

A Liberdade de Imprensa e a Independência do Poder Judiciário: Faces da Mesma Moeda*

Gustavo Binenbojm

Professor da UERJ, da FGV-RIO e da EMERJ

Acho que a designação desse evento em celebração no Dia Internacional de Liberdade de Expressão no Palácio de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem um significado simbólico muito especial. Há não muito tempo atrás, como todos nós sabemos, inclusive os mais jovens pelos livros de história, o Brasil era um país em que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, formalmente proclamadas no texto da Constituição de 67 e repetidas na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, eram liberdades de pura retórica. O Brasil foi um país que teve a coragem de obrigar os veículos de comunicação a publicarem poemas e receitas de bolo no lugar de notícias; foi um país que teve a coragem de instituir a cultura da tarja preta em filmes e produções audiovisuais, muitas vezes transformando dramas em comédias; foi um país que teve até a capacidade de proibir que o Balé Bolshoi se apresentasse por ser de origem russa e representar, àquele tempo, uma perigosa propaganda do regime comunista. Então o Brasil tem muito que celebrar. Nesse mesmo período de luta contra a ditadura militar, juízes foram cassados ou aposentados compulsoriamente e diversos jornalistas foram condenados ao exílio. A Constituição de 1988, que representou, do ponto de vista jurídico, a grande transformação política da redemocratização, restabeleceu, de um lado, a imprensa livre e garantida de forma plena, de forma enérgica, quiçá até de forma pleonástica no texto constitucional e, ao mesmo tempo, construiu um modelo de judiciário independente cercado de prerrogativas que, na verdade, não

* Palestra proferida no painel comemorativo do "Dia Internacional da Liberdade de Expressão", realizado no TJERJ, em 8 de maio de 2012.

são prerrogativas pessoais dos magistrados, mas garantias de toda a sociedade. Como bem assinalou o Sardenberg, na fala que me antecedeu, não se pode conceber uma sociedade democrática sem que tenha esses dois pilares fundamentais que são a imprensa livre e independente, de um lado, e um Poder Judiciário independente, cercado de garantias institucionais, de outro lado.

Alguém há de se perguntar, portanto, quais são as razões deste evento e desta celebração; se o país está reconstitucionalizado, vivendo o esplendor da prática democrática, por que falar reiteradamente em liberdade de imprensa e independência judicial como pilares da democracia. É porque a liberdade é um processo, ela não se conquista de forma estática, a liberdade já se disse é libertação, assim como democracia é uma prática e não uma conquista meramente formal. Mais do que isso, penso eu, que uma das características mais sorradeiras da censura é a de não apenas negar as ideias diferentes ou discordantes. A característica mais sorradeira da censura é a de, sobretudo, negar-se a si própria. Ela normalmente aparece sem pronunciar o seu nome, é um mal que não ousa dizer o seu nome, ressurgindo em projetos travestida de expressões de forte apelo populista e que não conseguem disfarçar sua finalidade última, que é controlar o que a imprensa pode publicar, controlar o que os cidadãos devem poder saber, como forma de protegê-los de si mesmos. E isso é a antítese de liberdade de imprensa e da liberdade de expressão.

Eu gostaria de fazer uma exposição inicial sobre a razão pela qual a independência do Poder Judiciário é tão fundamental para garantia da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. Muito mais do que uma mera garantia de um terceiro imparcial em processos intersubjetivos, em conflitos interindividuais, a garantia de independência do Poder Judiciário se erigiu como uma verdadeira pilastra do Estado Democrático de Direito. Desde o segundo pós-guerra, e a Alemanha foi um exemplo de recuperação extraordinária depois da tragédia do nazi-fascismo, se entende que o Poder Judiciário deve ser o guardião último das garantias constitucionais. Em relação à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, tenho eu para mim que essa importância, essa relevância do Poder Judiciário é ainda maior. E por quê? Porque embora a democracia seja normalmente assimilada ao governo das maiorias, o conceito contemporâneo de democracia não se limita ao governo da maioria. A constitucionalização de determinados parâmetros, de determinadas re-

gras do jogo e de determinados direitos fundamentais integra o conceito de democracia e a sua consagração no documento constitucional, situado hierarquicamente acima das leis ordinárias, tem justamente o efeito de obrigar as maiorias legislativas ocasionais e os governos majoritários a se subordinarem às regras previstas na Constituição.

Evidentemente que todo governo tem a pretensão maior ou menor, mais ou menos pronunciada, de limitar de alguma forma a liberdade da imprensa. Disse aqui o Sardenberg uma frase de que eu gosto muito, que a imprensa livre é a imprensa que faz oposição ao governo, e tudo o mais é propaganda e nenhum governo gosta que se lhe faça oposição. Então, qualquer governo, desde as democracias mais maduras, até as mais recentes democracias latino-americanas ou africanas passam por um processo de discussão de formas de controle da mídia, como é essa expressão cunhada no Brasil de controle social da mídia. E a meu ver, só há uma resposta para isso: ainda que majoritariamente sejam aprovadas leis que imponham limitações à liberdade de imprensa, a garantia de liberdade de imprensa, como da liberdade de expressão de forma mais geral, sendo assegurada, sendo consagrada constitucionalmente, prevalece sobre essas leis. Daí como já dizia o Klesen, na primeira metade do século 20, as normas precisam atuar concretamente, e essa atuação concreta só se dá havendo um Poder Judiciário independente que faça prevalecer essas normas da Constituição sobre normas legais limitadoras de direitos fundamentais. E é nesse sentido que me parece inegável para a liberdade de imprensa que haja um Poder Judiciário independente, um poder judiciário equidistante das disputas de poder momentâneas, equidistante do varejo das miudezas políticas e que olhe o país no médio e longo prazo, tendo a constituição na mão e o desejo de aplicá-la na caneta.

Então parece-me absolutamente fundamental que haja essa compreensão: só há imprensa livre, de um lado, onde a constituição a consagra e onde há um Poder Judiciário independente que a faça aplicar; e só há Poder Judiciário independente onde há democracia, porque toda ditadura, além de silenciar a imprensa, costuma perseguir os juízes. Daí que a democracia é a irmã siamesa da liberdade de imprensa, como dito pelo nosso Presidente do STF, nosso querido Min. Ayres Brito. Essa é a premissa fundamental da qual eu parto para fazer a defesa de uma imbricação não apenas teórica, mas historicamente comprovada, entre a garantia da liberdade de imprensa e da independência do Poder Judiciário.

Eu passaria agora a uma exposição factual e histórica, de como no Brasil, pós-1988, aconteceram e ainda acontecem ameaças sorrateiras à liberdade de imprensa e como o Poder Judiciário, a partir da atuação firme e segura do STF, tem se posicionado favoravelmente à defesa da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. Selecciono três casos paradigmáticos, que me parecem importantíssimos para sinalizar essa postura do Judiciário brasileiro. Os 3 casos são: em primeiro lugar, a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, por meio da qual o STF declarou não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei de Imprensa, a Lei nº 5.250, de 1967. A despeito de alguns dispositivos de grande utilidade que se continham naquela Lei, e ninguém há de negar que, em prol da segurança jurídica, esses dispositivos merecem ser revisitados e rediscutidos, no seu conjunto o STF considerou, acertadamente, que a Lei de Imprensa foi concebida num contexto histórico que acreditava no poder e na capacidade do Estado de ser uma espécie de guardião supremo das pautas do discurso público. Tanto das pautas jornalísticas, como das pautas de produção intelectual, artística e cultural de modo geral. A lei da imprensa permitia um controle excessivo do Estado, que chegava às raias do controle de conteúdo, e por isso, no seu conjunto, na sua sistemática mais geral, o STF considerou-a não aplicável após a Constituição de 1988.

Tenho para mim que esta decisão do STF tem três efeitos benéficos muito positivos para a sociedade brasileira. Primeiro, do ponto de vista jurídico, prático, a Lei de Imprensa havia se tornado um queijo suíço: em função do nosso salutar sistema de controle difuso de constitucionalidade, formou-se no Brasil uma jurisprudência que excepcionava a aplicação de diversos dispositivos da Lei de Imprensa, aqui e ali, considerados não mais compatíveis com a constituição; isso gerava decisões muitas vezes contraditórias e carecia de uma uniformização que, envolvendo questão constitucional, só poderia partir do STF, mas acho que além desse primeiro efeito positivo, do ponto de vista jurídico e prático, a decisão trouxe outros dois efeitos muito importantes. Um efeito político e um efeito simbólico. O efeito político foi de limpar o terreno daquele entulho autoritário de uma lei promulgada ainda nos albores da nossa segunda grande ditadura do século 20 e de permitir as discussões sobre os parâmetros que numa democracia devem pautar a atuação da imprensa. E ali o STF disse de uma maneira muito clara que a regra geral no direito brasileiro é a plena liberdade de imprensa, e a exceção é o controle. Em princípio,

qualquer espécie de controle dá-se no Brasil *a posteriori*, após a publicação, e nunca *a priori*, antes da publicação, porque qualquer controle prévio se aproxima perigosamente da censura. E esse controle, ainda assim, *a posteriori* deve se dar específica e limitadamente dentro dos marcos da Constituição, como o direito de resposta, o direito à retificação de notícia, e a responsabilização civil e penal do veículo ou do jornalista em caso de prática, respectivamente, de ilícito civil ou ilícito criminal.

Então isso sinalizou, do ponto de vista político, que a sociedade brasileira entrava na matéria de liberdade de imprensa e liberdade de expressão em um novo momento, no qual os novos parâmetros impostos pela Constituição estariam efetivamente em vigor e qualquer regulamentação ou detalhamento desses parâmetros, além de observar a Constituição, deveria ser discutido prudentemente no foro adequado, seja o Congresso Nacional, para os defensores de uma nova Lei de Imprensa, seja a autorregulamentação por parte dos veículos e da sociedade civil, para quem é mais simpática à ideia de autorregulação.

Finalmente, do ponto de vista simbólico, e tenho para mim que diversos Ministros do STF tinham essa percepção, especialmente o nosso atual Presidente, Ministro Ayres Brito, havia necessidade de a sociedade brasileira entronizar, compreender que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa devem ter uma posição preferencial em relação ao conjunto sistemático de outros direitos constitucionalmente assegurados. E essa posição preferencial, que é reconhecida pela Suprema Corte dos EUA, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, pelas Cortes Constitucionais de outros países da Europa, é decorrência de uma necessidade democrática. Se você a todo o momento permite um controle prévio da liberdade de expressão em função de outros direitos fundamentais, ela acaba de tal forma manietada, que os veículos tornam-se reféns desse controle prévio. Parafraseando o Churchill, eu diria que o sistema de imprensa livre não é o melhor, mas o menos pior de todos, ou ainda não se inventou nada melhor do que ele. Trata-se de uma opção preferencial que a Constituição de 1988 fez, submetendo a imprensa a específicas formas de controle, a saber: em primeiro lugar, o controle do público, que faz opções pelos veículos que considera de maior credibilidade, tendo a possibilidade de escolher o veículo que vai consultar, de mudar de canal, de estação ou simplesmente de desconsiderar alguns jornais e algumas revistas. De outro lado,

os controles *a posteriori*, como já mencionei, o direito de resposta e o direito de retificação de notícia que, ao meu ver, são mais do que direitos individuais, que são formas de participação do cidadão na construção do discurso público, formas de aprimoramento do trabalho da imprensa que contam com a participação daquele ou daqueles que se viram diretamente retratados na notícia e que de alguma forma foram ofendidos nos termos da lei. E, finalmente, como a última *ratio*, a responsabilização civil e criminal nos casos que forem efetivamente cabíveis.

Eu acho que o julgamento da ADPF 130 teve uma importância muito grande, porque sinalizou esse conjunto de transformações jurídicas, políticas e simbólicas na importância da liberdade de imprensa para a sociedade brasileira.

O segundo julgamento que eu gostaria de destacar foi o julgamento polêmico, decidido por maioria, ampla maioria, talvez o Sardenberg como jornalista militante não goste muito desse julgamento, mas eu tenho o dever de mencioná-lo pela sua importância e porque com ele concordo integralmente. Foi o julgamento sobre a constitucionalidade do dispositivo de lei que exigia como condição obrigatória para o exercício da atividade jornalística o diploma de jornalista e o registro profissional. É um caso muito polêmico, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em que STF a meu ver e com razão, chegou, à seguinte conclusão: a barreira de entrada, para usar aqui a expressão da regulação econômica, que se estabelece em relação ao exercício da atividade jornalística, que exige o diploma de jornalista e o registro profissional, podem comprometer severamente, do ponto de vista dos veículos, a liberdade de expressão daqueles que têm o que dizer, têm contribuições no campo da economia, do direito e dos esportes, por exemplo, e que não têm o diploma específico de jornalista. Do ponto de vista da sociedade, podem comprometer o direito à informação, que é um direito da sociedade, um direito difuso da cidadania, talvez quem tenha usado pela primeira vez tenha sido o Des. Luiz Gustavo Grandinetti, no Direito Brasileiro, o direito difuso da sociedade de ser livre e adequadamente informada. E se você tem notícias que são veiculadas por profissionais que não tenham diploma de jornalista, tolhê-los desse direito a dar a informação pode representar sim uma restrição ao direito do público de ser adequadamente informado. Isso não vem evidentemente em desdouro dos jornalistas formados, um desdouro daquele que tem uma qualificação maior, ao contrário. No meu entendimento, o que o

STF afirmou foi que o livre mercado, a livre disputa entre os veículos, que no Brasil já se encontra razoavelmente madura, vai procurar os melhores profissionais e aqueles que por terem essa qualificação, além de terem o seu diploma se destacarem, terão o seu lugar no mercado. O que não se justificava era uma barreira de entrada que representava muito mais como uma reserva corporativa de mercado do que uma defesa da causa de liberdade de imprensa e da liberdade de expressão.

Finalmente, mencionaria um terceiro caso julgado no ano de 2010 pelo STF, que foi aquele caso rumoroso das restrições impostas pela legislação eleitoral, na noventena que antecede todo pleito eleitoral, à realização de atividades de humor, de charges, de sátiras, de piadas envolvendo candidatos de partidos e coligações políticas e de outro dispositivo da mesma Lei 9.504, de 1997, que proibia a crítica jornalística favorável ou desfavorável a candidato, partido ou coligação. Ora, justamente no período em que a democracia deve ser incrementada, em que a deliberação democrática deve ser despertada, em que a cidadania deve ser insuflada a criticar, para exercer o direito de sufrágio de maneira plenamente responsável e informado. Naquele caso, os Ministros do STF entenderam que o humor, como dizia o Ziraldo, não é fazer rir - isso pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro nome - humor é uma visão crítica do mundo e o riso é apenas o efeito que ele provoca pela revelação inesperada da verdade. O STF afirmou, também, que a atividade de imprensa é uma atividade essencial para a democracia e mais ainda para o altar da democracia que são as eleições, e que a legislação eleitoral preocupada talvez em proteger a lisura do processo eleitoral muitas vezes cria vedações ou restrições que silenciam não apenas a livre manifestação dos artistas, dos humoristas, mas também o exercício livre da crítica jornalística, e isso em prejuízo não apenas do direito individual dessas pessoas, mas em prejuízo do direito difuso da cidadania de ouvir essas críticas, de julgá-las o discernimento que cada um puder ter.

Encaminho-me para o final, não sem antes mencionar algumas preocupações. Em relação ao controle *a posteriori*, teria algumas ressalvas ao que diria o Sardenberg. O controle *a posteriori* não só é necessário e justo, como é bom que ele exista. Mas tenho observado em alguns tribunais... Eu coligi algumas decisões, dentre as quais se destaca uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que ao apreciar a responsabilidade civil de um determinado veículo, diante da não recepção da lei de imprensa

pela Constituição de 88, nos termos proclamados pelo STF, aplicou a regra da responsabilidade objetiva, interpretando o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, por considerar que a atividade de imprensa é uma atividade de risco, e essa atividade de risco deveria corresponder a uma responsabilidade objetiva, uma responsabilidade que independesse da prova do dolo ou da culpa do jornalista ou do veículo para configuração do dever de indenizar.

Eu discordo desse entendimento e com todo o respeito e com toda sinceridade acadêmica, o que me parece é que o controle *a posteriori*, assim como outras formas de responsabilização, pode ter um efeito silenciador, um efeito congelante sobre a liberdade de imprensa, e é preciso ter essa compreensão no momento da responsabilização de veículos; a responsabilidade objetiva não se aplica à especificidade, à singularidade da atuação da imprensa. Assim como disse o Sardenberg, ela diuturnamente apura os fatos dentro das suas possibilidades, dos limites de matérias e de tempo disponíveis, e a imprensa por conta disso tem a prerrogativa de retificar as suas próprias notícias. Eliminar a possibilidade do erro é eliminar a liberdade de imprensa. A possibilidade do erro desde que não tenha sido provocado dentro daqueles parâmetros, que me parecem absolutamente corretos fixados pela Suprema Corte norte-americana, no caso clássico *New York Times X Sullivan*, que eles chamam lá de "*actual malice*" ("Malícia real") que corresponderia aqui ao dolo, o uso doloso de uma informação sabidamente falsa para prejudicar alguém ou o que eles chamam lá de "*reckless disregard of falsity*", que seria numa tradução aproximada, a desconsideração negligente da falsidade daquela notícia, se houver esse dolo ou essa culpa grave, a imprensa não só pode como deve ser responsabilizada tanto do ponto de vista do veículo, quanto do ponto de vista do jornalista, mas fora desses casos existe um espaço de livre respiração que é fundamental para o próprio funcionamento da imprensa e sem nenhuma desconsideração daquelas pessoas que se sintam pessoalmente afetadas; esse não é o espaço da responsabilização civil nem da criminal; esse é o espaço do exercício do direito de resposta, do direito a retificação de notícia e da publicação por outras fontes plurais que possam confrontar uma notícia que não tenha sido considerada verdadeira por parte do seu destinatário. Eu me lembro aqui de formas de intimidação da imprensa por medidas judiciais deflagradas em massa por determinados veículos de imprensa antagonicos, que muitas vezes têm o

objetivo de intimidar, e essa intimidação com uma campanha orquestrada de ir ao Judiciário me parece algo muito perigoso para a higuez da liberdade de imprensa no nosso país.

Por fim, já disse o Sardenberg que voltamos a discutir renitentemente no Brasil o que se tem chamado de controle social dos meios de comunicação. Acho que essa expressão é ambígua e ela precisa ser debulhada de forma a que nós possamos separar o joio do trigo. Uma visão que eu tenho já amadurecida há alguns anos é que o trigo do controle social da mídia é aquele que respeita a liberdade individual e acredita na capacidade de discernimento e julgamento dos leitores, dos ouvintes e dos telespectadores. O controle social que decorre de um ambiente pluralista, em que veículos distintos concorrem pela produção da melhor notícia possível, pela apuração aproximada da verdade e que, portanto, permite, em um ambiente pluralista, que os destinatários das notícias possam fazer seus julgamentos escolhendo os seus veículos que considerem mais credenciados e mais confiáveis.

O joio do controle social da mídia é aquele que acredita numa agência central, que tendencialmente acaba sendo o Estado, que possa se arrogar a condição de curador da qualidade da produção jornalística do país. Historicamente, em todos os países, em que esse tipo de experiência foi feita os resultados são catastróficos. A ideia de um Estado situado numa posição arquimediana distante da esfera pública, desinteressada das disputas de poder que possa julgar o que merece ou não merece ser dito é uma experiência fracassada historicamente e que resulta num julgamento pela imprensa por atores interessados.

Em relação à liberdade de imprensa, eu diria que mais do que o direito de ser livre, a imprensa tem o dever de informar livremente, da mesma forma que digo, como disse inicialmente, que os magistrados, mais do que as prerrogativas de independência, têm o dever de julgar de forma independente, porque essa é uma garantia de toda a sociedade. ❖