn Beatrice Hall (1906), o fato de não concordar com um discurso não impede que seja defendido o direito de dizê-lo¹².

6 O ABUSO DA LIBERDADE POR TERCEIROS

Líbero Badaró (2011) ensina que o abuso de uma liberdade não justifica a supressão desta. “A lei contra os abusos existe; sirvam-se dela; e se não é boa, faça-se outra; e liberdade a todos de esclarecerem os legisladores, pela imprensa livre”. Logo, se há o temor por parte dos legisladores para com alguns setores pontuais da imprensa que se aproveitam da liberdade de imprensa para promover um jornalismo sensacionalista, violador da dignidade humana e, portanto, inconstitucional, que tais condutas sejam punidas severamente, sem, contudo, limitar o exercício do jornalismo correto, honesto e observador do ordenamento nacional e internacional. Com uma riqueza singular, o autor italiano dispõe que censurar previamente a imprensa e limitar a sua liberdade para proteger um potencial crime que pode ser cometido pelo jornalista é o mesmo que cortar as mãos de um homem para que com elas não assassine, no futuro e potencialmente, alguém.

Já há no ordenamento brasileiro meios de se coibir o uso arbitrário da imprensa. O ordenamento cível para o arbitramento das indenizações e reparações e o uso do aparato penal para crimes contra a honra são suficientes para desestimular a conduta da imprensa.

A liberdade de imprensa não pode ser utilizada com finalidade, exclusivamente, comercial, buscando alavancar a audiência, vender mais exemplares ou aumentar o número de cliques. A liberdade jornalística “não autoriza a mentira, a distorção, a calúnia, a injúria e a difamação. Não autoriza tampouco que a notícia seja tratada de forma interessante para as grandes empresas jornalísticas” (GUERRA, 2004, p. 82).

¹² “I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it”.

A título meramente ilustrativo, apenas em junho de 2015 que uma empresa de comunicação da Bahia foi condenada em 1ª Instância por uma reportagem realizada em 2012 em que uma repórter zomba de um acusado do crime de estupro que confunde o exame de corpo de delito com o exame de próstata. O valor da condenação, a título de danos morais coletivos, alcançou apenas o montante de R\$60.000,00 (sessenta mil reais). Deve haver uma evolução jurisprudencial no sentido de majorar os valores das indenizações, de modo que a difusão abusiva de informação seja penalizada em patamar igual ou superior ao benefício econômico gerado pela conduta. A prestação judicial morosa somada ao valor ínfimo das condenações é um estímulo à imprensa marrom. Sob a perspectiva econômica, lesar a imagem é lucrativo, logo, por qual motivo não continuar? O empresário do ramo da mídia utiliza a calculadora para avaliar o “dever” de publicar a matéria. Enquanto a receita advinda da reportagem for superior à despesa dela decorrente, há o dever de publicar, pois há lucro.

Como bem destaca Sidney Guerra (2004), enquanto as violações aos direitos da imagem e honra dos presos e acusados por grandes meios de comunicação for “condenada” com ínfimas quantias e o retorno comercial advindo da violação for superior, a conduta lesiva da imprensa marrom persistirá. A condenação deve observar o aspecto punitivo, pedagógico e reparador, todavia as condenações brasileiras não observam nenhuma das suas funções. A condenação a menor é um estímulo a divulgação indiscriminada e de forma sensacionalista.

Cabe ao Estado, sobretudo o Judiciário e Executivo, limitarem o acesso às concessões públicas de Rádio e Televisão de empresas que historicamente comprometam o bom jornalismo e, nos momentos de violação, aplicar rigorosas indenizações e penas em razão da conduta praticada, bem como a aplicação dos *punitives damages*, ou seja, tornar a penalidade mais severa, de sorte que, caso não haja a empatia e as empresas não sintam respeito ao próximo, que ao menos respeitem o próprio bolso, de modo que sua atuação em conformidade com a legislação decorra de uma atuação egoísta de proteção a eventual pleito indenizatório. Uma forma de internalizar e evitar que haja um lucro decorrente da exposição vexatória. Todo o lucro obtido com a exposição deveria ser absorvido pela sociedade, seja através de ações civis públicas ou demandas indenizatórias individuais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de informação tem objeto de sucessivas tentativas de restrição pelo Legislativo. A PL 240/2015 tenta inovar na legislação ao buscar qualificar como crime de

responsabilidade a submissão de pessoa sob sua guarda ou custódia, sem justificativa razoável, a vexame, constrangimento ou a exposição desnecessária a mídia, salvo autorizado em lei.

Apesar de a proposta ser louvável por buscar penalizar com mais rigor as autoridades que permitem que os pseudojornalistas tenham acesso aos acusados e presos e promovam a degradação da pessoa humana sob o pretexto do uso da liberdade de imprensa, o referido Projeto poderá ter um efeito nefasto para a imprensa nacional: a criação de uma restrição da liberdade.

Os agentes públicos, temerosos com a imputação de eventual crime de responsabilidade, evitarão o contato entre acusados e imprensa, o que gerará a construção de reportagens unilaterais, ou seja, sem que seja ouvida a parte contrária, e, usualmente, prejudicada pelo discurso jornalístico.

Há uma necessidade de evolução da jurisprudência para que violações à cidadania por parte da imprensa sejam severamente punidas, seja na órbita cível (indenizações e reparações), criminal (em razão de crimes de calúnia, difamação e/ou injúria) e/ou administrativa (perda / não renovação das concessões públicas de Rádio e TV).

O bom profissional tem papel fundamental na construção do Estado Democrático de Direito e na efetivação da cidadania, dado o dever de denunciar situações de interesse público. Não se pode, sob o pretexto de evitar práticas ilícitas, restringir o direito de todos. Punir os infratores de forma exemplar é a alternativa para a proteção da democracia, liberdade e cidadania.

Há de se compreender que distinguir que a liberdade e garantias da imprensa são restritas para a imprensa, para aqueles que praticam o jornalismo. Aqueles que estão em uma zona obscura do mal jornalismo, em verdade, não praticam jornalismo, pois sua finalidade precípua não a de exercer a liberdade de “apurar, selecionar, difundir notícias, ideias e acontecimentos e informações gerais com veracidade, exatidão, clareza” (BAHIA, 1990, p. 9). Programas de entretenimento calcado na exposição de casos policiais ou de mistos de programas de entretenimento com lapsos de jornalismo devem ser regidos por normas estranhas à liberdade de imprensa. Logo, da mesma forma que não seria razoável o acesso de jornalistas de investigação/policiais em um desfile de moda, por exemplo, o inverso também não deve ser admitido. Há de se distinguir o que é interesse público, fundamento protegido de interesse constitucional, e interesse do público que não possui nenhum respaldo constitucional. A audiência dos programas policialescos apenas representa um interesse do público, porém não possui nenhum interesse a ser protegido constitucionalmente. Trata-se de

uma mídia pautada na exposição da degradação humana que se alimenta, basicamente, do descompromisso com a verdade e a garantia de exibição de ridículo da pessoa humana. Um interesse mórbido em que não existe nenhum interesse público.

Em verdade, a imprensa pode contribuir para que a verdade real alcance o processo, compatibilizando e harmonizando a verdade real e a verdade processual, porém só o poderá fazê-lo quando dispuser de meios de acesso ao preso para que saiba, ao menos inicialmente, o caminho a ser perseguido.

Criar um desestímulo ao acesso é criar empecilhos ao exercício da liberdade de imprensa, bem como ao acesso à imprensa. Fere-se o direito da coletividade em ter acesso à informação e o direito de voz do preso e acusado. Este é o maior interessado e mais apto a decidir se quer ou não falar. Não se pode exigir que o acesso ao preso/acusado seja feito de forma indiscriminada e sem a observância do maior interesse deste, porém, uma vez havendo o mútuo interesse de ouvir e falar, a não restrição ao direito de voz representaria uma violação a dignidade da pessoa humana.

A boa imprensa deve ser exaltada e valorizada, ao passo que as penalizações a potenciais transgressões devem ser fixadas de forma rigorosa, sobretudo para educar e punir os infratores. A manutenção de um sistema de “tolerância zero” no âmbito das indenizações também serve como um meio de separação dos bons e maus profissionais, de sorte que após reiteradas condenações, ou haverá uma mudança de postura por parte da má imprensa ou ocorrerá a saída do mercado. Em ambas as situações, a sociedade será protegida, eis que terá acesso a uma imprensa de qualidade e observadora dos mandamentos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Líbero. **Liberdade de imprensa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em 26 de agosto de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO, Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. I**. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GAMIZ, Mário Sérgio de Freitas. **Privacidade e intimidade: doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime. (Org.). **História da Cidadania**. 1ed.São Paulo: Contexto, 2003, v. , p. 29-47.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUIMARÃES, Abel Balbino. **Responsabilidade do Estado por dano à imagem**. Cuiabá: Editora Janina,2008.

HALL, Evelyn Beatrice. **The friends of Voltaire**. Smith Elder & Company, 1906.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. SA Fabris Editor, 1998.

MARSHALL, Thomas Humpfrey.H; BOTTOMORE, Tom. **Ciudadania y clase social**. Trad. Pepa Linares. Madrid: Alianza, 2007.

MENDONÇA JÚNIOR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil da imprensa por dano à honra: O novo Código Civil e a lei de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PASQUALINI, Renata. **O devido processo legal e a liberdade de imprensa**. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SORTO, Fredys Orlando. Cidadania e nacionalidade: institutos jurídicos de Direito interno e de Direito internacional. **Verba Juris** (UFPB), v. 8, p. 41-64, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial: no sistema luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. **Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa**. Curitiba: Juruá, 2011.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.