

**A IMPRENSA OBTEVE PERMISSÃO PARA INJURIAR? LIBERDADE DE
CRÍTICA JORNALÍSTICA E HONRA DE PESSOAS PÚBLICAS: UM
EQUILÍBRIO DELICADO INADEQUADAMENTE APRECIADO PELO STF NO
ARE 722744/DF.**

DID THE PRESS GET PERMISSION TO LIBEL? RIGHT TO CRITICIZE PUBLIC
FIGURES AND PROTECTION OF HONOR: A DELICATE BALANCE NOT
ADEQUATLY CONSIDERED BY BRAZIL'S SUPREME COURT IN ARE 722744/DF.

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo¹

Eduardo Rocha Dias²

RESUMO

O objetivo do presente estudo é examinar a decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 722.744/DF, que deu provimento a Recurso Extraordinário movido pela Editora ABRIL e outros em face de acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Superior Tribunal de Justiça, para julgar inexistente dever de indenizar por parte da editora. O caso envolve publicação de notícia na Revista VEJA que teria atingido a honra de personalidade pública, no caso o ex-Governador do Distrito Federal Joaquim Roriz. Mais do que discutir o resultado do julgamento, este trabalho pretende, a partir da hermenêutica jurídico-constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, examinar como o Supremo chegou a esse resultado. Cumpre, portanto, examinar a aludida decisão, destacando, de início, os fatos da causa e seus reflexos na honra alheia; em seguida, apresentar-se-ão os direitos em conflito, seu âmbito de proteção, e os critérios de ponderação, destacando-se a liberdade de imprensa e de crítica jornalística e a tutela da honra; por fim, tentar-se-á estabelecer limites, em especial quando se tratar de figuras públicas, para o exercício da aludida liberdade de imprensa.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa; Crítica jornalística; Honra; Indenização.

ABSTRACT

The present essay aims to analyze the monocratic decision in the ARE 722744/DF, judged at the Brazilian Supreme Court, in which was conceded the Editora ABRIL's (and others) appeal against the Federal District's Court and the Superior Court of Justice's previous decisions, in order to dismiss the claim for damages. The case involves a journalistic publication by Revista VEJA, which had offended the honor of a public figure, in case the former Governor of Federal District, Joaquim Roriz. More than to just

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Membro do LACRIM – Laboratório de Ciências Criminais da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: holanda.segundo@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Procurador Federal. E-mail: eduardordias@hotmail.com.

discuss the result of the judgment, this paper intends to, from juridical and constitutional hermeneutics and the theory of fundamental rights, exam how the Supreme Court reached such conclusion. Therefore, the mentioned decision shall be examined initially by pointing out the facts of the cause and its reflects in the honor of others; sequentially, it will be presented the rights in collision, its normative boundaries, and the criteria of balancing, featuring the freedom of press and of journalistic critique and the protection of honor; finally, it will be attempted to establish limits, especially when concerning public figures, to the exercise of the mentioned freedom of press.

Keywords: Freedom of press; Journalistic critique; Honor; Indemnification.

1 Delineamento do tema

O objetivo do presente estudo é examinar a decisão monocrática proferida em 19 de fevereiro de 2014 pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal no ARE 722744/DF, que deu provimento a recurso extraordinário movido pela Editora ABRIL e outros em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O caso envolve publicação de notícia na Revista VEJA que teria atingido a honra de personalidade pública, no caso o ex-Governador do Distrito Federal Joaquim Roriz. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios havia mantido a condenação da Editora ABRIL e outros a pagar indenização por abuso na liberdade de informar, reduzindo, porém, o seu valor. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, isentou totalmente a empresa jornalística e seus profissionais do dever de indenizar. Considerou como plenamente legítimo o exercício de direito de crítica de figuras públicas, ainda que dele resulte “opinião jornalística extremamente dura e contundente”. Referiu jurisprudência nacional e estrangeira, inclusive o leading case da Suprema Corte Norte-americana *New York Times v. Sullivan*, de 1964, além do teor da Declaração de Chapultepec, de 1994.

Mais do que discutir o resultado do julgamento, este trabalho pretende, a partir da hermenêutica jurídico-constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, examinar como o Supremo chegou a esse resultado. Com efeito, salta aos olhos, inicialmente, o fato de o acórdão não dedicar uma linha sequer ao exame do teor da notícia que foi publicada, para se permitir aquilatar seu potencial ofensivo. A hermenêutica constitucional aponta para o caráter constitutivo da decisão judicial e da necessária

imbricação entre o fato e os elementos normativos, que servirão para a construção da decisão que julgará o caso. Ao omitir o fato e o teor da notícia publicada, a decisão mais omite do que esclarece e acaba por não permitir uma crítica e uma justificação adequada das conclusões a que chegou.

A decisão examinada peca ainda por não apresentar o âmbito protegido dos direitos em causa, no caso a liberdade de crítica jornalística e a honra, de forma a permitir visualizar e discutir como e de que maneira um pode vir a prevalecer sobre o outro. É feita a transcrição de diversos precedentes, inclusive estrangeiros, deles não se extraindo com clareza o alcance de tais liberdades, bem como os limites para o exercício da crítica jornalística. Há diferença entre uma pessoa pública e um particular? Quais requisitos deve o profissional de imprensa ou a empresa jornalística seguir para publicar uma notícia? A veracidade do fato deve ser confirmada? Deve-se ouvir o afetado para aferir sua versão antes de se publicar a notícia?

Enfim, da forma que foi proferida, a decisão examinada parece conceder uma franquia irrestrita aos profissionais de imprensa, no tocante à crítica de pessoas públicas, que parece agasalhar inclusive a injúria. À semelhança do personagem de Ian Fleming, o agente secreto James Bond, ou 007, que tinha permissão para matar, o Supremo parece ter concedido à imprensa uma permissão para injuriar. Cumpre, portanto, examinar a aludida decisão, destacando, de início, os fatos da causa e seus reflexos na honra alheia; em seguida, apresentar-se-ão os direitos em conflito, seu âmbito de proteção, e os critérios de ponderação, destacando-se a liberdade de imprensa e de crítica jornalística e a tutela da honra; por fim, tentar-se-á estabelecer limites, em especial quando se tratar de figuras públicas, para o exercício da aludida liberdade de imprensa.

2 A reportagem veiculada pela VEJA e seu potencial ofensivo: do (possível) enquadramento típico penal dentre os crimes contra a honra

A reportagem veiculada na Revista VEJA (ESCOSTEGUY, 2009), em 30 de dezembro de 2009, intitulada “entre a máfia e a máfia”, dá o tom do que será lido logo em seu subtítulo, no qual se encontra escrito: “apesar das evidências de corrupção, Arruda consegue permanecer no cargo – e seu sucessor pode ser o homem que o ensinou

a roubar”. Trata-se de análise da sucessão do cargo de governador do Distrito Federal, nas eleições de 2010, então ocupado por José Roberto Arruda, a quem Joaquim Roriz pretendia suceder. O autor do texto, o jornalista Diego Escosteguy, discorre acerca das denúncias de corrupção que envolveram as gestões e as pessoas de Arruda e Roriz, remetendo a este, que antecederia àquele, como sendo quem ensinara Arruda a “roubar”. Ao longo da reportagem, buscou-se fazer um paralelo do grupo político de Roriz com a máfia italiana, referindo-se ao grupo como “organização criminosa”, do qual Roriz seria “o Poderoso Chefão”, sendo sempre tratado como “Don Roriz”, ou “Vito Corleone do cerrado”, em alusão ao personagem de Francis Ford Coppola, e seus subalternos são tratados por “capos”, “comparsas” e “asseclas”. A notícia dá conta de que Roriz teria criado a “organização criminosa que domina Brasília desde os anos 80”, além de intitulá-lo “titã da bandalha”.

Feito o breve relato do noticioso, resta averiguar seu potencial ofensivo e possível enquadramento, pelo menos em tese, dentro do rol de crimes contra a honra. Para tanto, necessário conceituar o que viria a ser honra, podendo ser entendida, segundo Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 42), como “a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa”, não se limitando apenas, como sustentava grimalha doutrina, à “consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal”. Costa Júnior e Cernicchiaro (1990, p. 200) apontam ainda a divisão da honra em sua vertente objetiva – “dignidade pessoal refletiva na consideração alheia” – e subjetiva – dignidade pessoal refletida “no sentimento da própria pessoa”.

A honra, desde priscas eras, sempre mereceu o *status* de bem jurídico a ser objeto de tutela. Até mesmo na literatura medieval, a preocupação com a honra sempre despontou unânime. Na obra de Shakespeare, Iago já advertira a Otelo, o Mouro de Veneza, que a boa fama é a joia de maior valor que o homem possui, assim como Dante Alighieri, na Divina Comédia, quando descreve o inferno, o purgatório e o paraíso, situa no sexto círculo do inferno, local repleto de excrementos e matérias putrefatas, os blasfemos, os hipócritas, os caluniadores, os beatos, os farsantes e os santarrões.

Nesta toada, Nelson Hungria (1958, p. 39) ensina que “a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranquila participação do

indivíduo nas vantagens da vida em sociedade”. Tanto assim que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, X, prescreve a inviolabilidade da honra, assegurando direito a indenização por sua violação. Bitencourt (2006, p. 374) afirma haver interesse coletivo na tutela da honra:

A tutela da honra, como bem jurídico autônomo, não é um interesse exclusivo do indivíduo, mas a própria coletividade interessa-se pela preservação desse atributo, além de outros bens jurídicos, indispensáveis para a convivência harmônica em sociedade. Quando certas ofensas vão além dos limites suportáveis, justifica-se a sua punição, podendo configurar-se um dos crimes contra a honra disciplinados no nosso ordenamento jurídico.

A despeito da declaração de não recepção da Lei de Imprensa, não houve *abolitio criminis* com relação aos crimes contra a honra praticados através da mídia, podendo as condutas serem perfeitamente enquadráveis nos tipos previstos no Código Penal como calúnia, difamação e injúria. Tem-se que os dois primeiros, consistem na imputação de fato determinável, situável no tempo e no espaço, a determinada pessoa. Se este fato for penalmente tipificado como delituoso, há o cometimento de calúnia; do contrário, difamação. A injúria consiste na atribuição de uma qualidade negativa ou de um fato vago, genérico, que não poderia ser enquadrado nas duas primeiras hipóteses pela sua indeterminação tempo-espacial. É a ofensa, o xingamento, em sua forma mais “pura”, por assim dizer. A calúnia atinge a honra objetiva do ofendido; a difamação, em regra, a objetiva; e a injúria, a subjetiva.

Para a configuração da calúnia, exige-se que a imputação seja falsa, admitindo-se a *exceptio veritatis*; para a difamação, esta regra, em geral, não se aplica, salvo se perpetrada em face de funcionário público em razão do exercício de sua função, hipótese em que a *exceptio* igualmente se admite. A injúria, por atingir apenas a honra subjetiva, isto é, o sentimento pessoal e íntimo de dignidade, e não se tratar de imputação de fatos determinados historicamente, prescinde de qualquer averiguação da verdade. Diga-se ainda que os tipos penais exigem a presença do dolo específico para a configuração delitiva, consistentes, respectivamente, nos *animi caluniandi, diffamandi et injuriandi*. Vale dizer, ausente o ânimo deliberado de ofender, de atingir a honra objetiva ou subjetiva, descaracterizado está o crime, o que pode ocorrer pela presença das excludentes anímicas, entre as quais são caras ao presente trabalho os *animi narrandi*,

jocandi, informandi et criticandi, comumente presentes nos pretensos delitos contra a honra cometidos por agentes da imprensa.

Atente-se que, apesar de a decisão objeto deste estudo ter tratado não de responsabilização criminal, mas civil, pelas ofensas à honra irrogadas em face de Joaquim Roriz, a questão do dolo penal é de profundo relevo para o destribe do caso. É que a presença de quaisquer das excludentes anímicas, da mesma forma que retira o elemento volitivo (dolo) necessário à atração do Direito Penal, igualmente redundaria na não responsabilização civil, por ausência de ânimo deliberado em atingir a honra, mas somente de informar, narrar ou criticar.

Retomando-se, tem-se a calúnia e a difamação atingem a reputação do indivíduo, ou seja, “a estima moral, intelectual ou profissional de que alguém goza no meio em que vive”, ou ainda o “respeito social mínimo a que todos têm direito” (BITENCOURT, 2006, p. 376). Já a injúria atinge a dignidade – “sentimento da própria honorabilidade ou valor social” – e o decoro – “o sentimento, a consciência da própria respeitabilidade social” –, atingindo, pois, a honra em seu aspecto interno, consistente na “estima própria” e no “juízo positivo que cada um tem de si mesmo” (BITENCOURT, 2006, p. 388/389).

Questão relevante para a discussão que será estabelecida diz respeito à possibilidade de haver ofensa à honra de pessoa cuja honorabilidade perante a sociedade se encontra em mais absoluto descrédito. Neste tocante, podem-se estabelecer três posições distintas. A primeira, capitaneada por Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 376), entende pela possibilidade dos desonrados serem vítimas de crimes contra a honra, pelo fundamento primacial de que todos têm direito a um respeito social mínimo. Corrente diametralmente oposta é defendida pelo italiano Adriano de Cupis³ (*apud* COSTA JÚNIOR, 1995, p. 42/43), para quem a desonra notória e absoluta, que implique em reputação arruinada, impossibilita falar-se em ofensa à honra, uma vez que “não existe nem mesmo aquela aparência a defender”. Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 42/43) entende que, mesmo nestes casos, sendo hipótese de injúria, o sujeito “não será capaz de assistir impassível à sua proclamação”.

³ Citação original retirada da obra: I diritti della personalità. In: Cicu e Messineo. **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano, 1959, v. 4, t. 1, p. 230.

Crê-se que as correntes acima não são de todo inconciliáveis. É muito difícil imaginar uma situação concreta em que um sujeito goze de desonra absoluta que lhe retire o direito ao respeito social mínimo, o que não implica dizer que o sujeito deve ser respeitado pela sociedade, visto que tal não pode ser imposto, mas apenas que tem o direito de não ser ofendido, mesmo desonrado. Mas, caso tal situação de completa ruína moral se verifique, ainda assim é possível haver injúria, haja vista esta atingir a honra subjetiva, o sentimento interno de dignidade, e não a honra objetiva, refletida no conceito social.

No caso concreto, pelo menos em tese, haveria, no mínimo, o crime de injúria. É que, quanto à calúnia, sendo os crimes imputados à Roriz notórios e objetos de ações judiciais, estaria afastado o tipo penal; quanto à difamação, os fatos ofensivos imputados, se igualmente verdadeiros, como aparentemente o são, também afastam o delito, uma vez que se trata de fatos imputados a Roriz quando exercia cargos públicos e em razão do exercício de tais cargos. Todavia, o achaque de xingamentos proferidos à sua pessoa configuraria, em tese, o crime de injúria, pois atingem a honra subjetiva de Roriz, sua estima pessoal, independente do conceito social de respeitabilidade de que o mesmo (não) goze. À primeira vista, as qualidades negativas atribuídas a Roriz parecem transbordar da mera crítica jornalística e passar para o nível de achincalhe, uma espécie de linchamento moral. Havendo o ânimo deliberado de atingir a honra, tal geraria, sim, o dever de indenizar.

Não obstante, a questão merece ser analisada mais detidamente sobre o enfoque da proteção à liberdade de imprensa e de crítica jornalística, excludentes anímicas do crime e, pois, do dever de indenizar, o que, nem de longe, foi feito na decisão objeto deste estudo, especialmente por se tratar de figura pública (mal) afamada, de notório envolvimento em episódios de corrupção.

3 Liberdade de imprensa e crítica jornalística X tutela da honra: necessidade de ponderar os princípios à luz do caso concreto e estabelecer critérios ponderativos

Comumente se fala na existência de cinco direitos humanos primaciais⁴, quais sejam, vida, liberdade, igualdade, intimidade e propriedade. Enquanto os direitos humanos são “os direitos do homem em nível supranacional”, os direitos fundamentais são a forma como os primeiros se positivam em determinado ordenamento jurídico (LOPES, 2001b, p. 41-45), o que pode ocorrer sob a estrutura das mais diversas normas, regras ou princípios, dos quais se pode extrair uma infinidade de enunciados normativos. A liberdade de imprensa e crítica jornalística é direito fundamental decorrente do direito humano de liberdade, enquanto a honra é direito protegido em decorrência do direito humano à intimidade.

Necessária se faz uma tentativa inicial de se definir minimamente o âmbito de proteção normativa abrangido por cada princípio, pois, em verdade, nem sempre que se suponha estar diante de uma colisão entre princípios, esta efetivamente ocorre. É que, por vezes, a conduta que se pretende albergada por um determinado princípio, mas que provoque restrição num outro, encontra-se fora do que se chama âmbito de proteção normativa daquele princípio. Em casos tais, ocorre o que se chama de conflito aparente de normas. Gilmar Mendes ressalta que “a precisa identificação do âmbito de proteção do direito indica se determinada conduta se acha protegida ou não” (2003, p. 185).

A tarefa tormentosa é justamente identificar o dito âmbito de proteção da norma de direito fundamental, o que está e não está albergado por ela. Para solucionar esta problemática, cremos ser possível uma associação entre o âmbito de proteção normativo do direito fundamental e seu núcleo essencial⁵. Alertamos, de logo, que não se está a defender a identidade entre uma coisa e outra, pois, se assim o fizéssemos, chegar-se-ia à conclusão de que do âmbito de proteção normativo de um princípio poderia ser retirado tudo que não causasse prejuízo ao seu núcleo essencial, o que, nem de longe, é a intenção. A relação que pretendemos elaborar é no sentido de que, a partir da ideia de preservação do núcleo essencial, poder-se-ia incluir no âmbito de proteção de uma norma

⁴ Há dissenso quanto a este ponto. Parcela doutrinária não considera a vida como direito, mas como pressuposto de direito. Há ainda os que entendem que a intimidade está contida na vida e que a propriedade não é um direito inerente ao ser humano, pois decorre não do “ser”, mas do “ter”. (LOPES, 2014).

⁵ A questão do núcleo essencial não será explorada no presente trabalho, por fugir aos seus fins, embora não se desconheça a existência de diversas teses a respeito do tema, como as teorias objetivas e subjetivas para identificação do núcleo essencial, bem como os que defendem posição no sentido de a dignidade constituir o núcleo de todo direito, entendimento do qual se dissente.

de direito fundamental tudo aquilo que servisse à otimização do(s) comando(s) que se possa(m) extrair da essência conteudística da norma.

Não é pretensão do presente trabalho definir qual o conteúdo essencial a ser preservado por cada um dos direitos em discussão, pois quem se propusesse a fazê-lo estaria, na verdade, propondo-se a esgotar um tema, algo que cremos impossível de se alcançar na ciência como um todo, especialmente na jurídica. A pretensão é saber se, a partir de uma ideia geral do que componha ou não tal conteúdo, poder-se-ia afastar aprioristicamente de sua incidência a conduta analisada no caso concreto.

Já ressaltamos, em trabalho anterior, que “a liberdade de expressão sempre se ligou umbilicalmente ao Estado Democrático de Direito, tendo relação direta com o grau de democracia ou de totalitarismo que norteia o regime de determinado Estado” (CAVALCANTE NETO; DIAS, 2014, p. 422). Trata-se de assegurar uma pluralidade de condutas expressivas, independentemente da qualidade, realidade, significado, objetivo ou efeito de seu conteúdo, bem como a utilização de qualquer meio de comunicação (MACHADO, 2002, p. 417 e 423). Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2011, p. 451) aduzem que a garantia da liberdade de expressão abrange “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”, desde que não estejam em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido. Assim, como projeções da liberdade de expressão, ganham relevo as liberdades de imprensa e de crítica jornalísticas, as quais, a teor da decisão ora analisada, abrangeriam as faculdades de informar, de buscar informação, de opinar e de criticar.

Luís Roberto Barroso ([200-]) divide os direitos da personalidade em direitos à integridade física e moral, posicionando neste segundo grupo a honra, que protege “a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido”. Destaca ainda o doutrinador alguns critérios ponderativos que devem ser sopesados na análise concreta de um caso, a fim de se definir quando há ofensa punível à honra ou quando deva prevalecer, sem responsabilização, a liberdade de imprensa e crítica. Tais critérios serão, mais a frente, objetos de exame.

Antes, porém, necessário pontuar defeitos relevantes da decisão objeto do estudo, principalmente no tocante à utilização de critérios para a resolução da colisão. A

decisão não dedica uma linha sequer à análise do caso concreto, da reportagem veiculada, não tecendo qualquer comentário sobre o seu potencial ofensivo. Na verdade, houve uma análise dos direitos fundamentais colidentes divorciada das peculiaridades do caso concreto, o que vale dizer que a decisão se prestaria, em tese, a resolver qualquer colisão em que contrapusessem os mesmos direitos fundamentais, o que é impensável. O recurso da ponderação não foi, de maneira alguma, utilizado. Veja-se teor do *decisum* que cremos de fundamental importância:

É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o “animus injuriandi vel diffamandi”, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa.

As afirmações acima, sem qualquer correlacionamento com o caso concreto, transparecem, aparentemente, a criação de um direito absoluto de crítica jornalística em face de pessoas públicas, a representar excludente anímica que retiraria o direito à indenização por dano moral. A decisão parece hierarquizar os direitos fundamentais abstratamente, construindo uma prevalência geral da liberdade de imprensa e crítica sobre o direito à honra quando se trate de pessoas públicas.

A hierarquização de bens e valores constitucionais é defendida por parcela da doutrina como solução para o caso de haver mais de uma norma aplicável a um caso concreto, e se trataria do estabelecimento de uma hierarquia abstrata⁶, apriorística, entre determinados princípios, a partir de uma análise dos bens e valores que estes buscam concretizar ou proteger. Jane Reis afirma haver diversas variantes da hierarquização, citando a corrente que entende pela possibilidade de haver normas constitucionais

⁶ Mencione-se haver também os que falam em uma hierarquização voltada para o caso concreto, embora se entenda que aí há confusão conceitual com o recurso da ponderação, o que será mais bem explorado posteriormente.

inconstitucionais, quando incompatíveis com outras que lhe são superiores, advindas de “parâmetros éticos suprapositivos”, como defendido por Otto Bachoff, ou pelo estabelecimento de uma “hierarquia entre os próprios preceitos constitucionais”, conforme lição de Krüger e Giese; bem como a corrente que vê “a existência de uma hierarquia abstrata entre bens e valores constitucionais” como forma de “determinar a norma aplicável ao caso concreto, sem cogitar-se da declaração de invalidade de uma delas”, representada por Miguel Ángel Ekmekdjian; por fim, cita a doutrina norte-americana dos *preferred rights* – ou *preferred freedoms* – e a doutrina europeia do *favor libertatis*, que privilegiam os princípios garantidores do direito humano de liberdade e colocariam a hierarquização como etapa acessória da ponderação, sendo as “preferências abstratas” superáveis a partir dos bens e valores postos no caso concreto, mas que exigiram uma carga de argumentação mais forte para superação da hierarquia abstrata. Esta última concepção retira da hierarquização o caráter de critério autônomo para resolução de tensões. (PEREIRA, 2006, p. 219-220, 225).

Ana Maria Lopes D’Ávila aponta um consenso doutrinário no Brasil sobre a impossibilidade de se estabelecer hierarquia entre as normas constitucionais que não seja uma hierarquização meramente formal, no sentido de atribuir peso maior àquelas oriundas do poder constituinte originário que às do derivado. Contudo, ressalta que, apesar de se considerar que as normas constitucionais declaratórias de direitos estão em um mesmo patamar, tal não se pode dizer quanto aos direitos propriamente ditos, ou seja, o conteúdo de tais normas, pois não se poderia desconsiderar a “desigualdade axiológica dos direitos”, que constitui o inconveniente de se vedar uma hierarquização abstrata, apontando o método da ponderação de bens – a ser conceituado adiante – como aquele que melhor levaria tais desigualdades em consideração. (2001a, p. 56-57).

De outra banda, Gilmar Mendes critica a hierarquização, mesmo admitindo que tal não é incompatível com a unidade da Constituição, mas afirmando que uma hierarquia rigorosa entre os direitos fundamentais os desnaturaria, assim como desnaturaria a ordem constitucional como um todo unitário e harmônico, defendendo que somente em casos excepcionais poder-se-ia pensar numa “valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais”, exemplificando com a regra geral de Dürig, segundo a qual os direitos relativos às pessoas prevalecem sobre os de índole material. (2003, p. 184).

Assim, tem-se que o estabelecimento de uma prevalência *a priori*, como acentuado na decisão estudada, até seria possível, mas não como o critério resolutivo da colisão, mas apenas na perspectiva da doutrina das *preferred freedoms* ou *favor libertatis*. É dizer, em momento posterior, a decisão deveria ter adentrado na análise do caso concreto, realizado a ponderação dos bens, para, ou manter a preferência inicial pela liberdade de imprensa e crítica, ou superar esta prevalência através de carga de argumentação ponderativa. A ponderação se confundiria com uma hierarquização não absoluta, e sim voltada ao fato, como pontuou Marcelo Galuppo (1999, p. 194). Neste sentido, Barroso ([200-]) ressalta que “o que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito, fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis”. Poder-se-ia infirmar o argumento aqui exposto pela alegação de que a decisão analisada procedeu ao que se chama *definitional balancing*. Não se vislumbra procedência na distinção feita por Jorge Reis Novais (2010, p. 672) entre ponderação *ad hoc*, que seria a técnica voltada para o estabelecimento de relações de prevalência no caso concreto, ligada ao modelo de direitos fundamentais com estrutura de princípios, e ponderação definitiva, espécie de ponderação abstrata de interesses, a qual buscaria definir regras de solução de colisão entre interesses constitucionalmente assegurados que pudessem balizar os casos concretos posteriores. Esta se confunde, na verdade, com a técnica da hierarquização, de utilização já rechaçada. A ponderação, enquanto técnica mais comumente aceita para resolução de colisões, é assim definida por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 261):

O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder, ou quando seja o caso, deverá prevalecer.

A ponderação, como já exposto, consiste no balanceamento de princípios em colisão, a fim de se obter uma relação de prevalência de um sobre outro em determinado caso concreto. É, pois, recurso que se destina a resolver tensão entre dois direitos fundamentais, concretizando-se, como sustenta Ana Maria D’Ávila Lopes (2014), em três passos: 1) a identificação das normas colidentes; 2) a identificação das circunstâncias do caso concreto; 3) o balanceamento propriamente dito. Superadas estas três etapas, ter-se-ia o direito que deveria prevalecer no caso concreto. Na decisão analisada, apenas o passo

inicial e o final foram delineados; descurou-se da identificação das circunstâncias do caso concreto.

Explicando a ponderação, Alexy teorizou sobre a lei de colisão. A fim de explicar didaticamente o seu uso, utilizou o exemplo de um julgado da Corte Constitucional Alemã (BVerfGE vol. 51, 324) em que se questionava a possibilidade de ocorrência de um julgamento sem a presença do acusado, vez que este passava por delicado estado de saúde, podendo entrar em colapso diante do estresse advindo do julgamento. De um lado estava o princípio da inviolabilidade do corpo e da proteção à vida, de outro o devido processo legal, a garantir a funcionalidade do sistema de justiça criminal. O Tribunal alemão rejeitou solucionar o problema no âmbito da validade, pois que se tratava de normas-princípio, por isto, tampouco admitiu que uma fosse exceção da outra. Assim, procedeu-se à definição de prevalência de um princípio em face do outro, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o que findou por apontar que, diante do risco real e iminente à vida do acusado, este princípio teria maior peso, prevalecendo, não obstante se poder, em outras circunstâncias, chegar à solução diametralmente oposta. Deste modo, a lei de colisão representaria as condições em que um princípio prevaleceria sobre outro, a conferir um efeito legal (verdadeira norma-regra) ao princípio prevalente. Diga-se ainda que as relações de prioridade são relativas, voláteis, a depender das circunstâncias do caso concreto, o que torna o correto estabelecimento das condições de prioridade a verdadeira (e árdua) tarefa da teoria da otimização (ALEXY, 2000, p. 296-297).

Antes de se adentrar na análise do caso concreto sob a ótica da ponderação de princípios constitucionais, importante ressaltar que, como acentua Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 65-66), embora não haja limitações de ordem formal à liberdade de manifestação do pensamento, igual sorte não encontra tal direito no plano substancial, citando o italiano Ignazio Tambaro⁷ em passagem que merece destaque:

Liberdade e responsabilidade não são dois termos inconciliáveis entre si: pelo contrário, a própria liberdade gera a responsabilidade. E se no Direito comum um é responsável pelos próprios atos porque é livre, se cada um é livre porque é responsável, a que título dever-se-ia reivindicar, em favor daquele que fala ou daquele que escreve, o privilégio de uma irresponsabilidade, que o próprio sentimento de sua dignidade deveria aconselhá-lo a recusar, se viessem a ofertar-lhe?

⁷ Citação original retidada da obra: **La libertà dela stampa e il diritto penale**. Turim: R. Frassati, 1896, p. 42.

Costa Júnior (1995, p. 64) afirma ainda que, no que concerne ao direito de crítica, devem-se diferenciar as matérias privilegiadas das não privilegiadas. Entre aquelas estariam a política, a ciência, a religião e a arte, sobre as quais recairiam um direito de opinião mais irrestrito. Já Luís Roberto Barroso ([200-]) estabelece parâmetros ponderativos a serem observados no caso concreto para o correto estabelecimento das relações de prevalência entre a liberdade de imprensa e o direito à honra, quais sejam: a) a veracidade do fato; b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; c) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; d) local do fato; e) natureza do fato; f) existência de interesse público na divulgação em tese; g) existência de interesse público na divulgação dos fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; h) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Analisando o caso concreto, não há que se fazer qualquer reparo quanto à análise dos parâmetros constitucionais de ponderação acima citados. Há, senão veracidade, mas verossimilhança nos fatos imputados a Roriz na matéria; as informações não foram obtidas de maneira ilícita; a pessoa objeto da matéria é figura pública, o que abranda a intensidade da proteção de sua honra; os fatos não se deram em ambiente privados, possuem natureza que revela interesse público em sua divulgação, envolvem atores que exercem ou exerciam *múnus* públicos; e a discussão sobre a matéria se deu após sua publicação, não se cogitando de censura prévia.

A liberdade de imprensa e o direito de crítica jornalística, defende-se neste estudo, comumente constituem excludentes anímicas dos crimes contra a honra, pois que retiram o dolo de ofender, principalmente quando a crítica é dirigida a figuras públicas, especialmente do campo político. Todavia, há uma questão de primordial relevo que passou despercebida até então. É que se entende que, ao se admitir a liberdade de imprensa e crítica jornalística como excludentes anímicas e de responsabilidade no tocante à ofensa à honra alheia, mormente quando se tratar de figuras públicas, onde a incidência de tais excludentes é ainda maior, necessário se faz estabelecer um critério adicional de ponderação, a fim de evitar que se outorgue à mídia uma permissão irrestrita para ofender. Tal parâmetro adicional seria a natureza da ofensa à honra, a qual deveria visar tão somente à honra objetiva, aquela atingida pela imputação de fatos determinados,

ou ainda, que se atribuam qualificações negativas subjetivas aos fatos em si, e não à pessoa. Considera-se que, em determinados casos, a ofensa à honra subjetiva, por meio de xingamentos e atribuição de qualidades negativas genéricas e imprecisas, que não se podem submeter à averiguação da verossimilhança, e sequer gozam de interesse público, constituem extrapolação do direito de crítica jornalística. Vale dizer, a suposta calúnia ou difamação, se verossímeis e de interesse público, não constituiriam delito nestes casos, por atingirem a honra objetiva; já a injúria, por não prever a *exceptio veritatis*, não ostentar interesse público relevante e atingir apenas a honra subjetiva, necessita de maiores cuidados e temperamento antes de se afirmar aprioristicamente a presença de excludentes anímicas.

O Superior Tribunal de Justiça já esteve atento a tal fato, ao contrário do Supremo. No Recurso Especial 801109/DF, julgado em 2012, restou assentada a “vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa”, muito embora naquele caso concreto se tenha decidido pela presença das excludentes anímicas relativas à liberdade de imprensa e de crítica. No mesmo julgado, reafirmou-se que “a análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto”, principalmente sem se tratando de “pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático”. Veja-se que, neste tocante, há, como se entende neste texto, defesa da doutrina das *preferred freedoms*, ao se falar prevalência “em tese” de um direito sobre outro, o que não vale dizer, como fez o *decisum* objeto deste trabalho, que, em casos tais, prescindia-se da análise do caso concreto.

Outro precedente importante é o Recurso Especial 1068824/RJ, julgado em 2012, interposto pela Editora ABRIL, em face de condenação que sofrera por ter-se, em matéria jornalística publicada na Revista VEJA, referido ao ex-presidente Fernando Collor de Mello como “corrupto desvairado”. Neste julgado, acentuou-se que a expressão extrapolou a “pura crítica” e descambou para a injúria, a qual possui reduzida margem de defesa entre os delitos contra a honra, “pois não admite exceção de verdade”, como já foi

dito. Foi ressaltado ainda que poucas hipóteses são aptas a desconstituir a injúria, como “a prolação de palavras em revide imediato, ou em momento de ânimo exacerbado”, que “evidentemente não se aplica ao caso da escrita por profissional categorizado, perito na arte de usar as palavras com extensão e compreensão correspondentes às ideias nelas contidas”.

O caso concreto objeto da decisão analisada, para além de imputar condutas ofensivas, mas albergadas pela liberdade de imprensa e de crítica, e de qualificar negativamente as condutas, partiu para a ofensa pessoal, à honra subjetiva de Joaquim Roriz, ao se utilizar de expressões como “Don Roriz”, “Vito Corleone do cerrado” e “titã da bandalha”, às quais, no entendimento adotado neste estudo, transbordam a não mais poder a mera crítica virulenta, caracterizando claramente o dolo de ofender a honra subjetiva da figura pública, pelo que deveria haver incidido o dever de indenizar, como houvera assentado tanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal como o Superior Tribunal de Justiça. Neste tocante, a decisão do Supremo Tribunal Federal andou mal ao conferir uma liberdade absoluta que redundaria em verdadeira carta branca para ofender.

4 Considerações finais

O presente trabalho buscou definir a controvérsia constante da decisão resolutive do Recurso Extraordinário com Agravo 722744/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual isentou do dever de indenizar a Editora ABRIL, em virtude de matéria jornalística sobre Joaquim Roriz e seu grupo político, na qual havia presença de críticas virulentas à pessoa do noticiado. Foi analisada a extensão dos dizeres ofensivos e seus possíveis enquadramentos típicos como delitos contra honra, concluindo-se pela existência, em tese, do delito de injúria, que geraria o dever de indenizar.

Estabeleceu-se a colisão entre a liberdade de imprensa e de crítica jornalística e o direito à honra alheia, a qual teria sido analisada abstratamente pela decisão analisada, que descurou de examinar as circunstâncias do caso concreto, realizando verdadeira hierarquização de princípios constitucionais, o que não é admissível em nosso ordenamento, consoante ampla maioria da doutrina.

Pontuou-se a necessidade de se realizar a ponderação de interesses para resolver a colisão, estabelecendo-se parâmetros constitucionais para análise do caso concreto, a saber: a) a veracidade do fato; b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; c) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; d) local do fato; e) natureza do fato; f) existência de interesse público na divulgação em tese; g) existência de interesse público na divulgação dos fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; h) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Aos parâmetros acima, acrescentou-se outro, de fundamental relevo, consistente em que os dizeres ofensivos se dirigissem apenas à honra objetiva, pois, quando atingissem a honra subjetiva constituiriam injúria, não suscetível de análise sob o prisma da veracidade e do interesse público, analisando-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

Por fim, concluiu-se que, no caso concreto, foram transpostos os limites da liberdade de imprensa e de crítica, havendo claro dolo de injuriar, pelo que deveria haver incidido o dever de indenizar, merecendo reparo a decisão do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio juris**, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. [200-]. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 26 jul. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 2.

BRASIL. Constituição (1988). Lex. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Lex. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.068.824/DF. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 20 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1125140&num_registro=200801361247&data=20120620&formato=PDF>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.109/DF. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 12 de junho de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 12 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=12766&seq_documento=7138688&data_pesquisa=12/03/2013&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=801109>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 722.744/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE722744.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

CAVALCANTE NETO, Antonio de Holanda; DIAS, Eduardo Rocha. Marcha da maconha e marcha da pedofilia: a permissividade da liberdade de expressão no modelo democrático brasileiro. In: CONPEDI/UFSC (Org.). LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges (Coord.). **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 421-435. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=89>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal na Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ESCOSTEGUY, Diego. Entre a máfia e a máfia. Revista VEJA, São Paulo, v. 45, n. 52, p. 40-42, 30 dez. 2009. Semanal. Edição 2145. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/301209/a-semana-corrupcao-p-040.shtml>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Volume 6.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001a.

_____. **Direitos e garantias fundamentais:** programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. 18 fev. 2014, 10 jun. 2014. Notas de Aula.

_____. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001b.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão:** dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 185-178, mar. 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A ponderação de interesses como ferramenta metodológica de aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos. In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cap. 4. p. 215-295.