

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 891.647 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CELSO DE MELLO
RECTE.(S)	: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS AMORIM
ADV.(A/S)	: MARIA ELIZABETH QUEIJO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CARMEN DA COSTA BARROS
RECDO.(A/S)	: MERVAL SOARES PEREIRA FILHO
ADV.(A/S)	: PAULO FREITAS RIBEIRO E OUTRO(A/S)

EMENTA: Queixa-crime. Condenação penal *imposta a jornalista. Delito de injúria (CP art. 140). Reconhecimento, no caso, pelo Colégio Recursal, da ocorrência de abuso no exercício da liberdade de opinião.* Decisão recorrida que se apoiou, para tanto, em elementos de prova produzidos no processo penal de conhecimento. **Pretendida revisão** do acórdão recorrido dependente de exame de matéria fático-probatória, **insusceptível** de análise em recurso extraordinário (Súmula 279/STF). **A questão da colidência de princípios:** liberdade de expressão e de informação, de um lado, e preservação do direito à incolumidade do patrimônio moral, de outro. **A liberdade de expressão** como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República **estruturada** em bases democráticas e regida pelo princípio fundamental do pluralismo político. **O direito à livre manifestação do pensamento:** núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância, de opinião e de livre circulação de ideias. **O sentido de**

alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social. Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF art. 5º, incisos IV, V e X, e art. 220, § 1º, “in fine”; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, inciso 2, “a”, e inciso 5). A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias, propostas e opiniões prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes, em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais. Inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso”. Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil, compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias”. O sentido da existência do “free marketplace of ideas” como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC 2.695-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). A importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes. A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cujo perfil repudia, por efeito de sua própria natureza, a repressão ao dissenso e estimula, por isso mesmo, a construção de espaços de liberdade em

obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da República. Exercício abusivo da liberdade de expressão cuja prática configurou, na espécie, conduta impregnada de ilicitude penal. Comportamento que não merece, por tal razão, a dignidade da proteção constitucional. Doutrina. Precedentes. ARE conhecido. RE a que se nega seguimento.

– O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal.

– A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental. Doutrina. Precedentes.

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão que, confirmado, em sede de embargos de declaração, pelo Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, está assim ementado (fls. 520):

“QUEIXA-CRIME. INJÚRIA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. LIMITES. HONRA SUBJETIVA. As liberdades de expressão e de informação garantidas pela Constituição Federal encontram limitação na proteção, de igual valor e força, da honra privada e do direito de indenização pelos danos causados no abuso de seu exercício. Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal. Recurso do querelante desprovido.

PENA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR. O nosso Código Penal adota o modelo de renda potencial para o estabelecimento do valor justo, *do ponto de vista punitivo*, da multa, tal qual deve ser feito para a aplicação da pena de prestação pecuniária. Recurso do querelante *parcialmente provido* para esse fim.” (grifei)

A parte ora agravante, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o órgão judiciário de origem teria **transgredido** o preceito inscrito no art. 220 da Constituição da República.

O Ministério Público Federal, por sua vez, em parecer da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, afastando a alegação do ora agravante de que é **desnecessário** o reexame do contexto fático-probatório, acentuou “que se fazem presentes os óbices apontados na decisão agravada, que impedem o trânsito do recurso extraordinário” (fls. 661).

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação recursal em causa. E, ao fazê-lo, observo que o ilustre magistrado **que proferiu, no caso, juízo negativo** de admissibilidade **pertinente** ao recurso extraordinário em referência **enfatizou, apoiado na Súmula 279/STF**, que o apelo extremo “não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (...)" (fls. 625).

Tenho para mim que se revela correto esse entendimento **emanado** da Presidência do Colégio Recursal, **notadamente** se se considerarem as razões que, *no ponto, dão suporte* ao parecer, *a seguir produzido*, da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 661/664):

“8. Primeiramente, quanto ao pleito de absolvição, a pretensão esbarra no enunciado da Súmula nº 279 dessa Suprema Corte (‘Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário’). Muito embora o recorrente tenha afirmado que a questão deduzida é meramente jurídica, é indiscutível que sua pretensão é de reexame do contexto fático-probatório da causa para que se afirme que não cabia, no caso específico, a condenação.

9. E, para chegar a essa conclusão, essa Suprema Corte terá necessariamente que visitar os fatos e as provas para, ao final, absolvê-lo da imputação penal.

10. Questão jurídica haveria, de índole constitucional, se o recorrente estivesse afirmado que, em toda e qualquer hipótese, independentemente dos fatos a ele atribuídos, não seria possível criminalizar a manifestação de pensamento por meio de matéria jornalística, seja ou não ofensiva à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. E que a criminalização da conduta, mesmo que ofensiva aos valores constitucionalmente protegidos no art. 5º, inciso X, importaria em restrição à liberdade de manifestação do pensamento, tal como prevista no art. 220 da Constituição Federal, que teria caráter absoluto.

11. Essa, no entanto, não é a questão, inclusive porque não foi essa a questão discutida no acórdão impugnado. O que afirma o recorrente é que a criminalização e consequente punição, por

pena privativa de liberdade em detrimento da pena pecuniária, da específica conduta que lhe foi atribuída nos autos da Ação Penal nº 0064436-95.2012.8.26.0050, importou em violação ao art. 220 da Constituição Federal.

12. E, para a análise da pretensão assim deduzida, não há como essa Suprema Corte furtar-se ao exame dos fatos e das provas para concluir se os termos utilizados pelo recorrente foram ofensivos à honra da vítima.

13. A sentença condenatória e o acórdão do Colégio Recursal, ao analisarem os fatos e as provas, concluíram que o recorrente, ao referir-se ao querelante como 'jornalista bandido', ofendeu a sua honra. Confira-se:

'Assim, tenho que a expressão 'jornalista bandido', cuja origem desconhece a testemunha Maurício Dias, está destoante da matéria — esta sim crítica — produzida pelo querelado. Tenho ainda que, mesmo utilizando-se do direito de crítica no tocante às relações da revista Veja com possível contraventor, como sustenta o querelado, de modo consciente, ao contrário do que ele próprio alega, ofendeu a honra do querelante.

Ainda, não se trata de frase 'pinçada' no meio da notícia já que esta, repita-se, não tem relação com a própria notícia. Poderia o querelado exercer seu direito de crítica a respeito das relações da mencionada revista com eventual contraventor, por meio de Policarpo Júnior, sem necessidade de colocação da fotografia do querelante com legenda 'jornalista bandido...', ainda que o querelante, de alguma maneira, defendesse a revista Veja, cabia ao querelado apenas manifestar seu direito constitucional de crítica, sem a utilização de termo pejorativo.

Frise-se que, mesmo que a expressão tenha sido cunhada pelo ex. Delegado Federal, tal não se depreende da reportagem e, ainda, não foi feita qualquer menção de outras matérias tratando do mesmo assunto que pudesse, de fato, esclarecer aos mais de 150 mil leitores do 'blog'.

Portanto, depreende-se clara a presença do elemento subjetivo do crime de injúria, tendo em conta que o fato ocorreu quando o querelado escreveu um texto em seu blog, postando o texto com a foto cuja legenda apresentava os seguintes dizeres 'jornalista bandido, bandido é'. A matéria, repise-se, extrapolou o direito de expressão, atingindo a honra do querelante, não sendo tão somente o exercício do direito de crítica.

A matéria disponibilizada no Portal Virtual intitulado 'Conversa Afiada' ultrapassou a informação de cunho objetivo. Percebe-se que houve adjetivação e a colocação da frase ofensiva à honra subjetiva (decoro – atributo social).

Desse modo, inequívoca a responsabilidade penal do querelado.' (fls. 383/385)

14. *A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que, na análise do recurso extraordinário, os fatos devem ser considerados na 'versão do acórdão recorrido' (RE AgR nº 294.258/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2/3/07).*

15. *Nesse contexto, para chegar-se a conclusão contrária à adotada pelo magistrado de primeiro grau e pela Corte Recursal e acolher a tese de que houve, no caso, tão somente 'o exercício da liberdade de manifestação do pensamento, informação e crítica jornalística', sem qualquer ofensa dirigida à pessoa do querelado, seria necessário o reexame dos fatos e das provas, incabível na via eleita." (grifei)*

Vê-se, daí, que a pretensão ora deduzida pela parte agravante revela-se processualmente inviável, pois o apelo extremo, como assinalado, **não permite** que nele se reexaminem questões de fato **ou** aspectos de índole probatória, **em face** de seu **estrito** âmbito temático (**RTJ** 161/992 – **RTJ** 186/703), **ainda mais** quando tais circunstâncias, **como sucede na espécie**, mostrarem-se **condicionantes** da própria resolução da controvérsia jurídica, **como enfatizado** no acórdão recorrido, **cujo pronunciamento** sobre matéria de fato

reveste-se de inteira soberania (RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693, *v.g.*).

Impõe-se registrar, por relevante, no que concerne à própria controvérsia ora suscitada, que o entendimento ora exposto – que se apoia na restrição fundada na Súmula 279/STF – tem sido observado em julgamentos proferidos no âmbito desta Suprema Corte (AI 765.757-AgR/SP Rel. Min. ELLEN GRACIE – ARE 638.067/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ARE 761.165/ES, CELSO DE MELLO – RE 635.494-AgR/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO, *v.g.*), cujas decisões enfatizam que a ponderação entre o princípio que consagra a liberdade de informação, de um lado, e o postulado que assegura a intangibilidade do patrimônio moral das pessoas, de outro, supõe a análise do contexto fático e a reavaliação do conjunto probatório a ele concernente, o que se mostra inviável no âmbito do recurso extraordinário, tendo em vista a circunstância – processualmente relevante – de que o pronunciamento jurisdicional das instâncias ordinárias veicula conteúdo material impregnado de caráter soberano (RTJ 158/693, *v.g.*):

"CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ABUSO DO DIREITO. INVIOLABILIDADE DO PATRIMÔNIO MORAL. ART. 5º X, CF/88. INDENIZAÇÃO. SÚMULA STF 279.

.....

2. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa aos arts. 5º, X, e 220 da Constituição Federal.

3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido."

(RE 389.096-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Não obstante o aspecto formal que venho de referir (incidência, na espécie, da Súmula 279/STF), apto, por si só, a inviabilizar o próprio conhecimento do recurso extraordinário em causa, cabe enfatizar que,

mesmo superada essa questão prévia, ainda assim não se revelaria acolhível a pretensão recursal extraordinária **deduzida** pelo ora agravante, **tendo em vista** o entendimento que o Supremo Tribunal Federal **firmou** a propósito do tema **que põe em destaque a situação de polaridade conflitante entre** a liberdade de expressão, *de um lado, e* a preservação dos direitos da personalidade, *de outro*.

Essa controvérsia ainda mais se acentua nos casos em que a *colisão de princípios* é **examinada** na perspectiva **do abuso** da liberdade de informar e de opinar, **especialmente** quando o exercício dessa prerrogativa **projeta-se sobre o campo da ilicitude penal**.

Não constitui demasia assinalar presente o contexto ora mencionado, **que se reveste de significativa importância** a liberdade de informação, **notadamente** aquela exercida pelos profissionais de imprensa **no âmbito** de sociedades **estruturadas** em bases democráticas **e regidas** pelo princípio fundamental do pluralismo político.

Reconheço, por isso mesmo, que os valores que informam a ordem democrática, dando-lhe o indispensável suporte axiológico, revelam-se conflitantes com toda e qualquer pretensão estatal **que vise a nulificar ou a coarctar a hegemonia essencial** de que se revestem, *em nosso sistema constitucional*, as liberdades do pensamento.

Com efeito, a Constituição – ao subtrair da interferência do Poder Público, **sempre tão expansiva quanto prejudicial**, o exercício da liberdade de expressão, **inclusive** da liberdade de divulgação **e** de crítica jornalísticas – **mostrou-se atenta à grave advertência** de que o Estado **não dispõe de autoridade alguma sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos de sua exteriorização**. E isso porque – *na sempre lúcida ponderação* de OCTAVIO PAZ (“O Arco e a Lira”, p. 351, 1982, Nova Fronteira) – “**O poder político é estéril, porque sua essência consiste na dominação dos homens, qualquer que seja a ideologia que o mascare (...)**” (**grifei**).

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre "a posteriori", a reação estatal aos excessos cometidos, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de caráter civil ou, até mesmo, de índole penal.

É que, se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, *por exemplo*, não seriam suscetíveis de qualquer punição ou reação do ordenamento jurídico, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

Dai a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o caráter não absoluto da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que “A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico”, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que “a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (*'clear and present danger'*) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau”.

O fato irrecusável, neste tema, é um só: o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado, sempre, porém, “*a posteriori*”, eis que a liberdade de opinião não autoriza nem legitima práticas que atinjam e vulnerem, mediante imputações ofensivas, o patrimônio moral das pessoas, cuja proteção encontra fundamento no próprio texto da Constituição da República (art. 5º, X, c/c o art. 220, § 1º).

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em memorável julgamento a propósito da abrangência da liberdade de expressão, concluiu que essa prerrogativa fundamental não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra ou delitos de apologia e de incitação ao crime, uma vez que a liberdade de palavra – insista-se – não traduz franquia constitucional ilimitada ou absoluta:

"13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...)."

(HC 82.424/RS, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno – grifei)

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, inciso 2, alínea "a", depois de vedar a censura prévia, prescreve que o exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento sujeitar-se-á “a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)" (grifei).

Cumpre rememorar, por oportuno, o magistério de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/136, obra conjunta escrita com LUIZ FLÁVIO GOMES, 2008, RT), para quem “*O exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, conquanto não esteja sujeito à censura prévia, está condicionado ‘a responsabilidades ulteriores’.* Isto quer dizer que não se pode proibir (censurar) a manifestação da liberdade de pensamento ou de expressão; mas, uma vez que se as utilize, ou seja, uma vez que se exerça a liberdade de pensamento ou de expressão, o uso desse direito não pode extrapolar o limite do razoável e violar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)" (grifei).

Irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis que conformam, no plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa, não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso.

A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas – manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas – transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Tenho por inquestionável, no tema, na linha de diversos pronunciamentos emanados do Supremo Tribunal Federal (RTJ 173/805-810, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), que não é ilimitada a extensão dos direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Política, mesmo tratando-se da liberdade de manifestação do pensamento, cuja

invocação não pode nem deve legitimar abusos cuja prática **qualifique-se como ato impregnado de ilicitude penal.**

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, **na manifestação** do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta praticada pelo agente **encontra repulsa na própria Constituição ou no ordenamento positivo nacional**, que não admitem atos, palavras ou imputações contumeliosas que ofendam, no plano penal, valores fundamentais que a todos assistem, como o da intangibilidade do patrimônio moral das pessoas, tal como entendeu, neste caso, a partir do exame de fatos e provas produzidas no processo penal de conhecimento, o Colégio Recursal que proferiu o julgamento questionado em sede recursal extraordinária.

Com efeito, o Colégio Recursal, ao proferir o acórdão objeto do recurso extraordinário a que se refere o presente agravo, bem enfatizou os aspectos que venho de mencionar, destacando – sempre a partir do exame do conjunto fático-probatório que se produziu nestes autos – os seguintes pontos, que reproduzo “*in extenso*”, **por constituírem fragmentos decisórios impregnados de inquestionável relevo** (fls. 520/525):

“Em vista da r. sentença que julgou procedente queixa-crime aforada por MERVAL SOARES PEREIRA FILHO em desfavor de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS AMORIM, recorrem querelante e querelado.

Em sua objurgação o querelante postula a parcial reforma do julgado, com a manutenção da procedência da ação, mas com a adequação da pena imposta, a fim de vedar a possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Já o querelado postula sua absolvição, com integral reforma do julgado, em vista da atipicidade de sua conduta, abarcada pela liberdade de informação e expressão jornalística.

Ambos os recursos foram recebidos e contrariados.

Houve parecer Ministerial, em primeiro grau, pelo improvisoamento dos recursos, mesmo caminho trilhado pela promotoria deste Colégio Recursal.

Síntese do necessário.

Inicialmente é de se desaprovar o recurso do querelado. A procedência da ação foi bem decretada pela r. sentença do nobre Magistrado Ulisses Augusto Pascolati Junior.

O primeiro ponto a ser frisado, no caso em exame, diz respeito à liberdade de informação jornalística, ou a inviolabilidade da liberdade de expressão e exercício da profissão; a ausência de possibilidade de censura e os limites impostos à livre expressão do pensamento.

Evidentemente que tais bens, direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, não são absolutos, ilimitados. Tanto não são que, colocados ao lado de outros bens igualmente protegidos, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o que renderá ensejo, também no mesmo nível de cláusula pétrea, à respectiva indenização pelos danos materiais e morais que o excesso ou abuso no direito de informar ocasionar ao cidadão.

Há uma função social na atividade de informar e é essa 'mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade de expressão', com a garantia de 'indenização por dano material, moral ou à imagem'.

E isso não é novidade.

Grande inspiradora mundial da garantia da liberdade de expressão, inclusive em nosso direito constitucional, está assim redigida a Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana: 'O Congresso não fará leis relativas ao estabelecimento de religião ou proibindo-lhes o livre exercício; restringindo a liberdade de palavra ou imprensa; ou o direito do povo reunir-se pacificamente e de requerer ao governo o resarcimento de danos sofridos' (...).

Contudo, 'segundo a jurisprudência da Suprema Corte americana, não é e nunca foi absoluta a liberdade de palavra'. (...) Pondo em equação a liberdade de palavra e a necessidade de

restrições à mesma numa sociedade organizada, dizia a Corte: 'As liberdades da Primeira Emenda não são absolutas, pois as liberdades civis, garantidas na Constituição, implicam a existência de uma sociedade organizada, mantendo a ordem pública, sem a qual a própria liberdade seria perdida nos excessos dos abusos irrestritos'.

Esta é, exatamente, a mesma posição do C. Supremo Tribunal Federal, que tanto reconhece a indisponibilidade da liberdade de expressão e do direito de informar, como também reconhece as limitações respectivamente impostas, colocando-as no mesmo patamar constitucional de proteção: 'as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restrinvidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF 130'.

Também frisa o C. STF que a liberdade de expressão não é uma garantia constitucional absoluta, impondo-se a existência de limites morais e jurídicos: 'o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, par. 2º, primeira parte)'.

No caso dos autos estes limites foram ultrapassados.

Com efeito, cuidando-se de postagem em 'blog', a forma como editada a matéria, a maneira como visualizada pelos leitores, dá a imediata noção de que o querelante é o 'bandido' referido pelo querelado.

Veja-se que, ao contrário do afirmado pelo querelado recorrente, se pretendesse, realmente, fazer crítica a terceira pessoa – jornalista da revista Veja – seria absolutamente desnecessário estampar a foto do querelante acompanhado da legenda 'jornalista bandido' quando, notoriamente, o único profissional de imprensa na referida fotografia era o querelante.

Tratou-se, na verdade, de um episódio lamentável, onde foram utilizados dois subterfúgios para ofender a honra alheia:

primeiro, valer-se da palavra de terceiras pessoas e, segundo, lançá-las em contexto visual absolutamente desconexo com a intenção de simplesmente transmitir uma notícia veiculada em outro órgão de imprensa.

Na verdade, quem não respeitou o direito à informação e à liberdade de expressão foi o querelado, na medida em que lançou a postagem ofensiva após a publicação de artigo do querelante, expondo sua opinião a respeito de fato político, com cujo teor o querelado não concordava.

Não resta dúvida quanto à intenção de injuriar, nem tampouco quanto à direção da ofensa.

Assim, e pelos demais fundamentos da r. sentença, o acolhimento da pretensão punitiva foi bem decretado. (...)." (grifei)

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, **revestida** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger qualquer pessoa cujas opiniões **possam**, até mesmo, **conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, não obstante minoritárias, **qualquer** tipo de restrição de ídole política **ou** de natureza jurídica, *pois todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias*, **ainda que estas possam surgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal** com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

A liberdade de expressão, **considerada** em seu mais abrangente significado, **traduz**, *ela própria*, o fundamento que nos permite formular ideias e transmiti-las **com o intuito** de provocar a reflexão **em torno** de temas que podem revelar-se impregnados de elevado interesse social.

As ideias, *ninguém o desconhece*, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, *até mesmo*, subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas *até então estabelecidos* nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes, a concretização de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: o respeito ao pluralismo político.

A livre circulação de ideias, portanto, representa um signo inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o “mainstream”, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade.

Em uma palavra: o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, não obstante a sua extração eminentemente constitucional, deslegitima-se quando a sua exteriorização atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

Bastante expressiva a esse respeito foi a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu, por unanimidade, no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator, que restou consubstanciado, no ponto ora em exame, em acórdão assim ementado:

“(...) A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA

REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA 'PROIBIÇÃO ESTATAL

DO DISSENTO – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE 'LIVRE MERCADO DE IDEIAS' – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO 'FREE MARKETPLACE OF IDEAS' COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SÍNICO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENTO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...)."

(ADPF 187/DF Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Vê-se, portanto, que o direito ao dissenso – desde que não resvale, abusivamente, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, em virtude de conduta desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) – encontra suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, mesmo que, de sua prática, possam resultar posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, por isso mesmo, as palavras do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), no caso "*United States v. Rosika Schwimmer*" (279 U.S. 644), proferidas, em 1929, em notável e histórico voto vencido (hoje qualificado como uma "*powerful dissenting opinion*"), então inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, nas quais HOLMES deixou positivado um "*dictum*"

imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que reproduzo, *a seguir, em livre tradução*:

"(...) but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate." ("mas, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, **mais** do que qualquer outro, é o princípio que consagra a liberdade de expressão do pensamento, **mas não a liberdade do pensamento apenas em favor** daqueles que concordam conosco, mas, sim, **a liberdade do pensamento** que nós próprios odiamos e repudiamos.") (grifei)

Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: GARANTIR não apenas o direito daqueles que pensam como nós, MAS, igualmente, PROTEGER o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!

O pluralismo político (que legitima a livre circulação de ideias) exprime, bem por isso, um dos fundamentos estruturantes do Estado democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República.

Cumpre advertir, no entanto, que a salvaguarda constitucional do direito à livre comunicação de ideias e opiniões não significa que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, **juízo de reprovabilidade penal** que se revele em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada.

Cabe referir, neste ponto, como simples registro histórico, julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 07/04/2003, no exame do caso Virginia v. Black et al., ocasião em que esse Alto Tribunal concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão naquele país e que lhe confere a condição de “*preferred position*” no quadro das liberdades fundamentais) a lei penal que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz (“*cross burning*”) com a intenção de intimidar, eis que tal gesto representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio, destinado a transmitir àqueles a quem tal mensagem se destina o propósito criminoso de ameaçar.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, como já salientado, o **critério** da “*preferred position*”) – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo plenamente lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos.

Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (como os pertinentes à *incolumidade da honra* e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, “verdadeiros contrapesos à liberdade de informação” (L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, “**Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**”, p. 137, 2^a ed., 2003, Renovar), que não pode – e não deve – ser exercida de modo abusivo (GILBERTO HADDAD JABUR, “**Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**”, 2000, RT), mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de informação não afasta, por

efeito do que determina **a própria** Constituição da República, **o direito do lesado** à indenização por danos materiais, morais **ou** à imagem (**CF** art. 5º, **inciso** V, **c/c** o art. 220, § 1º) **e, também**, à proteção de sua incolumidade moral (**CF** art. 5º, X, **c/c** o art. 220, § 1º).

*Na realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe parâmetros – entre os quais **avulta**, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (**CF** art. 5º, V e X) – cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (**direito de informar, de opinar e de criticar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro**), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.*

Lapidar, sob tal aspecto, **o douto magistério** do eminentíssimo Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO (“Programa de Responsabilidade Civil”, p. 129/131, item n. 19.11, 6ª ed., 2005, Malheiros):

*“(...) **ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão** à atividade intelectual, artística, científica, ‘e de comunicação’, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). **Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X** do seu art. 5º, dispõe que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a ‘honra’ e a imagem das pessoas, **assegurado** o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’. **Isso evidencia** que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, **esses dois princípios constitucionais** se confrontam e devem ser conciliados. **É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio** entre princípios constitucionais em aparente conflito, **porquanto**, em face do*

'princípio da unidade constitucional', a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém (...).

.....

À luz desses princípios, é forçoso concluir que, sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbitrios. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro.

Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da 'proporcionalidade' como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensina que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.

Ademais, o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve-se fazer com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, 'in fine'. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no § 1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à 'observância' do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Temos aqui verdadeira '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 de personalidade em geral. Do contrário, não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos

acima citados como limites imanentes ao exercício da liberdade de imprensa.

.....

Em conclusão: os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do ‘princípio da convivência das liberdades’, pelo quê não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. **Fala-se**, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações.” (**grifei**)

Procedente, por isso mesmo, a observação feita pelo eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, em trabalho doutrinário concernente à colisão de direitos fundamentais (liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e direito à honra e à imagem, de outro), em que expendeu, com absoluta propriedade, magistério que vale rememorar (“**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**”, p. 89/96, 2^a ed., 1999, Celso Bastos Editor):

“**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.** (...).

Como demonstrado, a Constituição brasileira (...) 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 estabelecido no art. 5.^º, X.

Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação.” (grifei)

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas **e acolhendo**, ainda, **o parecer** do Ministério Público Federal, **conheço** do presente agravo, **para negar seguimento** ao recurso extraordinário, *por manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010).*

Publique-se.

Brasília, 02 de setembro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator