XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

“O EFEITO DE CENSURA” NO CASO GÓES

“THE EFFECT OF CENSORSHIP” IN THE GÓES CASE

Francislaine De Almeida Coimbra Strasser [1]
Rangel Strasser Filho [2]

Resumo

O presente artigo gravitou sobre o embate entre a liberdade de informação, em contraposição ao direito à intimidade, à vida privada e à proteção da honra, e é no caso concreto que se aferirá qual deles deve prevalecer, levando em consideração a dignidade da pessoa humana como limite e garantia mínima em face de eventuais abusos. Não obstante, não foi o que se verificou no caso do jornalista José Cristian Góes, que, ao ser condenado nas esferas cível e penal, sofreu verdadeira censura obstativa do exercício da liberdade de informação e protagonizou uma denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Honra, Convenção americana de direitos humanos, Censura, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This article focused on the conflict between the freedom of information, in contrast, the right to privacy, privacy and the protection of honor, and in this case it will be determined which should prevail, taking into account the dignity of the human person, as a limit and minimum guarantee against abuse. Nevertheless, this was not the case in the case of the journalist José Cristian Góes, who was convicted in the civil and criminal spheres, representing a real obstruction of the exercise of freedom of information and a denunciation of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Honor, American convention on human rights, Censorship, Dignity of human person

[1] Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo/SP e mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP.

[2] Procurador jurídico da autarquia CIOP de Presidente Prudente/SP. Especialização em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Toledo de Ensino de Presidente Prudente/SP.

Introdução

O presente artigo abordou o embate entre a liberdade de expressão e a tutela de direitos e garantias individuais, como a proteção da honra e da vida privada.

Ao analisar esse conflito, num país onde reina democracia com soberania, conclui-se que a censura deve ser abolida. Por isso a liberdade de comunicação ou de expressão foi elevada à categoria de direito fundamental, nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º, combinados com os arts. 220 a 224, todos da Constituição da República.

Assim, o veículo que deseja exprimir qualquer manifestação de pensamento deve respeitar os limites previstos na Magna Carta, notadamente a dignidade da pessoa humana, a honra e a justiça social, como paradigmas do chamado Estado democrático de direito, sobretudo porque, na efetivação desses direitos, está a existência da República.

Ressalva-se que a liberdade de comunicação não pode albergar a publicação de manifestações pejorativas sobre qualquer pessoa, sem a existência de dados objetivos, haja vista que deve haver sempre ponderação entre o interesse social na difusão daquela afirmação e o impacto negativo que pode produzir sobre a honra das vítimas.

Verifica-se também que, pelo fato de o Código Civil ter disciplinado, em vários artigos, a indenização por danos morais quando as condutas violarem o direito à honra, usando as mesmas terminologias empregadas pelo Código Penal, sobre injúria, calúnia e difamação, estaria dispensada a restrição penal desses crimes, conforme seus arts. 138 a 145.

E essa crítica é consubstanciada no julgamento do caso do jornalista José Cristian Góes, condenado nas duas esferas pelo então presidente do Tribunal e Justiça de Sergipe, desembargador Edson Ulisses, por se sentir ofendido com a crônica literária que Góes publicou, mesmo não havendo nenhuma crítica dirigida ao magistrado.

Esse julgamento representou uma violação sistemática à liberdade de expressão, tanto que foi alvo de denúncia à Corte Interamericana de Direitos humanos pela manifesta judicialização da censura, vedada em nosso ordenamento jurídico, inclusive, pela ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, com força supralegal, que protege a liberdade de expressão e de pensamento, em seus arts. 11 e 13.

Esse julgamento colocou em xeque a autoridade da Corte Suprema, que, pela decisão firmada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 e pela inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, deveria ter seguido a mesma sistemática ao julgar a reclamação constitucional, o que não ocorreu, mantendo-se as decisões.

Ao trazer essa reflexão, o presente artigo objetiva a constituição de uma ordem jurídica, respeitadora dos instrumentos já consagrados pelo ordenamento, em observação à essência dos direitos humanos, que é o direito a ter direitos.

A metodologia adotada para a atividade exploratória consistiu em pesquisa bibliográfica de trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos e publicações especializados que abordam direta ou indiretamente o tema em análise.

2 A seletividade do direito penal como meio de controle social sob a ótica do Estado democrático social de direito

A seletividade do direito penal pode ser verificada, no processo de criminalização em que o Estado, primeiramente, seleciona determinados comportamentos sociais, ofensivos a bens jurídicos, e, proibindo-os, discrimina sanções penais por meio do ordenamento jurídico.

Apenas os interesses mais relevantes são erigidos à categoria de bens jurídicos penais. "O legislador seleciona, em um Estado democrático de direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal". (MASSON, 2016, p. 10).

Em conformidade com o Superior Tribunal de Justiça:

> O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social. (AgRg no REsp 887.240/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6º Turma, j. 26.4.2007).

Assim, a missão precípua que fundamenta e torna legítimo o direito penal é a proteção aos bens jurídicos, quais sejam: aqueles de interesse da coletividade, relevantes para a vida social.

Dada a necessidade de identificar quais bens jurídicos merecem tutela penal, teorias fixam a Constituição como parâmetros de legitimidade:

> Teorias constitucionais amplas dispõem que a Constituição é apenas um dos parâmetros legítimos para a elaboração da lei penal. Nada impede ao legislador penal proteger bens jurídicos não acolhidos pela Constituição Federal, mas desde que não afronte seus princípios e valores. Já pelas teorias constitucionais restritas, os bens jurídicos penais somente poderiam ser buscados na Constituição, pois devem expressar os bens mais relevantes para a sociedade. (AZEVEDO; SALIM, 2014, p. 43)

Dentre essas teorias, destaca-se a análise do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e dos princípios do pluralismo e da subcultura, dos princípios da liberdade e da tolerância e da não proteção aos valores morais. (BINACHINI, 2002). Isso porque o direito penal deve ser visto como a última etapa da proteção ao bem jurídico pelo princípio da fragmentariedade.

Portanto, o direito penal preocupa-se unicamente com alguns comportamentos – que seriam os fragmentos – contrários ao ordenamento jurídico, tutelando somente os bens jurídicos mais relevantes ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade. (MASSON, 2016).

Adverte Masson (2016) que pode ocorrer a fragmentariedade às avessas nas situações em que:

> [...] um comportamento inicialmente típico deixa de interessar ao direito penal, sem prejuízo de sua tutela pelos demais ramos de direito. Foi o que aconteceu, com o adultério. Essa conduta foi descriminalizada com a revogação do artigo 240 do Código Penal, pela Lei 11.106/2005, mas continua ilícita perante o direito penal. (MASSON, 2016, p. 52)

Assim, faz-se necessária a proteção ao bem jurídico como meio de controle social, conforme aduz Recaséns Siches (1965), pois

> [...] o homem não é algo assim como uma palha ou uma folha que seja movida fatalmente ao impulso dos ventos, para o lado que eles soprem; não é um pedaço da natureza inserido em variegados complexos de forças cegas. Pelo contrário, o homem é um centro próprio da ação, sobre cujas possibilidades pesam apelos normativos. (RECASÉNS SICHES, 1965, p. 268)

O apelo normativo consiste em o ser humano supor que, dentre as possibilidades de comportamento, existem normas que são de cumprimento obrigatório e outras que permanecem livres, permitidas. E sejam elas de cumprimento obrigatório ou livres, estão na órbita da seleção das possibilidades de comportamento do ser humano, seleção que se baseia num juízo de preferência, ou num juízo de valor. O fato de que algo seja considerado valioso não induz ao cumprimento forçado, de modo inelutável.

Por isso o direito é um meio de controle social, uma forma de intimidação justificada, legítima, na medida em que não deve empregar na impositividade inexorável das normas jurídicas medidas violentas para o caso do seu não cumprimento.

Quando Beccaria escreveu: “solo las leyes pueden decretar las penas e los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida

por el contrato social" (apud GOMES, 2000, p. 295), revelou as limitações impostas ao direito penal em sua função precípua, uma vez que não se trata de o legislador simplesmente editar uma norma jurídica, mas, ao editá-la, deve estar limitado a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sob a ótica do Estado democrático de direito.

A obra de Beccaria fomentou, portanto, a construção de um novo sistema normativo penal e processual penal, sedimentado, principalmente, nos princípios da legalidade e da humanidade, uma vez que defendeu que a pena deveria ser proporcional.

> Os gritos de horror como consequências das torturas não retiram a realidade da ação já praticada, revelando a inutilidade dos tormentos. Dessa forma, à medida da crueldade dos tormentos enrijece-se a alma pelo espetáculo da barbárie, e quanto maiores os castigos, mais o indivíduo se dispõe a praticar novos crimes para subtrair-se da pena que por primeiro mereceu. (MASSON, 2016, p. 80)

A pena deveria ser imposta, segundo Beccaria, apenas para servir de efeito pedagógico para o condenado não voltar a delinquir. Os meios mais graves e atrozes não eram proveitosos, haja vista que levavam à reincidência. Não obstante, se as penas fossem certas, claras e precisas, impediriam o mal antes de o indivíduo praticá-lo.

Para Durkheim (1999), o crime é normal e não tem nada de patológico. Trata-se de um objeto de construção social. Por isso a pena não serviria para corrigir o culpado ou intimidar seus imitadores possíveis, mas para manter inata a coesão social.

O sociólogo francês classificou as sanções em dois tipos: as repressivas e as restitutivas:

> As repressivas, correspondentes à solidariedade mecânica ou por semelhança, próprias do direito penal, e as sanções restitutivas, correspondentes à solidariedade orgânica ou por dessemelhança, próprias do direito civil, comercial, processual, com a abstração das regras penais que se possa neles encontrar. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 154)

O que se pode abstrair de suas ideias, portanto, é que, na sociedade orgânica, o crime tem um significado distinto, pois guarda determinada situação de crise que gera todos os tipos de disfunções sociais, entre elas o delito.

Merecem destaque também as ideias de Luhmann (1970 apud GUERRA FILHO, 2001, p. 110), sociólogo alemão que analisa a forma como o sistema jurídico cria realidades sentidas no código binário: – do lícito e do ilícito: "E isso significa contemplar a forma como o código binário essencial do sistema jurídico (lícito/ilícito) não apenas determina a recepção dos

estímulos do meio, mas ao mesmo tempo condiciona a expressão da comunicação e de seus conteúdos entre os agentes sociais." (CARNIO, 2009, p. 105). O mesmo autor afirma que o filósofo consegue "identificar movimentos especiais resultantes das fricções (irritações) entre os subsistemas: político, econômico e jurídico" (ibidem, p. 105), de forma que direito produz realidade social.

Seja pelos pensamentos de Beccaria, Luhmann ou Durkheim, o crime como patologia social mereceu atenção especial na Constituição Federal, pois seus preceitos sobrelevam a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Além disso, o legislador constituinte não descuidou em dispor, no art. 5º, que os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são invioláveis, resultando em restrições ao legislador por estar impossibilitado de estreitar quaisquer desses direitos, a não ser para a preservação de outro, com semelhante valor. Conforme Gomes (2000):

> A declaração constitucional de inviolabilidade dos direitos fundamentais, significará *prima facie*, que tais direitos não podem ser diminuídos nem menosprezados em seu conteúdo pela legislação ordinária, que o legislador ordinário não pode impor-lhes condições, que não se acham submetidos a outra trava que a representada pelo reconhecimento dos mesmos direitos em outras pessoas. (GOMES, 2000, p. 98)

No que tange à dignidade, Peces-Barba Martínez (2003) atribui-lhe a condição de referência inicial, ponto de partida e, ao mesmo tempo, de horizonte final – um ponto de chegada para a legitimação do Estado democrático de direito:

> La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que si sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompaña a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona e la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y da laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso. Cundo reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponden a las sociedades ben ordenadas, nos estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un ponto de partida y también un horizonte final, un ponto final llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2003, p. 66-67)

Assim, é manifesto que a dignidade é um valor fundamental, que precede qualquer outro direito humano:

> Por outras palavras, na matriz dos direitos humanos, na sua gênese, se encontra a condição de sermos merecedores de proteção. Por isso, a dignidade da pessoa humana é o valor precedente de qualquer ordem jurídica, a base dos direitos humanos, da qual eles se desprendem como um leque de amparo nas situações mais diversas e ao longo de sua historicidade. (LORA ALARCÓN, 2011, p. 270).

Verifica-se, dessa forma, a função da Constituição Federal como filtro de purificação do direito penal. Essa filtragem constitucional significa que não só o direito penal, mas todo o ordenamento jurídico, deve ser interpretado à luz da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos para a verificação de sua validade.

Disso, de pronto, surge a necessidade de superar as generalidades próprias e traçar diretrizes para efetivar as normas constitucionais diante das especificidades de um país periférico como o Brasil.

Não por outro motivo, Friedrich Müller (2013, apud NEVES, 2007, p.84) afirma que a norma jurídica compõe-se do programa normativo e que, "além da interpretação aplicadora do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão, deve-se também levar em conta o conjunto de dados reais normativamente relevantes para a concretização individual"

Peter Häberle (1997, p.85) complementa, consignando que, "no processo de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos".

Sua intenção era ratificar a ideia de que a interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um cenário fechado, ou seja, levando em conta tão somente o que os juízes e os procedimentos burocráticos impunham e olvidando a realidade, ou melhor, os atores que compõem essa realidade – órgãos estatais, poderes púbicos e cidadãos.

Trazendo a ideia para o Brasil, autointitulado Estado democrático social de direito, é mister uma mudança radical na hermenêutica dominante, de modo que a interpretação seja aberta, em conexão com a realidade.

Em conformidade com essa leitura, o procedimento descrito pelo constituinte, bem como as limitações nele existentes, em nível nacional e internacional, são apenas processos de filtragem para a vigência jurídica das expectativas e que devem ser respeitados para a concretização das normas constitucionais.

3 A teoria do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos e a soberania

Os arts. 5º, §§ 1º e 2º, e 4º, inciso VIII, da Constituição Federal dispõem que um dos princípios básicos pelos quais o Brasil se regerá nas relações internacionais será a prevalência dos direitos humanos, o que significa que o país deve zelar pela sua estrita observância a partir do momento que os ratifica.

> O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil é consequência óbvia dos vários comandos constitucionais, pois se todos os países que pregam respeito à Declaração Universal de Direitos Humanos ou a tratados de Direitos Humanos pudessem livremente interpretar seus comandos, não existiria um padrão universal de direitos, abrindo-se as portas para o relativismo. (RAMOS, 2016, p. 385)

O art. 7º dos Atos de Disposições Transitórias dispõe que "o Brasil propugnará pela formação de um direito internacional de direitos humanos".

Portanto, pelos dispositivos enfocados, os tratados que versam sobre os direitos humanos têm aplicabilidade imediata, uma vez que, se um Estado compromete a acatar os preceitos de um tratado, faz-se necessário o seu cumprimento, com consequências ao ordenamento jurídico interno.

Mello e Pfeiffer (2000) destacam três consequências mais imediatas que os tratados trazem ao ordenamento jurídico interno: i) a ampliação dos direitos estabelecidos, seja por meio de novos direitos que se incorporam ao ordenamento jurídico, seja pelo aperfeiçoamento trazido pelos tratados a direitos anteriormente existentes; ii) a obrigação de um Estado implementar instrumentos que possam ser utilizados pelos beneficiários para impedir ou reparar o dano advindo ou não da observância de tais direitos; e iii) a influência que exercem na legislação interna por apresentarem força constitucional ou supralegal.

Por isso o Brasil não adota a teoria do trapézio, que, embasada na tradicional pirâmide de Kelsen formulada para explicar o escalonamento das normas jurídicas, coloca os tratados internacionais de direitos humanos ao lado da Constituição Federal. Sobre esse ponto é a lição de Piovesan (2012):

> Logo, é nesse contexto- marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantais internacionalmente consagrados- que se delineia a visão do trapézio jurídico contemporâneo a substituir a tradicional pirâmide jurídica". (PIOVESAN, 2012, p. 70)

O que vigora no Brasil é que os tratados sobre os direitos humanos, além de *status* supralegal, se assumidos pelo rito normal de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico (maioria simples, turno único em cada casa do Congresso), conforme entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP, podem ter natureza jurídica de emenda constitucional, se incorporados ao ordenamento jurídico pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (votação em dois turnos nas duas casas do Congresso, com maioria de três quintos), como ocorreu com a Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, seu protocolo facultativo e o Tratado de Marraqueche.

A doutrina costuma afirmar que vigora no Estado brasileiro a teoria do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos:

> A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785/RJ), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do artigo 5º, §3º (votação em dois turnos, nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos) terão estatuto constitucional. Ficou consagrada a teoria do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos: natureza constitucional para os aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º; natureza supralegal para todos os demais, quer sejam inferiores ou posteriores à Emenda Constitucional n.45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso. (RAMOS, 2016, p. 418-419)

Logo, qualquer condenação internacional que vise à reparação da violação de direitos humanos está em consonância com o Estado democrático de direito e com as instituições nacionais, já que a defesa dos direitos humanos está patente na Constituição Federal, desde o seu preâmbulo.

O Brasil ratificou, em 25 de setembro de 2012, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, adotada em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. "A explicação plausível para a demora na ratificação é que o regime de exceção vivido no Brasil da época não aceitava ingerência externa nos assuntos considerados políticos." (CASTILHO, 2019, p. 351).

No sistema interamericano, o Pacto de San José é o instrumento de maior importância, com seus 82 artigos e os inúmeros deveres para o Estado que os ratifica, consubstanciados na premissa de respeitar os direitos das pessoas, considerando que pessoa é todo ser humano.

Os direitos consagrados~~,~~ que merecem atenção são: à vida, à integridade pessoal, ao nome, à nacionalidade, à liberdade pessoal, com a consequente proibição da escravidão e da servidão, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de consciência e de religião, à liberdade de expressão e de pensamento e os direitos da criança, dentre outros (CASTILHO, 2019).

O Pacto dispõe, ainda, que, diante de eventuais desrespeitos aos mandamentos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, as denúncias devem ser direcionadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e o julgamento será feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em San José Costa Rica, o que representa a coroação do respeito que os Estados devem nutrir pelos direitos humanos dos cidadãos.

A Comissão é um órgão central e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) na supervisão e no monitoramento do cumprimento das obrigações internacionais pelos Estados-membros em matéria de direitos humanos no âmbito regional.

A OEA é a mais antiga organização mundial. Procede da União Internacional das Repúblicas Americanas, criada em 1890, por diligência vanguardista dos Estados Unidos da América.

Hodiernamente, compreende 35 Estados independentes da América, quais sejam: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela, Barbados, Trinidad e Tobago, Jamaica, Granada, Suriname, Dominica, Santa Lúcia, Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas, Bahamas, São Cristóvão e Nevis, Canadá, Belize, Guiana. A sede principal da OEA está estabelecida em Washington, D.C., nos Estados Unidos.

Os Capítulos I e II da Carta regem os propósitos e princípios da Organização cujo escopo basilar consiste na garantia da paz e da segurança do continente.[1]

Seus fins, como discorre o art. 51 da Carta da OEA, são trabalhados por intermédio dos seguintes órgãos: Assembleia Geral; Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; Conselho Permanente e Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral; Comissão Jurídica Interamericana; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Secretaria-

[1] Art. 2º, *a*, Capítulo I, da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Geral; conferências especializadas; organismos especializados e outras entidades estabelecidas pela Assembleia Geral. Essa estrutura está esmiuçada nos Capítulos de IX a XVIII da Carta.

A OEA se baseia em quatro pilares – democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento – que se amparam reciprocamente e estão proporcionalmente coesos por um arcabouço que inclui diálogo político, inclusividade, cooperação, instrumentos jurídicos e mecanismos de acompanhamento, para aprimorar a eficácia da Organização, proporcionando reações salutares.

A Corte, como dito, é sediada em São José da Costa Rica e garante vigência ao Pacto de San José. Na Corte Interamericana, de competência consultiva e contenciosa, cabem a aceitação e o julgamento de casos individuais de violação de direitos humanos. A dicção de opiniões consultivas auxiliou na hermenêutica e na dilatação de direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

No âmbito da legitimidade, assegura-se tão somente à Comissão Interamericana e aos Estados-partes o acesso à Corte, sendo ilegítimo, por conseguinte, o indivíduo como parte, em correlação com o art. 61[2] da Convenção.

Há discussão quanto ao alcance da competência *ratione personae* no que tange às pessoas jurídicas. O melhor posicionamento seguido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos debruça-se sobre o argumento de que o preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 1.2, ao estabelecer a expressão "pessoa", remete a todo ser humano, portanto, a proteção do Sistema Internacional recai somente sobre entes naturais. Julgados da Comissão Interamericana revelam alegações no sentido de que deve ser excluída a pessoa jurídica da petição, visto que são ficções jurídicas sem existência real em ordem material.

A Corte tem sido de suma importância para o monitoramento e a supervisão do cumprimento dos direitos invocados pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

4 Liberdade de expressão como direito fundamental e a judicialização da censura no julgamento do Caso Góes

A liberdade costuma ser referida em dois sentidos diversos: a liberdade positiva e a negativa.

Segundo Novelino (2013), a liberdade positiva pode ser definida como:

[2] Expõe o art. 61.1, Seção 2, do Capítulo VII da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte".

> [...] situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros. E a liberdade negativa, conhecida também como a liberdade civil ou liberdade dos modernos é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido ou de não agir, sem ser obrigado por outros. Consiste, portanto, na ausência de impedimentos ou de constrangimentos. (NOVELINO, 2013, p. 501).

Nessa mesma linha, Castilho (2016, p. 307-308), citando Bobbio, afirma que "[...] liberdade negativa é a situação em que o indivíduo não sofre constrangimentos, nem impedimentos para as suas ações". Portanto, para Bobbio, a liberdade negativa é a possibilidade de fazer tudo o que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe. É uma atitude concentrada, voltada para o individual. Na liberdade positiva, ao contrário, o indivíduo pode fazer o que quer, sem precisar respeitar os mandamentos da lei. É, segundo Bobbio (apud CASTILHO, 2016, p. 307-308), "[...] quando a pessoa tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisão, sem ser determinado pelo querer dos outros. Portanto, a liberdade positiva é uma atitude de vontade, autônoma, política, voltada para coletividade".

A Constituição Federal consagrou, ao lado do direito geral de liberdade, vários direitos de liberdades específicos, dentre eles o direito de manifestação do pensamento ou liberdade de expressão.

No art. 5º, incisos IV, V e IX, assim dispõe a Magna Carta:

> IV: é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato.
> V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem.
> IX: é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

O legislador constituinte elevou a liberdade de expressão a direito fundamental para proteger o ser humano contra os arbítrios do poder público, pois a liberdade de manifestação impede que o poder público estabeleça punições para os que rejeitam opiniões socialmente aceitas ou censure discursos não aprovados pelo governo, haja vista que todo cidadão tem assegurado o acesso à informação, resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Nesse sentido, o ministro Carlos Brito, em seu voto na ADPF nº 130/DF de 30.04.2009, asseverou que:

> [...] noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Historicamente, a liberdade de pensamento surgiu como forma de defesa contra os arbítrios do poder estatal e a censura. O art. 8º do *Bill of Rights* inglês, em 1689, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foram os instrumentos mais relevantes, pois consagraram a liberdade de expressão nos moldes dos textos constitucionais modernos (NOVELINO, 2013).

A liberdade de manifestação de pensamento consiste, portanto, em divulgar livremente seu pensamento, o que envolve o dever de abstenção do Estado. O mesmo ocorre com a liberdade de informação, uma vez que o art. 220 da Magna Carta dispõe que: "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma não sofrerão qualquer restrição", vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Liberdade de expressão é

> [...] um sistema complexo que constitui o centro de um leque de faculdades constitucionalmente garantidas. Por um lado, significa a possibilidade de expressar ideias e crenças sobre qualquer meio; por outro lado, inclui o direito de escutar, ouvir, ler e também de contemplar imagens que expressam os pontos de vista que outros emitem sobre fatos, ideias e crenças. (SILVA, 2009, p. 165).

O Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em dezembro de 1992, como dito, tem força supralegal no ordenamento jurídico e dispõe, em seu art. 13:

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

> 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
> 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Assim, qualquer forma de censura é vedada em nosso ordenamento jurídico pela proteção destinada ao direito fundamental "liberdade de expressão". Machado (2013) observa que, mesmo nos casos em que há risco significativo de que determinado discurso possa causar danos ou gerar perigo, em sociedades livres, a censura, exercida pelo governo, não encontra justificativa constitucional.[3]

Não obstante, faz-se mister ressalvar que, como direito fundamental que é, não tem natureza jurídica absoluta. No julgamento do citado caso Ellwanger, foi ressalvado que a liberdade de expressão não pode constituir-se de salvaguarda para condutas ilícitas, pois, quando escreveu o livro em que desqualificava o povo judeu, o escritor incorreu no crime de racismo, o que mostra que a liberdade de expressão encontra limites nas restrições constitucionais indiretas, as quais seriam, conforme denomina Novelino (2013), de reserva legal qualificada (art. 5º, XLI, da CF/88: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"; e art. 5º, XLII, da CF/88: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;) ou reserva legal implícita que encontra respaldo no direito à privacidade, no art. 5º, X, e nos arts. 138 a 145 do Código Penal, que tipificam os crimes contra a honra, por condutas abusivas que violem a honra de terceiros. Por isso a liberdade de expressão deve ser exercida de maneira harmônica, com os princípios da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Tavares (2010):

> Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras

[3] Relatório de *Human Rights Watch*, de 2014, lembra que dezenas de jornalistas que cobriam as manifestações de junho de 2013, inicialmente contra o aumento das passagens de ônibus, foram feridos ou detidos pela polícia. Durante um protesto em São Paulo, em 13 de junho daquele ano, uma repórter e um fotógrafo foram atingidos nos olhos por balas de borracha e ficaram gravemente feridos. Diz o relatório: "[...] após o incidente, a corregedoria da polícia militar em São Paulo abriu uma investigação sobre o uso de força policial contra os jornalistas. Autoridades federais conclamaram governos estaduais a oferecerem proteção especial a representantes da imprensa". Em 2013, sete jornalistas foram mortos no país, e a investigação revelou que policiais estavam envolvidos nas mortes. O relatório também esclarece que, até novembro de 2013, 16 dos 27 estados brasileiros haviam aprovado uma legislação para implementar a Lei Federal de Acesso à Informação, que entrou em vigor em 2012. A Lei nº 12.527/2011 determina que não poderá ser negado acesso à informação sobre violações de direitos humanos (CASTILHO, 2019, p. 285).

> circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada 'princípio da convivência das liberdades', quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais. (TAVARES, 2010, p. 528)

O caso que aqui será analisado é o do jornalista sergipano José Cristian Góes. Após publicar crônica literária ficcional – "Eu, o coronel em mim" –, na qual fazia críticas impessoais ao sistema coronelista, Góes se viu processado nas esferas cível e criminal pelo então vice-presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, desembargador Edson Ulisses.

Ao fim do processo, foi condenado à pena de sete meses e dezesseis dias de prisão pelo crime de injúria, com causa de aumento de pena, que foi convertida em prestação de serviços à comunidade e no valor de R$ 25.000,00 na esfera cível.

Antes de passar à análise da condenação, vale destacar que a honra, é considerada direito fundamental pelo art. 5º, X, da Constituição Federal e decorre do Pacto de San José da Costa Rica, cujo art. 11 dispõe que:

> 1 – Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento da dignidade.
> 2 – Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
> 3 – Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

A honra, então, é bem imaterial, conforme entendimento dos pretórios, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, composta de dignidade humana, retratada no Código Civil, como um dos direitos da personalidade (APn nº 613, Corte Especial, j. 01/12/2000).

Masson (2016b) conceitua honra como:

> Conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promove a sua autoestima. É um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor. Representa o valor social do indivíduo, pois está ligada à sua aceitação ou

> aversão dentro de um dos critérios sociais, integrando o seu patrimônio. Um patrimônio moral que merece proteção. (MASSON, 2016b, p. 197)

No âmbito infraconstitucional, como já mencionado, o Código Penal regula os crimes de injúria, calúnia e difamação. Não obstante, muitos doutrinadores criticam a manutenção desses tipos penais, pois essas questões poderiam ser solucionadas na esfera cível (SCHREIBER, 2014).

Mesmo que haja um arcabouço histórico que justifique a repressão de cunho criminal, como violação da honra em rixas e duelos que ocorreram até o século XIX, essa criminalização acabou influenciando o direito civil por empregar, em várias oportunidades na disposição de seus artigos, os termos "injúria", "calúnia" e "difamação", como pode ser verificado no art. 953 do Código Civil:

> Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
> Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Schreiber (2014, p. 76) explica que o art. 17 do Código Civil proíbe a divulgação do nome alheio, sem prévia autorização, e que o art. 20 veda "a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa [...] a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

Assim, seria melhor se o legislador tratasse simplesmente da violação à honra, não se justificando, no atual contexto, a restrição aos tipos penais mencionados.

Por essas considerações, conclui-se que a condenação do jornalista Góes pelo crime de injúria foi equivocada, haja vista que, no julgamento da ADPF nº 130, os ministros destacaram que é preciso assegurar a livre manifestação de pensamento para depois cobrar o desrespeito a direitos constitucionais alheios. Declararam, pois, a Lei de Imprensa (Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) inconstitucional, estabelecendo os termos do "regime constitucional da liberdade de informação jornalística".

Veja-se a advertência feita por Schreber (2014):

> [...] a ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito à honra revela que a importante tarefa de informar não pode ser desvirtuada em sua função genuína, para albergar a publicação de manifestações pejorativas sobre qualquer pessoa, sem a existência de dados objetivos cuja transmissão possa

> assumir interesse informativo para o público daquele veículo de comunicação. (SCHEREIBER, 2014, p. 85)

Mesmo sendo declarado inconstitucional, o direito de informar não pode servir de aval para estampar declarações de qualquer tipo sem uma responsável ponderação entre o interesse social na difusão daquela afirmação e o impacto negativo que pode produzir sobre a honra das pessoas.

No caso, tratava-se de um texto ficcional, sem nominar pessoas, que não teve o condão de personificar conteúdo ofensivo a ponto de gerar condenações nos campos penal e cível. A repercussão foi tão grande, que ocorreu uma audiência na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington (EUA), oportunidade em que o Brasil foi denunciado por violação dos arts. 11 e 13 do Pacto de San José da Costa Rica, além de ter representado a judicialização da censura no país.

Tal fato também gerou a Reclamação Constitucional nº 19755/SE no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Luiz Fux, que, primeiramente, citou a decisão estampada na ADI nº 4451/DF:

> Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha.

Depois, em seu voto, o ministro Fux negou seguimento à reclamação, ponderando:

> Destarte, considerando que a existência do crime de injúria já foi assentada por decisão penal transitada em julgado e que tal fato não comporta rediscussão no juízo cível, revela-se inexistir identidade entre o que discutido nos autos em que proferida a decisão reclamada e o paradigma tido por violado[2], tornando a decisão na esfera cível, também transitada em julgado.

Essas decisões descabidas ferem por completo o direito fundamental de liberdade de pensamento, uma vez que se tratou de judicialização da censura, vedada expressamente pelo ordenamento jurídico interno, seja em sede de legislação constitucional, seja em sede de legislação internacional[2], pela vigência de supralegalidade do Pacto de San José[,] no ordenamento jurídico do país.

Conclusão

O presente artigo abordou a perspectiva da liberdade de pensamento, direito fundamental protegido pela Constituição Federal e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil desde 1992. Tal direito não alberga a mediocridade nas informações, no sentido da propagação de uma matéria jornalística a respeito de tudo quanto se pretenda, inclusive, sob o ângulo da degradação e da difamação.

O que se defendeu foi, sobretudo, o limite ético das informações, pautado na dignidade da pessoa humana para a construção da democracia, ao permitir que ideias minoritárias no seio de uma sociedade possam ser manifestadas e debatidas publicamente, sem caracterizar a judicialização da censura, como o que ocorreu no julgamento de Góes.

Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito* – teoria, filosofia e sociologia do direito. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AZEVEDO, Marcelo André; SALIM, Alexandre. *Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Editora JusPodivm, 2014.

BINACHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.

CARNIO, Henrique Garbellini. Direito e ideologia: o direito como fenômeno ideológico. *Panóptica*, v. 4, n. 3, p. 95-107, 2009.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 1999.

GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. (Coord.). *O sistema americano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1997.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, estado e direito público*: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MACHADO, Maria Costa. Liberdade de expressão e restrição de conteúdo: análise do caso Ellwanger em diálogo de pensamento com Celso Lafer. *Revista dos Tribunais*, v. 931, p. 159, maio/2013.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. Parte Geral, vol. 1. 10. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016a.

_____. *Direito penal esquematizado*. Parte Especial, vol. 2. 9. ed. São Paulo: Método, 2016b.

MELLO, Monica; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos direitos civis e políticos. In: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. (Coord.). *O sistema americano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Diretos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, p. 70, jan/jun 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SICHES, Recásens Luis. *Tratado de sociologia*. São Paulo: Editora Globo, 1965.

SILVA, José Afonso da. Liberdade de Expressão Cultural. In: SALOMÃO, George; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.