

“Censura” judicial prévia: a decisão que impede a veiculação de notícia pela imprensa como não censura

Luiz Fernando Gomes Esteves¹

Resumo

O presente trabalho cuida da análise, ainda que breve, do excesso de liberdade de expressão no Brasil, onde a imprensa toma a força de um poder quase supraestatal. Partindo desta premissa, busca-se uma alternativa a este problema, qual seja: a “censura” judicial prévia, demonstrando ser esta um instrumento hábil a impedir a veiculação de notícias que podem trazer grave prejuízo aos personagens envolvidos.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Censura Judicial prévia.

Abstract

The present essay takes care of the analysis, although brief, of the excess of freedom of speech in Brazil, where the press takes the force of an almost supra-state power. Starting in this premise, we search an alternative for this problem, which is: the previous judicial “censorship”, demonstrating to be this a capable instrument to stop the publication of news that can bring serious damage to the involved characters.

Keywords: Freedom of speech; previous judicial “censorship”.

Apresentação do tema

Beira o truísmo falar sobre o poder exercido pelos meios de comunicação de massa nas sociedades de todo o mundo, não sendo exagero dizer que tais veículos comunicativos constituem um quarto poder nas organizações dos Estados².

O caso brasileiro não é diferente, saídos de um regime ditatorial, onde os veículos da imprensa experimentaram o mais alto nível de intolerância, já que a ditadura se impunha pela força, e como tal deveria impedir qualquer ideia em contrário de lhe desafiar no exercício do poder³, a liberdade de imprensa ganhou corpo e força, atingindo assim uma dimensão talvez jamais vista na trajetória brasileira.

¹ Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ, bolsista do Programa Universidade para Todos; Monitor das disciplinas Direito Constitucional I e II; Estagiário da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Valença/RJ. E-mail: fbtg@uol.com.br

² Sobre a influência que a imprensa pode tomar na formação da opinião pública vejam-se dois ótimos filmes: *O Quarto Poder* (*Mad City*, 1997), do diretor Costa-Gravas, filme com história fictícia, mas que retrata bem o papel da imprensa diante de uma situação trágica; e o documentário irlandês *Chávez: Os bastidores do golpe* (*The Revolution Will Not Be Televised*, 2003), dos diretores Kim Bartley e Donnacha O’Brian, onde fica demonstrado como a imprensa pode, mesmo de longe, distorcer fatos e mudar de lado personagens.

³ BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p. 11, disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 19 julho de 2010.

Se num passado não muito distante esse direito era esvaziado, reduzido a menos que nada, hoje vemos com reverência e complacência o nascimento, a adolescência e a revolta adolescente deste filho da Democracia. Hoje, o exercício deste direito se presta a mascarar muitas vezes ideologias e interesses dos mais variados matizes, já que qualquer forma de controle é taxada como antidemocrática em letras garrafais, é pregada como a volta da ditadura.

O nosso objetivo é então procurar meios que autorizem o controle judicial prévio de notícias antes da veiculação destas por parte da imprensa, evitando assim que outros direitos, constitucionalmente também a nós valiosos, sejam violados e reparados *a posteriori*.

Âmbito de proteção da liberdade de expressão e informação

Já é pacífico na doutrina mundial que não existem direitos absolutos, sendo que a maioria deles se apresenta na forma de princípios, sendo limitados pelo próprio constituinte⁴, pelo legislador (caso este institua reservas legais, simples ou qualificadas⁵) ou no caso concreto, cedendo em face de outros direitos também previstos na Constituição, de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas, guiando-se o intérprete, na solução das colisões, pelo princípio da proporcionalidade⁶.

Não obstante isso, é claro que em algumas hipóteses não estaremos diante efetivamente de um conflito, sendo este meramente aparente, resolvendo-se o problema com a delimitação do âmbito de proteção dos direitos envolvidos, este nos parece ser o caso trazido por Robert Alexy, citando Friedrich Müller, em sua obra clássica *Theorie der Grundrechte*:

“Especialmente instrutivo é o caso do pintor que pinta em um cruzamento viário movimentado. (...) pintar em um cruzamento viário não é, contudo, protegido (pelo direito de liberdade de expressão).”⁷

⁴ Como é o caso da própria liberdade de expressão e informação, conforme se depreende do art. 220, § 1º da CRFB de 88: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

⁵ Sobre o tema, V. por todos MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 385/382.

⁶ Sobre o tema há ampla gama de obras na literatura internacional e na nacional, destaca-se na internacional as obras de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e segs; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73/135. No Brasil destacam-se as obras de SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 313.

Assim sendo, cumpre-nos partir para a delimitação, ainda que de forma rasa e pouco clara, do âmbito normativo da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão tutela qualquer opinião, gesto, sinal, declaração, sobre qualquer assunto ou pessoa, tendo importância ou não. Mas se entendida sem reservas problemas graves enfrentaríamos, imagine as hipóteses de incitação à violência contra pessoas de respectivo credo, manifestações públicas de boicote a determinados estabelecimentos em virtude da orientação sexual dos dirigentes, etc.

Não estão incluídos também no âmbito normativo da liberdade de expressão práticas até incriminadas no nosso ordenamento, como as figuras da injúria, calúnia e difamação, já que não seria lógico que o mesmo ordenamento que autorize tal prática a proibisse.

Não se encontra assim no âmbito de proteção da liberdade de expressão os chamados *hate speech*, discursos públicos de incitação ao ódio e à violência. Tais discursos podem comprometer o efeito pluralista e de respeito às minorias a que a liberdade de expressão pode servir de instrumento. Se tais discursos de incitação ao ódio fossem compreendidos como parte do âmbito normativo do direito de liberdade de expressão e informação padeceríamos do mal de muita liberdade de expressão, ou seja, quanto mais liberdade de expressão menos liberdade de expressão, já que o excesso de liberdade de expressão causaria o efeito silenciador sobre a minoria, alvo dos *hate speech*⁸.

Não se deve perder de vista que a liberdade de expressão e informação compreende dois segmentos que por vezes se contrapõem, se por um lado todos nós brasileiros temos o direito de nos expressarmos como bem quisermos, sendo assim um direito de defesa contra as intervenções estatais que visem restringir e limitar estas manifestações sem fundamento e sem legitimidade. De outro temos o direito de sermos informados, ou seja, temos o direito à informação contra os órgãos públicos e entes privados (já que estes exercem a maior parcela da liberdade de informação em nosso país), estes devem nos informar sobre os assuntos de interesse público, comprometidos com a verdade e com o pluralismo no discurso, o espaço de imprensa deve assim servir como um grande campo de circulação e discussão de ideias, por parte de toda uma sociedade heterogênea como a brasileira.

Tendo esta dupla função em mente, ambas compreendidas no âmbito normativo da liberdade de expressão, conforme os artigos 5º, IV e IX de nossa Constituição, e afastando as incitações ao ódio do âmbito normativo do direito em tela, passa-se à análise de outro agravante do problema do controle judicial prévio no Brasil, o relativamente recente esvaziamento desta liberdade, é o que exporemos no tópico a seguir.

Ditadura e censura, e o espectro desta como argumentação no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988 é ainda muito jovem e foi fruto de um processo democrático, após um longo e duradouro desentendimento entre os parceiros Poder Público e Povo, o que culminou em duas ditaduras, uma civil e uma militar.

⁸ Sobre o efeito silenciador do discurso V. FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-60.

A censura serviu assim como um instrumento usado pela ditadura a fim de impor seus interesses e ideologias, repudiando tudo que lhe vinha de encontro, calando os opositores e impedindo a discussão e a manifestação das diversas ideologias, prejudicando assim o pluralismo político, que chega a ser até uma impossibilidade lógica em tempos de ditadura.

O professor Luís Roberto Barroso assim bem sintetizou a forma de manifestação da censura:

“(...) em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo.”⁹

Firmada esta premissa mais do que lógica, a de que o Brasil, sendo uma ex-ditadura, sofria censura à imprensa e aos meios de comunicação generalizadamente¹⁰, não é de se espantar que paira sobre a imprensa, e conseqüentemente sobre os espectadores, um ranço em relação a qualquer tentativa de regular suas atividades de maneira prévia, ou seja, os meios comunicativos anseiam ser completamente livres *a priori*, nem os direitos e garantias fundamentais são capazes de limitá-los previamente, eventual lesão a qualquer direito será reparada posteriormente, e isso não é objetável por eles.

250

Tendo este painel em vista utilizam a censura como um argumento para corroborar o que querem, palavras como “censura”, “liberdade” e “igualdade” ganham um peso imenso quando usadas para argumentar algo, desestabilizando assim um debate que deveria ser justo, imparcial e pragmático. Ou seja, quem tenta regular a imprensa é taxado de censor, de órfão da ditadura, o que não merece acolhida, sob pena de a imprensa tomar um lugar acima dos poderes constituídos.

Verifica-se no Brasil a falha nos mecanismos que deveriam regular a imprensa¹¹, promovendo assim uma imprensa mais responsável e mais ciente dos valores tão caros à experiência constitucional brasileira, o papel da imprensa deve ser o de promover um debate desinibido, robusto e amplamente aberto sobre questões de importância pública¹². E este não é o papel que vem desenvolvendo, com a falta de regulação a imprensa

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988, in *Temas de Direito Constitucional, Tomo I*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 345-6, *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p.11, disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 19 de julho de 2010.

¹⁰ Sobre o papel político e social sob as Cartas de 1967 e 1969 V. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 34-40.

¹¹ Esta é a mesma conclusão a que chega Gustavo Binbenbjom, em seu estudo *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p. 16-19, disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 19 de julho de 2010.

¹² FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binbenbjom e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, p. 108.

vem desempenhando um papel de agente econômico puro, que visa o lucro acima do informar, notícia boa não é a que informa, é a que atrai a maior audiência, o interesse público se converteu em interesse do público, o que vale informar é o que traz lucro não o que traz robustez ao debate, e aí se situa um grave problema, pois toda tentativa de melhorar o espaço da imprensa é tomada como censura, pois ameaça o lucro e a liberdade sem limites. Analisa-se no próximo tópico de que forma a intervenção se deve operar.

Princípio da proporcionalidade, seus subprincípios e o controle judicial prévio

O princípio da proporcionalidade¹³, hoje assentado como premissa na teoria de direitos fundamentais no Brasil¹⁴, consiste num método de resolução de colisões entre princípios¹⁵.

Os princípios, ao contrário das regras, não se aplicam de maneira “tudo ou nada”¹⁶, são mandamentos de otimização, aplicam-se, assim, levando em conta as possibilidades jurídicas e as circunstâncias fáticas do caso concreto¹⁷, os princípios tem uma dimensão de peso, logo, o processo de aplicação é complexo.

Coube à doutrina e à jurisdição constitucional aperfeiçoar um método hábil a diminuir a subjetividade do intérprete/aplicador quando da aplicação dos princípios, e este método, embora ainda portador de elevado grau de subjetividade, é o princípio da proporcionalidade. Este surgiu então como um mal necessário, e assim se mantém, já que nenhum outro método se mostrou mais hábil e controlável do que o princípio citado.

Para entender o princípio da proporcionalidade é necessário conhecer seus subprincípios, e são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

- a) Adequação – o subprincípio da adequação é o primeiro passo no item da proporcionalidade, consiste no exame do ato restritivo em face do fim almejado. Verifica-se assim se o ato adotado vai ser hábil a alcançar o resultado pretendido. Se a resposta for positiva então o ato passou no teste da adequação.

¹³ Não cabe aqui a discussão sobre a natureza da proporcionalidade, se princípio ou postulado normativo, apesar de concordarmos com esta última posição, trazida à lume pelo professor Humberto Bergmann Ávila em seu *Teoria dos princípios*, adotaremos neste estudo o termo princípio, por ser mais conhecido na doutrina brasileira em geral, evitando-se, assim, trazer a este trabalho discussões, ainda que metodológicas, que não trarão outro impacto aqui que não seja a confusão terminológica.

¹⁴ Para um estudo aprofundado V. os trabalhos citados na nota de rodapé de nº 6.

¹⁵ Novamente não cabe neste trabalho incluir uma discussão que desborda do tema, a discussão sobre a aplicação das regras, o professor Humberto Bergmann Ávila defende que as regras também entram em colisão, e que nem sempre estas se resolveram no plano da validade, aplicando-se assim o postulado da proporcionalidade, atribuindo-se peso às regras. Para consultar sua posição ver o livro já citado.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

- b) Necessidade – no teste da necessidade verifica-se o grau de restrição da medida, a medida será necessária se, dentre as medidas que passaram no teste da adequação, for a menos restritiva possível, se houver medida que realize os fins com menos custos para os direitos envolvidos esta será a medida necessária.
- c) Proporcionalidade em sentido estrito – também chamada de ponderação, aqui os interesses contrapostos e as circunstâncias do fato vão ser colocados em times adversários, e aquele que prevalecer, que tiver mais peso no caso concreto, vai merecer uma maior em proteção.

Cumpra agora demonstrar os deslindes do controle judicial prévio, quando direitos contrapostos à liberdade de expressão e informação tiverem um peso superior ao peso conferido a ela.

Inicialmente cabe distinguir a “censura boa” da “censura má”¹⁸, como deixamos claro ao longo do estudo existem dois tipos de “censura”: a boa, que seria o meio próprio para promover o debate robusto e plural no campo da imprensa e também que se furtaria a violar direitos fundamentais alheios, por meio de divulgação de notícias de modo sensacionalista, notícias inverídicas, notícias sem fundo algum de interesse público; e a má, esta assim a que devemos abominar, esta é aquela que já sofremos do auge da ditadura, que não tem como fim promover direito algum, tem como fim único manter o *status quo* e perpetuar um poder ilegítimo tomando as rédeas de um Estado não democrático.

252

Neste trabalho defendemos a “censura boa”, e nos limites do tema proposto exporemos somente no tocante a decisão judicial que impede a veiculação de notícias, desbordaria do debate proposto o tocante à regulação como imposição prévia de temas a se abordar pela imprensa¹⁹.

Neste campo, como genialmente destacou Clèmerson Merlin Clève é preciso para:

*“o jurista participante sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituas.”*²⁰

¹⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Programa Estado de Derecho para Sudamérica*, Fundação Konrad Adenauer, p. 965.

¹⁹ Para o tema da regulação prévia de temas a veicular veja-se os já citados FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar; e BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p. 11, disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 19 de julho de 2010. Ambos trazem o caso norte-americano e o enfoque na *Fairness doctrine*, sendo que o último faz a análise do caso brasileiro, fazendo um estudo comparativo com o caso norte-americano.

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo*. In: *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 37/38.

Para proteger a intimidade e a vida privada e a liberdade de expressão conjuntamente é preciso deixar a imprensa violar o direito constitucional para só depois buscar o ressarcimento?

Pois bem, esta interpretação, que é a adotada implicitamente por grande parte da doutrina nacional, não pode prosperar. Como já deixamos assentado nas páginas anteriores, a liberdade de expressão tem uma dupla medida, as de informar e ser informado, e por assuntos de interesse público. Assim sendo, não se mostra correta a interpretação de que não se deve regular a imprensa, mesmo que seja por uma decisão judicial e prévia, pois o judiciário, conforme art. 5º, XXXV, CRFB/88, não pode se furtar de apreciar lesão ou ameaça de direito.

Imagine-se a hipótese de um famoso deputado estadual conservador, solteiro, que é pego saindo de um motel, de localização discreta, com uma prostituta, teria interesse público em divulgar tal caso? Se o deputado notasse a presença do fotógrafo, e o reconhecesse, poderia procurar a justiça pra impedir a publicação da foto e a consequente notícia?

Pois bem, neste caso é bem possível confundir o que a imprensa vai chamar de censura com proteção de direito fundamental, a notícia não teria fundo algum de interesse público, não seria justa a publicação da notícia e o ressarcimento posterior, um caso de tal vulto seria capaz de acabar com toda uma carreira política do deputado.

Imaginemos agora outro caso, com o fim de esclarecer o campo de delimitação do controle. Imagine que uma rede de televisão faça um “cerco” na sede de um pequeno município do interior, com o fim de conseguir uma entrevista com o prefeito municipal, a fim de que este esclareça um suposto desvio de verbas no interior de uma de suas secretarias. Frise-se que a rede de televisão não marcou entrevista com o prefeito, nem fez qualquer sondagem anterior à entrevista. A agenda do prefeito está cheia no dia, com reuniões com diversos investidores com interesse em alocar verbas no comércio do município, até porque espera-se de um prefeito ocupação. Pois bem, após a tentar a entrevista e receber a desaprovação a rede de TV grava uma reportagem na sede do município dizendo que o prefeito se recusou a recebê-los, e que o motivo da recusa deve ter sido a culpa do prefeito no desvio de verbas.

Outra vez entendemos que tal reportagem seria por demais afrontosa e prejudicial à honra do prefeito, uma porque a recusa por parte do prefeito foi motivada, outra porque a veiculação da reportagem por uma rede de TV teria um impacto altamente negativo na reputação daquele chefe político. Seria preciso esperar então a publicação, privilegiando a liberdade de expressão e informação, para buscar a tutela do judiciário? A resposta só pode ser negativa.

Por fim, um último e polêmico caso, e corriqueiro. Imagine que um brutal assassinato é cometido, a materialidade do crime resta comprovada, mas a autoria não é indicada, as provas apontam para várias teses diferentes, ficando claro concluir antes do julgamento como o fato ocorreu e quem eram os autores. Seria correto, num caso como este, publicar notícias do crime de maneira incessante nos veículos da imprensa, o que causa forte comoção popular, relacionando uma foto do possível assassino, frise-se possível?

Concluimos aqui mais uma vez por uma resposta negativa, entendemos ser possível ao acusado (acusado aqui não de maneira formal, mas de maneira velada pela imprensa) buscar o judiciário a fim de impedir a imprensa de veicular fotos, vídeos e até seu nome, como forma de preservar sua intimidade e impedir um julgamento público antes do judicial. Até porque é mesmo o assassino confesso goza de presunção de inocência, quanto mais o possível. Uma interpretação diferente poderia conduzir a disparidades, como uma absolvição na justiça e condenação pelo público, o que levaria à descrença na justiça injustificadamente pelos dois lados, já que por um o absolvido não poderia gozar da paz e da liberdade a que faria jus, e pelo outro haveria revolta do povo contra uma das instituições do Estado, o que os incentivaria a procurar resolver os conflitos sociais de maneira primitiva.

Isto posto, entendemos que estes atos judiciais que impedem violações a outros direitos constitucionalmente garantidos não constituem forma de censura²¹. São atos que visam a preservar a unidade da Constituição, já que impedem que nasça um direito com força sobre os demais, um direito que seja abrigado sempre *a priori*, e que não cederia a outros bens de igual hierarquia.

Ainda assim, e seguimos na esteira até aqui traçada, reconhecemos que o manejo da máquina judiciária deve ser feito com parcimônia, os atos judiciais impeditivos devem ser uma exceção, não a regra, pois a linha entre a “censura boa” e a “censura má” é muito tênue, e atos desproporcionais podem descambar em rapidamente no enfraquecimento da instituição da imprensa, que tem tudo pra ser um campo fértil de debates robustos e plurais, se utilizado da maneira correta.

254

Logo, na tarefa de julgar o que deve ter a publicação impedida e o que deve ter a publicação autorizada, o judiciário deve seguir todo o *iter* do princípio da proporcionalidade, com o viés de reduzir a subjetividade dos órgãos julgadores, e com isso reduzir o risco da “censura má”, além disso, faz-se necessária a tentativa de construção de alguns *standards* interpretativos, de modo a indicar ao intérprete balizas concretas no ofício de julgar, a tentativa de construção desses *standards* é o que faremos no tópico a seguir.

A construção de *standards*

O primeiro *standard* a se construir deve atentar para as condições subjetivas da pessoa, assim sendo, quanto mais pública for a pessoa mais deferente deverá ser o judiciário à divulgação da matéria pela imprensa. Por exemplo: uma famosa modelo que pratica um ato qualquer em uma festa pública não pode exigir o mesmo tratamento do que um lavrador do interior que pratica um ato qualquer em uma quermesse, esta também pública.

Um segundo *standard* pode ser retirado da publicidade do local onde ocorreu o ato, quanto mais público e mais acesso tiver a imprensa ao local menor deverá ser o controle por parte do judiciário. Por exemplo: aquela mulher que faz *topless* em uma praia altamente frequentada, em um dia ensolarado, onde certamente terão fotógrafos,

²¹ Esta não parece ser a posição do magistrado argentino Néstor Pedro Sagües, em seu artigo *Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. in Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Fundação Konrad Adenauer, p. 967-968.

não poderá exigir o mesmo grau de intimidade do que aquela que faz *topless* no quintal de sua casa.

Outro *standard* pode ser aferido do modo como a imprensa teve acesso às informações, quanto mais presente for a imprensa na colheita das informações menos deve ser o controle por parte do judiciário. Exemplo: Uma notícia veiculada após o recebimento de uma carta anônima ou colhida em um sítio na *internet* não pode ter mais credibilidade do que uma notícia colhida pelo repórter de corpo presente.

Mais um *standard* pode ser retirado da clandestinidade da informação, assim sendo, informações mais públicas devem ser mais publicadas do que privadas. Por exemplo: assunto referente a rombo na Previdência Social deve ter mais força à publicação do que assunto referente à família.

Um último *standard* pode ser construído tendo por base a natureza do ato. Ato que podem destruir a reputação da pessoa devem merecer uma proteção maior por parte do judiciário sobre aqueles banais da vida. Exemplo: a acusação de um assassinato ou estupro deve ser controlada com mais força pelo judiciário do que uma celebridade que passeia pelas ruas ou beija alguém numa festa pública patrocinada por uma revista.

Com estes cinco *standards* esperamos reduzir ainda mais a margem decisória do órgão judicial, é claro que reduzir não é excluir, e a subjetividade prevalecerá para bem e para mal, cabe ao intérprete/aplicador fazer bom uso de todos os elementos que a doutrina e a jurisprudência lhe fornecem, a fim de construir cada vez mais precedentes aplicáveis a casos análogos.

Conclusão

Assim concluímos este pequeno estudo. Como dissemos no início beira o truísmo discorrer sobre o poder que a imprensa exerce sobre a formação do pensamento e da vontade do povo de determinada sociedade. E na nossa não é diferente, no mesmo dia em que glorifica um personagem que inventou é capaz de reduzi-lo a menos que nada. É capaz de destruir coisas, pessoas, e qualquer outra coisa que lhe atrapalhe o caminho, inclusive as instituições constitucionalmente estabelecidas pelo povo.

Por isso mesmo é preciso não perder de vista que a atividade da imprensa deve ser regulada, mas regulada de uma maneira boa, de modo a promover um debate público robustecido e plural, dando voz às minorias, e armando estas com palavras, de modo a evitar pensamentos hegemônicos, quase tão mal como uma ditadura de um é a ditadura da maioria, e evitar esta ditadura também foi a vontade do constituinte de 1988.

Cabe ao judiciário então não se amedrontar com as ameaças de censor e cumprir seu papel contra majoritário, mas democrático, preservando valores que foram tão caros à experiência constitucional brasileira, até porque não só de liberdade de expressão se faz um Estado, por que ao noticiar uma notícia de assassinato a imprensa não discorre sobre o princípio da presunção de inocência? Por que os editores não se recusam a publicar nas revistas notícias sem interesse público algum, que parecem destinadas somente a violar a honra alheia?

São essas e outras perguntas que desejamos implantar na cabeça dos leitores deste breve artigo. Nossa intenção foi mais a convocação ao debate do que a mera explicação do tema, se a vontade de debater nasceu então temos nossa missão por cumprida.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 19 de julho de 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binjenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Fundação Konrad Adenauer.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.