



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
ELABORAÇÃO DE MONOGRAFIA JURÍDICA

BRUNO FEIJÓ ALBUQUERQUE
MATRÍCULA 0276055

ANÁLISE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO KIMEL x ARGENTINA

FORTALEZA
2010

BRUNO FEIJÓ ALBUQUERQUE

**ANÁLISE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO KIMEL x ARGENTINA**

Trabalho de conclusão de curso submetido à
Coordenadoria Acadêmica do Curso de
Graduação em Direito, da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora. Dra. Theresa Rachel
Couto Correia Couto.

FORTALEZA
2010

BRUNO FEIJÓ ALBUQUERQUE

**ANÁLISE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO KIMEL x ARGENTINA**

Trabalho de conclusão de curso submetido à Coordenadoria Acadêmica do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Theresa Rachel Couto Correia

Universidade Federal do Ceará - UFC (orientadora)

Prof^a. Eulália Emília Pinho Camurça

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^a. Laís Arraes Maia Fortaleza

Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devoto a minha gratidão a Deus, autor e consumidor da minha fé, pelo apoio incondicional, não só durante a vida acadêmica, mas durante todos os meus dias, dando-me senso de propósito em cada novo empreendimento.

Aos meus familiares, minha mãe, meu pai e irmãos e às amigas Kilvia e Sara por todo suporte durante a elaboração deste trabalho.

Ao Núcleo de Direitos Humanos – NUDH, especialmente na pessoa de Eulália por todas as horas dedicadas a ajudar na redação da Monografia.

A minha professora orientadora, Professora Theresa Rachel pela imensa ajuda na delimitação do tema da Monografia, bem como à Laís Arraes, componente da Banca examinadora.

RESUMO

O caso *Kimel vs. Argentina*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu pela imprecisão de artigos penais da legislação argentina. Com base no art. 2 da Convenção Americana, a Corte decidiu que tal imprecisão estaria violando a segurança jurídica e o exercício da liberdade de expressão. Tal julgado repercutiu por toda a América, confrontando a tradição jurisprudencial que, até então, nunca havia estabelecido mudanças na legislação interna. O objetivo diz respeito ao estudo das normas da Convenção e, particularmente, do julgado da Corte Interamericana conhecido como *Kimel vs. Argentina* em face da tutela do direito à liberdade de expressão. A pesquisa se fez por meio de investigação bibliográfica na jurisprudência da Corte, além de aportes da doutrina especializada. Vislumbrou-se a tendência da criação de mecanismos de tutela mais efetivos do direito à liberdade de expressão no âmbito do direito interamericano.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Kimel vs. Argentina*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	09
2.1 Concepção de Direitos Humanos.....	09
2.2 Divisão do Sistema Interamericano.....	10
2.2.1 OEA.....	11
2.2.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	15
2.3 Direitos Ibergados.....	19
2.4 Meios de proteção.....	21
3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CORTE INTERAMERICANA.....	25
3.1 Opiniões Consultivas e Liberdade de Expressão.....	25
3.2 Opinião Consultiva N° 5.....	26
3.3 Casos julgados pela Corte.....	31
4. CASO KIMEL VS. ARGENTINA.....	35
4.1 Violação.....	35
4.2 Reclamação.....	36
4.3 Sentença.....	37
4.4 Análise comparada: Kimel e Herrera Ulloa.....	40
4.5 ADPF 130 e Entendimento da Corte.....	43
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A análise do direito à liberdade de expressão, considerado importante pilar do Estado democrático de direito, constitui tema sempre atual, principalmente, se considerarmos a evolução jurisprudencial que, por sua vez, tem contribuído vastamente para que tal direito possa ser vislumbrado através de novos prismas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aquela possui função de promover a observância e proteção dos direitos humanos na América, realizando recomendações aos Estados-Membros, não possuindo, portanto, o poder de coagir à adoção de medidas.

A Corte, por sua vez, possui função de interpretação de normas da OEA e de julgar casos envolvendo os Estados-Membros que fizeram depósito da carta de aceitação, tendo suas decisões, inclusive, o poder de ordenar a recomposição do ofendido. Assim, o estudo supracitado será realizado com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O olhar atento à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo julgamento dos casos que envolvem liberdade de expressão em sua circunscrição, faz-nos concluir não somente a importância do tema, mas o enorme avanço observado no debate sobre a discussão de tal direito, notadamente no século XXI.

Assim, enquanto no século passado há apenas uma opinião consultiva (consulta entre compatibilidade da lei interna e convenção) sobre o artigo 13 (artigo que trata sobre o direito à liberdade de expressão) da Convenção Americana de Direitos Humanos; no presente século, verifica-se a decisão de sete casos, ou seja, o acionamento concreto por parte de vítimas que entenderam que o seu direito à livre expressão fora vilipendiado.

Dessa forma, cada vez que um caso concreto é submetido à interpretação da Corte, obtemos o parâmetro adotado para interpretação da liberdade de expressão em suas diversas nuances. Como exemplo dos variados aspectos da liberdade de expressão que

podem ser parametrizados pela Corte, pode-se citar: a questão que envolve a prática da censura prévia, a delimitação que define os limites aplicáveis ao exercício da liberdade de expressão, a identificação dos meios indiretos de violação à liberdade de expressão, entre outros aspectos.

No futuro trabalho, será destacada a análise do caso (Kimel vs. Argentina). O caso foi decidido em meados de 2008. Trata-se de litígio entre um jornalista e um funcionário público, que se sentiu afetado por expressões veiculadas pelo primeiro. Na decisão da Corte, a sentença penal fora invalidada e, ademais, trouxe uma inovação: considerou que a legislação penal da Argentina deveria ser modificada.

Tal caso traz como questionamento precípua, em seu bojo, a dúvida sobre a possibilidade da utilização do Direito Penal para impor responsabilidades ulteriores a expressões que pudessem afetar a honra dos funcionários públicos e, principalmente, discutir sobre a possibilidade de, à luz do princípio da legalidade, realizar modificações legislativas.

2 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Precipuamente, antes de tratar de tema ligado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, faz-se mister uma breve abordagem acerca dos caracteres principais dos direitos humanos como: a origem, o conceito e a terminologia aplicada.

2.1 Concepções iniciais de Direitos humanos

Importante salientar, ao longo da evolução histórica, a discussão terminológica existente a fim de denominar os enunciados jurídicos que possuem por objeto os direitos básicos dos seres humanos. Tal questão é mencionada pelo doutrinador André de Carvalho Ramos¹ como intimamente atrelada ao próprio conceito do vocábulo.

O autor entende por direitos humanos, segundo concepção fundada na análise de Hesse, como um conjunto de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e dignidade. Depreende-se de tal definição a relação existente entre direitos humanos e a própria dignidade do titular, sendo tais direitos considerados pelo doutrinador como asseguradores da plenitude da vida da pessoa humana.

Dessa forma, defende que “o termo mais apropriado é **direitos fundamentais da pessoa humana, porque o título aquisitivo desses direitos é apenas a existência do ser humano**” (RAMOS, André de Carvalho 2001, p. 28). Interessante notar o diálogo existente entre tal constatação e, as lições de Flávia Piovesan², pois segundo esta autora, a condição de pessoa é requisito único para a dignidade e titularidade desses direitos (PIOVESAN, Flávia 2000, p. 94).

Portanto, conclui-se que as definições de ambos convergem na caracterização dos direitos fundamentais da pessoa humana como universais, sendo a tutela de

¹ Ver RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.27

² Ver PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, V. 15, p. 94, jan./jun. 2000.

responsabilidade internacional e, além disso, a existência de tal tutela impõe, indubitavelmente, a relativização da soberania do Estado a fim de sua plena efetivação.

Entretanto, embora a discussão da existência de direitos fundamentais aos seres humanos, segundo André de Carvalho Ramos³, remonta à Antiguidade, tal feição universal é eminentemente contemporânea. Pode-se precisar o movimento de universalização dos direitos humanos como ocorrido após a segunda guerra mundial, constituindo uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo (PIOVESAN, Flávia 2000, p.93).

Desde então, a partir da universalização dos direitos humanos, fez-se necessário, segundo Edilsom Farias⁴, distinguir conceitualmente os vocábulos direitos fundamentais e direitos humanos. Segundo o mesmo autor, embora as expressões se refiram ao mesmo objeto, os direitos fundamentais constituem a positivação em nível constitucional de direitos humanos proclamados em documentos internacionais (FARIAS, Edilsom 2004, p.26).

Acerca da importância dos Direitos fundamentais da pessoa humana e sua tutela, cita-se José Carlos de Magalhães⁵ que os considera como “cerne do Direito Internacional contemporâneo, resultando da consciência da comunidade internacional de que é necessário evitar a repetição de atos e fatos que degradam a natureza humana”.

2.2 Conceito e Divisão Sistemática do Sistema Interamericano

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, em sua acepção inicial, pode ser caracterizado como um “complexo conjunto de mecanismos e procedimentos previstos tanto na Carta da Organização dos Estados Americanos e outros instrumentos jurídicos conexos a esta, quanto na Convenção Americana dos Direitos Humanos” (CORREIA, Theresa Rachel Couto 2008, p. 87).

³ Ver RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.29

⁴ Ver FARIAS, Edilsom. Liberdade de Expressão e Comunicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26

⁵ Ver DE CARVALHO RAMOS, André. Direitos Humanos em Juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.17

Primeiramente, cabe destacar o caráter protetivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos advindo do próprio caráter do Direito Internacional de Direitos Humanos, definido por Cançado Trindade como um direito de proteção do indivíduo (CANÇADO TRINDADE, 1997 *apud* ARAÚJO, 2005, p. 227). Sendo, inclusive, o *princípio da primazia da norma mais favorável*, a ser aprofundado em tópico oportuno, vastamente utilizado para enunciar tal caráter protetivo do direito internacional dos direitos humanos e, conseqüentemente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ademais, pode-se perceber a partir do conceito enunciado acima, a importância, do ponto de vista normativo, da Carta da OEA e da Convenção Americana de Direitos Humanos, principalmente, como fontes que embasam ações de caráter protetivo e promocional dos direitos humanos, aplicadas pelos órgãos criados por tais documentos, tais como a Comissão Interamericana de Direitos humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tal constatação nos remete à observância de dois sistemas, destacados pela lição de André Ramos:

O primeiro sistema é o da Organização dos Estados Americanos, que utiliza os preceitos primários da Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O segundo é o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo integrante deste sistema apenas uma parte dos países americanos. (RAMOS, 2001 *apud* CORREIA, 2008, p. 89).

Portanto, após abordagem sucinta sobre o conceito e sistemática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, faz-se mister a realização de uma abordagem mais aprofundada no que tange a cada subsistema mencionado, elucidando características e diferenças observadas entre os dois subsistemas.

2.2.1 OEA

A OEA constitui uma organização regional que é composta por todos os Estados das Américas e Caribe, perfazendo um número de trinta e cinco membros. Cabe dizer que, este subsistema, tem suas competências decorrentes da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁶.

⁶ Ver Correia, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de direitos humanos. Juruá, 2008, p.89

A IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, em 1948, reuniu representantes de vários Estados do continente americano. O objetivo colimado era o de estabelecer uma instituição multilateral interamericana de cunho político, inserida na conjuntura instaurada no pós-guerra. A iniciativa conquistou facilmente adeptos em virtude das atrocidades cometidas durante o conflito mundial, sendo os representantes interessados em garantir a paz e a segurança continentais.

Assim, a Carta constitutiva da OEA foi aprovada pelos representantes dos países reunidos, em 30 de abril de 1948 e entrou em vigor em dezembro de 1951. Dentre outras medidas tomadas, a Carta da OEA estabelecia a redação de uma declaração de direitos humanos a fim de impedir o acontecimento de similares desastres humanos, sendo, dessa forma, assinada a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* dois dias após a aprovação da referida Carta da OEA⁷.

Pode-se apontar como inovações da Carta da OEA o fato de considerar os direitos fundamentais da pessoa humana um princípio, diferenciando-se da Carta da ONU, que, por sua vez, os considera como um fim a ser alcançado. Outro ponto fundamental a ser mencionado é a diferenciação da abordagem sobre direitos e deveres feita pela a Carta da OEA e abordagem que se encontra na DADDH. Assim, a despeito dos documentos terem sido criados num mesmo momento histórico, na primeira faz-se uma abordagem genérica dos direitos e deveres, sendo a Declaração Americana responsável por elencar tais direitos de forma mais abrangente.

A DADDH constitui semelhante forma, importante fonte do Sistema Interamericano. Assim, em 30 de maio de 1948, foi assinada, sendo precursora, inclusive, da Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovada sete meses depois (FAÚNDEZ, 2004, p.32).

A Declaração notabilizou-se pelo fato de trazer em seu bojo enunciação mais clara acerca dos direitos referidos na Carta da OEA. Contudo, tais princípios não formaram, inicialmente *jus cogens*, impossibilitando a observação obrigatória por parte dos Estados signatários, sendo tal conjuntura, gradualmente modificada, passando a integrar os

⁷ Ver SOUZA, Rafael Barreto. Direito ao Duplo Grau de Jurisdição na América Latina. 2010, p.12

princípios gerais de direito nos anos subseqüentes (BUERGENTAL, 1995 *apud* CORREIA, 2008, p.98).

Assim, constitui uma interpretação dos direitos humanos relacionados na Carta da OEA (SALVIOLI, 1995 *apud* CORREIA, 2008, p.99). Todavia, nasceu tão somente como um rol de direitos fundamentais para a comunidade de países americanos, sem qualquer caráter de compulsoriedade ou qualquer órgão específico para acompanhar o seu cumprimento, possuindo no seu preâmbulo a previsão de constituir um “sistema inicial de proteção”.

Desta forma, por algum tempo o instrumento permaneceu apenas enunciando direitos não regularmente obedecidos em virtude da ausência de mecanismos eficazes de monitoramento e proteção, mas, principalmente, em virtude da própria natureza jurídica do documento.

A Carta da OEA, semelhante modo, não previa nenhum organismo especial em matéria de direitos humanos. Entretanto, em 1959, na realização da 5ª Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores da Organização, realizada em Santiago do Chile, é que por meio da assinatura da Resolução VIII foi decidido criar a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, conforme texto abaixo:

Cláusula II

Criar uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que se comporá de sete membros, elegidos a título pessoal de temas apresentados pelos governos, pelo Conselho da Organização dos Estados Americanos, encarregados de promover o respeito de tais direitos, a qual será organizada pelo mesmo Conselho e terá as atribuições específicas que este lhe aponte.

Cumprir destacar que, grande parte da ausência de maior coerção da Carta da OEA e da DADDH deriva do fato de serem produtos de resoluções deliberativas e não de um tratado internacional o qual, por sua vez, tem natureza de ato formal e solene. Assim, a CIDH, criada mediante resolução, semelhante modo, não possuía grande poder coercitivo, sendo o seu Estatuto organizado no ano seguinte pelo o Conselho da OEA.

A CIDH é composta por sete membros de alta autoridade moral e reconhecido conhecimento sobre a matéria de direitos humanos, eleitos a título pessoal, realizando trabalho em tempo parcial e de forma individual. A CIDH, inicialmente, possuía competência apenas para promover o respeito aos direitos humanos estabelecidos na

DADDH, não podendo desenvolver mecanismos jurídicos de monitoramento (CORREIA, 2008, p. 102).

Pode-se citar como exemplos de atuações da CIDH: o estímulo á consciência dos direitos humanos nos povos da América; a formulação de recomendações aos governos dos Estados; realização de visitas para averiguações com anuência dos Estados e atuação como órgão consultivo em matéria de Direitos Humanos.

Cumpre, entretanto, salientar que, em razão da conjuntura política mundial, a CIDH teve suas atribuições aumentadas significativamente. Assim, a eclosão da Revolução Cubana, no final dos anos 50, e de movimento semelhante na República Dominicana, sendo, neste último, inclusive, necessária intervenção militar dos Estados Unidos, gerou um intenso clima de tensão, indo de encontro aos interesses da OEA. Assim, estimulou-se a promoção de mecanismos no âmbito da organização para impedir o efeito multiplicador do exemplo de Cuba em relação a outras partes do continente americano; tais mecanismos foram de iniciativa dos Estados Unidos (SOUZA, 2010, p. 13).

O alargamento de funções da CIDH é facilmente relacionável ao contexto histórico acima descrito. Assim, a promoção dos direitos humanos nas Américas foi uma estratégia utilizada para conter movimentos nacionalistas e socialistas que se propagavam á época, integrando-se à política externa dos Estados Unidos.

Em 1965, foi estabelecida a reforma das atribuições da Corte, resultando no alargamento de suas atribuições, sendo aqui destacado o procedimento de recebimento de petições individuais. Dessa forma, a CIDH possuía, desde então, basicamente dois procedimentos para controlar a atuação dos Estados em relação as violações de direitos humanos. O primeiro permite o exame da situação geral dos direitos humanos e o outro autoriza o conhecimento mediante a redação de petições individuais.

O novo procedimento de recebimento de petições individuais realizou o caráter não só de promoção, mas de proteção dos direitos humanos exercido pela CIDH; passou a ser um organismo intermediador de modo a conferir exigibilidade e responsabilização pela violação dos direitos humanos em questão.

Tal sistema peticionário foi aprovado por intermédio de uma resolução, posteriormente incorporada a seu Regulamento, no qual se considerou competente para

receber comunicações ou reclamações sobre violações de direitos humanos dentro dos Estados Americanos. Assim, ela passa a ser incumbida de formular recomendações aos Estados de maneira a ajudar na promoção de políticas que observassem os direitos promovidos.

Foi criado, ainda, um procedimento especial para regulamentar a prática das petições individuais, inclusive com adoção de critérios como o esgotamento dos recursos internos e o prazo prescricional de seis meses após a notificação da última decisão nacional, ou a demora injustificada no julgamento da questão ou mesmo da obstaculização arbitrária da prestação jurisdicional (FAÚNDEZ, 2004 *apud* SOUZA, 2010, p.15).

Em 1967, vota-se o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, conhecido como Protocolo de Buenos Aires, instituindo a CIDH como órgão integrante da estrutura da OEA. Ademais, tal reforma previu a redação de uma futura Convenção sobre direitos humanos, que, também, regulamentasse a organização e o funcionamento de órgãos fiscalizadores, sendo estabelecido no art. 112 da Carta:

Artigo 112

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

A mudança de *status* jurídico não foi puramente formal, pelo contrário, elevou a CIDH ao patamar das demais comissões da OEA, conferindo-lhe maior relevância institucional e orçamentária. Ademais, salienta-se aqui o a previsão da criação de um novo instrumento jurídico de tutela de direitos humanos, que viria a ficar pronto quatro anos depois.

2.2.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969 e entrou em vigor em 1978. Dessa forma, obedecendo ao ditame previsto no Protocolo de Buenos Aires, o

Conselho da OEA reuniu-se em San José, Costa Rica, e, neste evento, com aportes dos projetos da *Comissão*, reuniram-se para aprovar o instrumento de maior importância no Sistema Interamericano, o texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁸ (SOUZA, 2010, p. 15).

A importância do documento reside no fato de constituir um tratado internacional que impõe normas peremptórias àqueles que o ratificaram, diferenciando-se, assim, da DADDH devido ao fato desta constituir apenas resolução, destituída de maiores formalidades para sua aprovação. O Brasil ratificou a Convenção e teve, posteriormente, sua adesão concretizada no ano de 1992 por meio do Decreto Legislativo n° 27 e pelo Decreto Executivo n° 678, promulgado sete meses após o primeiro.

Assim, a despeito de o sistema interamericano ser inaugurado com a DADDH, apenas a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos é que o sistema tomou feições contemporâneas, a partir da criação de um vasto catálogo de direitos civis e políticos. Ademais, criou um sistema com duplo caráter funcional, a saber: um sistema de monitoramento e implementação dos direitos através do trabalho realizado, principalmente, pela CIDH e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2000, p.32 *apud* ARAÚJO, 2005, p.228).

A Convenção dispõe de um caráter complementar à proteção de direitos prevista nos ordenamentos internos, não tendo os órgãos criados por esta supremacia sobre a jurisdição nacional, mas caráter complementar (FAÚNDEZ, 2004 *apud* SOUZA, 2010, p.15). Neste sentido versa o dispositivo da Convenção:

Art. 2°

“[...] Os Estados comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

Interessante notar que o intrínseco caráter protetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos reforça o caráter de complementariedade que deve existir nos âmbitos dos sistemas de proteção. Entretanto, em virtude de choques entre direito interno e direito internacional, resta-se, por muitas vezes, tal caráter protetivo prejudicado, pode-se exemplificar tais conflitos como no caso de choques entre normas de índole convencional e normas de índole interna.

⁸ Doravante “Convenção”

Dessa forma, há dois prismas de análise dos Direitos humanos que podem ser adotados a fim de solucionar tais conflitos, a saber: o prisma do direito interno e o prisma do direito internacional. Portanto, a depender do prisma adotado, ter-se-à uma conclusão diversa para o conflito acima esposado. Surge o *princípio da norma mais favorável* como forma de solucionar eventuais conflitos entre a norma interna e a norma internacional, objetivando promover a proteção internacional dos direitos humanos (RAMOS, 2002, p.68).

A chamada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete, necessariamente, a norma que seja mais favorável ao indivíduo. Dessa forma, a primazia da norma mais favorável nos instiga a aplicação em alguns momentos da norma internacional, em outros momentos a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo. Cabe lembrar, ainda, que tal princípio é verdadeiro dispositivo convencional internacional, ou seja, é cláusula prevista em tratado internacional. Pode-se afirmar, segundo lição de Cançado Trindade:

“no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do Direito Internacional ou do Direito Interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de Direito Internacional ou de Direito Interno” (RAMOS, 2002 apud CANÇADO TRINDADE, 1997, p.434).

Outro ponto que vale ressaltar é que o advento da Convenção promoveu a consolidação do processo de codificação dos direitos humanos. Igualmente, ultrapassou a mera definição e enunciação dos direitos, pois estabeleceu mecanismos voltados para o monitoramento e implementação dos direitos, tais como a CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁹ Dessa forma, a CIDH foi contemplada com nova normatização, bem como a Corte foi criada no intuito de julgar os casos com problemas relacionados à satisfação das obrigações enumeradas na Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada na Costa Rica, é um órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos, criado pela Convenção. Importante função no desempenho de um estabelecimento de um sistema de controle do cumprimento, pelos Estados, de seus compromissos internacionais no campo dos direitos humanos.

⁹ Doravante “Corte”

A Corte, diferentemente da CIDH, não está enumerada como um dos órgãos do Sistema Interamericano, mas como um órgão que a Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, previu que pudessem ser criados. Assim, ela foi criada no ano de 1979, obtendo destaque no cenário internacional por suas decisões, realizadas mediante interpretações da Convenção devido ao seu caráter consultivo.

A aceitação de sua jurisdição não é pressuposta a partir da ratificação da Convenção. Assim, para que os Estados se submetam à jurisdição da Corte, precisam fazer uma *aceitação expressa* da jurisdição, limitando o espectro das decisões da Corte. Dessa forma, a aceitação de sua jurisdição não é automática o que, na opinião de Antonio Augusto Cançado Trindade, é um fato lamentável¹⁰.

Tal situação pode ser vislumbrada através do caso do Brasil, o qual ratificou a Convenção em 1992, entretanto, só se submeteu à jurisdição da Corte no ano de 1998, através do Decreto Legislativo de nº89/98.

A Corte é integrada por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA. Tais magistrados são eleitos entre juristas que possuem alta autoridade moral e capacidade reconhecida no Direito Internacional dos Direitos Humanos; eleitos por voto secreto dos Estados-Parte da Convenção, na Assembléia Geral da OEA, exercendo suas funções a título pessoal em mandatos de seis anos, sendo possibilitada uma única recondução (SOUZA, 2010, p.16).

A legitimidade para atuar perante a Corte pertence aos Estados e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Todavia, segundo Nádía de Araújo “nos últimos anos é cada vez mais freqüente o desejo dos indivíduos de participar de forma autônoma, o que vem aos poucos acontecendo, ao menos no que diz respeito à estipulação da reparação devida” (ARAÚJO, Nádía de, 2005, p.230). Uma das justificativas possíveis para tal tendência é o entendimento precípua do caráter protetivo dos direitos humanos como um todo.

A competência, prevista no art. 33 da Convenção, pode ser definida como natureza contenciosa e consultiva. Nos casos contenciosos, além das decisões de mérito, a Corte determinou medidas provisórias de proteção, em casos de extrema gravidade ou urgência, que foram adotadas sem prejuízo das decisões subseqüentes. Tais medidas

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado...v. III*, p. 51.

reforçam o caráter coercitivo da Corte. A função consultiva está prevista no art. 64 da Convenção, como se verifica no excerto:

Artigo 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Assim, tem legitimidade para requerer consultas não só os Estados-parte da Convenção, mas os demais Estados membros da OEA. Com isso, Estados que ainda não reconheceram a jurisdição da Corte, podem aproveitar das decisões em opiniões consultivas para esclarecer o conteúdo e o alcance do direito internacional atual, pois embora não sejam vinculantes para estes, ao declararem o direito internacional, possibilitam maior certeza jurídica no campo internacional.

A despeito de ser bastante criticada pela doutrina, há possibilidade de indicação de juízes *ad hoc* por parte do Estado réu, sendo tais juízes componentes do corpo decisório da Corte. O juiz *ad hoc*, não obstante a indicação estatal deve exercer suas funções imparcial e conscientemente, de modo a não atuar em prol do Estado, atuando de acordo com sua linha. O artigo 55 da Convenção estabelece tal possibilidade como se depreende do trecho abaixo:

Artigo 55

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer o caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-Partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*. 4. O juiz *ad hoc* deve reunir os requisitos indicados no art. 52.

O Pacto de San José tratou especificamente da regulamentação procedimental da Corte e, além disso, também apresenta grande amplitude na proteção dos Direitos Humanos, abordando uma série de direitos fundamentais. O pacto dispôs, ainda, tópicos referentes à interpretação, monitoramento e aplicação dos elementos jurídicos nele contidos.

2.3 Direitos albergados

A Convenção reconhece e assegura uma relação de direitos civis e políticos parecidos com os do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dessa forma, pode-se vislumbrar um capítulo que reúne 22 direitos substanciais desta natureza. Dentre eles, vale destacar: direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão, direito à liberdade pessoal, princípio da legalidade e retroatividade, liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento e expressão, direito de circulação e residência, igualdade perante a lei e direito das crianças (SOUZA, 2010, p.17).

Há, também, um capítulo destinado aos direitos sociais, econômicos e culturais, todavia, tal capítulo tem regulamentação débil, pois não enuncia de forma específica tais direitos. É que tais direitos são amparados apenas por uma norma programática, de enunciação extremamente genérica, dificultando uma tutela efetiva, como se vê a seguir:

Artigo 26

Os Estados-Parte comprometem-se adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Finalmente, através da adição do Protocolo de San Salvador, em 1988, a Convenção foi complementada no que concerne aos direitos sociais, econômicos e culturais. Houve uma ampla enumeração específica de tais direitos, inclusive, foram inseridas formas de supervisão como, por exemplo, o Comitê Interamericano para Assuntos Econômicos e Sociais e do Conselho Interamericano para a Educação, Ciência e Cultura (SOUZA, 2010, p.17).

A Convenção inovou na esfera dos direitos concernentes às garantias judiciais, à proteção judicial, à liberdade pessoal e ao direito de indenização. Assim, garantiu elementos que compõem a efetivação do Estado Democrático de Direito nas Américas através de garantias judiciais de acesso à justiça por meio de tribunais competentes, independentes e imparciais, que julguem em um prazo razoável, resguardando o direito a um defensor público proporcionado gratuitamente pelo Estado, além de observar os

direitos à presunção de inocência, ao contraditório, à livre inquirição de testemunhas, à vedação de autoincriminação, à publicidade do processo, à coisa julgada e ao duplo grau de jurisdição.

Para fins de oposição a arbitrariedades dos órgãos jurisdicionais, ainda determinou o Pacto de San José o direito à indenização em processos transitados em julgado quando houver erro judiciário ou violações a garantias processuais. Também ressaltou princípios basilares do Direito Penal como anterioridade da lei penal, taxatividade legal (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), irretroatividade da lei mais gravosa e retroatividade da norma mais favorável (DOTTI, 2005 *apud* SOUZA, 2010, p. 17).

Com o advento das Constituições nacionais, reconheceu-se proteção jurídica de alguns direitos anteriormente renegados pelos Estados, de maneira que o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado ou argüir frente a essas querelas particulares. Neste mesmo sentido, o indivíduo sujeito a violações de direitos dispõe tanto do acesso à justiça do Estado onde se encontre, como pode intervir junto à jurisdição internacional a qual se submete o Estado em questão (SOUZA, 2010, p.18).

O elenco destes direitos fundamentais se relaciona com os princípios gerais que regem a OEA, uma vez que se impõe como condições indispensáveis para a formação de sociedades democráticas, tornando-se, portanto, princípios inafastáveis dos Estados-membros da OEA. Pode-se depreender dos artigos 19, 20 e 21 da Carta Democrática Interamericana a importância dada à ordem democrática e constitucional sendo requisito de participação ativa da OEA, como se vê no trecho em destaque:

Artigo 19

Com base nos princípios da Carta da OEA, e sujeito às suas normas, e em concordância com a cláusula democrática contida na Declaração da Cidade de Québec, a ruptura da ordem democrática ou uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente a ordem democrática num Estado membro constitui, enquanto persista, um obstáculo insuperável à participação de seu governo nas sessões da Assembléia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das conferências especializadas, das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos estabelecidos na OEA.

Artigo 20

Caso num Estado membro ocorra uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente sua ordem democrática, qualquer Estado membro ou o Secretário-Geral poderá solicitar a convocação imediata do Conselho

Permanente para realizar uma avaliação coletiva da situação e adotar as decisões que julgar convenientes.

O Conselho Permanente, segundo a situação, poderá determinar a realização das gestões diplomáticas necessárias, incluindo os bons ofícios, para promover a normalização da institucionalidade democrática.

Se as gestões diplomáticas se revelarem infrutíferas ou a urgência da situação aconselhar, o Conselho Permanente convocará imediatamente um período extraordinário de sessões da Assembléia Geral para que esta adote as decisões que julgar apropriadas, incluindo gestões diplomáticas, em conformidade com a Carta da Organização, o Direito Internacional e as disposições desta Carta Democrática.

No processo, serão realizadas as gestões diplomáticas necessárias, incluindo os bons ofícios, para promover a normalização da institucionalidade democrática.

Artigo 21

Quando a Assembléia Geral, convocada para um período extraordinário de sessões, constatar que ocorreu a ruptura da ordem democrática num Estado membro e que as gestões diplomáticas tenham sido infrutíferas, em conformidade com a Carta da OEA tomará a decisão de suspender o referido Estado membro do exercício de seu direito de participação na OEA mediante o voto afirmativo de dois terços dos Estados membros. A suspensão entrará em vigor imediatamente.

O Estado membro que tiver sido objeto de suspensão deverá continuar observando o cumprimento de suas obrigações como membro da Organização, em particular em matéria de direitos humanos.

Adotada a decisão de suspender um governo, a Organização manterá suas gestões diplomáticas para o restabelecimento da democracia no Estado membro afetado.

Assim, uma vez ocorrida ruptura constitucional em um dos Estados-membros, este poderá ter suspensa sua participação na Organização, mediante deliberação da Assembléia Geral (SOUZA, 2010, p. 19).

2.4 Meios de Proteção

A CIDH constitui o órgão responsável, inicialmente, pela tutela dos Direitos humanos, uma vez que recebe e examina as denúncias feitas através de petições individuais. Vale ressaltar que tais petições podem ser redigidas pela própria vítima ou representante, sendo tal peticionário, obrigatoriamente, uma pessoa física ou entidade não governamental (CORREIA, 2008, p. 108-109). Os meios de proteção, em verdade, podem ser pertencentes ao subsistema da DADDH ou ao subsistema da Convenção, sendo, todavia, sempre instaurado perante a CIDH segundo estipulação do art. 44 da Convenção:

Artigo 44

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias [...].

O processo de petição individual é deflagrado pelo envio de uma denúncia endereçada à sede da Secretaria Executiva da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O primeiro procedimento, por parte da CIDH, é realizar uma análise da petição; tal análise recai sobre os requisitos genéricos de admissibilidade, previstos no art. 46 da Convenção:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44º ou 45º seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44º, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Nesta mesma ocasião, verifica-se se subsiste alguma das exceções a estes requisitos, elencadas no inciso subsequente.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e,
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Terminada a análise preliminar, nem a Comissão nem sua Secretaria podem ignorar ou negar-se a dar curso a uma petição que cumpra todos os requisitos de admissibilidade. Assim a abertura de um caso não constitui ato discricionário, sujeito ao arbítrio pessoal da secretaria.

Dessa forma, o rechaço liminar da petição é justificado apenas se não existir nenhum dos requisitos do art. 46 da Convenção, se os fatos relatados não violam os direitos tutelados, se a fundamentação petitória é claramente infundada, ou que a matéria já tenha sido decidida por outra instância internacional. Outra possibilidade é a solicitação de informações adicionais ao peticionário, bem como o prosseguimento do feito.

Assim, a próxima etapa refere-se a admissibilidade, onde será realizado o procedimento do contraditório. Notificando o Estado, e determinando a resposta em 90 dias, sendo esta resposta restrita às provas de verossimilhança das alegações. A Comissão elabora, então, um relatório em que define a admissibilidade da petição, seguindo agora o *caso* para a etapa de mérito.

Ao final, a CIDH se pronunciará sobre o mérito, condenando ou inocentando o Estado. A proposta da Corte é buscar uma solução amistosa, de comum acordo entre as partes, em que irá recomendar reparações e adoção de medidas pertinentes. Se não alcançada a solução, será redigido um informe para posterior comunicação à Secretaria da OEA para publicação no prazo de 180 dias, após os quais serão aplicados os arts. 50 e 51 da Convenção, os quais dispõem:

Artigo 50

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48.
2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.
3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51

1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Neste caso, há a elaboração de um relatório por parte da Comissão, apresentando os fatos e conclusões, o qual será encaminhado ao Estado denunciado, que terá um prazo de três meses para conferir cumprimento às recomendações (CORREIA, 2008, p.114). No caso de não haver o devido cumprimento, procede-se a etapa final no âmbito da Comissão: publicação do relatório, submetendo-o à Assembléia Geral da OEA ou pela decisão de remeter o caso à Corte, caso o Estado haja aceitado expressamente sua competência contenciosa.

Inicialmente, os petionários disporão de um prazo de dois meses perante a Corte para apresentar suas petições, argumentos e provas. Em seguida, disporá o Estado de quatro meses para intervir de modo semelhante, dando espaço, logo após, para as audiências. Durante a instrução, os magistrados podem demandar novos elementos probatórios e diligências pertinentes para auxiliar-lhes na formação do convencimento.

Dessa forma, o processo judicial será encerrado através da publicação de uma sentença, finalizando o processo com um julgamento de mérito sobre o caso, relatando os fatos e procedimentos, demonstrando os fundamentos e demandando as medidas a serem tomadas pelo governo interessado e, especialmente, as reparações às vítimas.

Vale ressaltar, ainda, de acordo com o art. 29 do Regulamento da Comissão a função cautelar da CIDH. Assim, por iniciativa própria ou por petição da parte, podem ser adotadas medidas cautelares para evitar que ocorram danos irreparáveis às pessoas, bem como a perda do objeto da petição de Direitos Humanos. Verificado o preenchimento dos requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a Comissão elaborará recomendações urgentes.

A abordagem das questões estruturais e funcionais do Sistema Interamericano não constitui o cerne do presente trabalho, razão pela qual não será aprofundado o tema em

questão, sendo devidamente retomado quando da análise do caso sob investigação Kimel vs. Argentina em capítulo posterior.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CORTE INTERAMERICANA

O presente capítulo trata da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de liberdade de expressão. Assim, após uma breve abordagem acerca da estrutura, organização e procedimentos do Sistema Interamericano far-se-à, no momento, um breve histórico, destacando sinteticamente o avanço no que tange ao volume dos casos que são remetidos à Corte, versando sobre liberdade de expressão.

3.1 Opiniões Consultivas e Liberdade de Expressão

É extremamente importante, inicialmente, abordar o conceito, bem como a funcionalidade das Opiniões Consultivas. Estas esclarecem a correta interpretação da Convenção e precisam ser respeitadas no ato da aplicação da Convenção no ordenamento jurídico nacional. Assim, uma das funções da Corte, citada no capítulo anterior, constitui a sua **função consultiva**.

A consulta trata da interpretação da Convenção Americana ou de questões concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Ademais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode formular consultas. A Corte já emitiu dezoito pareceres em opiniões consultivas. Na OC n°1, por exemplo, ressaltou a especificidade dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos e o alcance de sua faculdade (ARAÚJO; Nádia de, 2005, p.233).

Gradualmente, a Corte construiu sólida jurisprudência sobre o seu papel nesta função, explicitando mais claramente os princípios dos tratados, muitas vezes excessivamente genéricos, ao caracterizar o conteúdo dos artigos da Convenção Americana. Ao emitir tais opiniões, firmou-se o entendimento da Corte sobre os direitos humanos no continente americano, impedindo a existência de interpretações unilaterais dos Estados, muitas vezes tendentes a esvaziar o sentido da norma de proteção posta.

Além disso, impede o desvirtuamento de sua competência consultiva ao estabelecer que seriam inadmissíveis os pedidos com vistas a diminuir direitos de vítimas

de violações, já em curso na Comissão. Os pareceres consultivos são de dois tipos: de controle da interpretação das normas americanas de direitos humanos, nos quais se fixa a orientação da Corte para os operadores internos do Direito, e os de controle de leis ou projetos, relacionados às disposições da Convenção Americana, em que se analisa sobre a incompatibilidade entre os primeiros e a Convenção.

3.2 Opinião Consultiva N°5

Cabe neste tópico mencionar o papel da Opinião Consultiva-5¹¹, de forma mais pormenorizada, bem como seus principais desdobramentos para o direito brasileiro. Assim, pretende-se traçar um estudo comparado entre direito interno e direito internacional, ressaltando a importância da Corte através de sua função consultiva.

Destaca-se, entre os pareceres da Corte, a OC n.º5, pelo fato de ter constituído, até o início do presente século, o único posicionamento emanado pela Corte com referência ao Art. 13 da Convenção, sendo tal artigo responsável por enunciar o direito à liberdade de expressão, como se observa:

Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias 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 idéias 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.

¹¹ Doravante OC-5

5. A lei deve proibir toda a 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.

A OC. N. 5 foi proposta pela Costa Rica para discutir sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana, que tratam da liberdade de expressão, verificando a existência ou não de compatibilidade com a lei costariquenha que exigia a filiação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas, que era uma disposição de sua lei interna. O parecer foi solicitado com base nos artigos 64(1) e 64(2) da Convenção Americana (RAMOS, 2001 *apud* ARAÚJO, 2005, p. 233).

No parecer, a Corte esclareceu que a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, consubstanciado no art. 13, não era apenas um direito individual de cada um de expressar-se, mas também incluía o direito da coletividade de receber informações. Desta forma, não só era proibido impedir que alguém se expressasse como também se deverá garantir que a coletividade receberá todas as informações possíveis, sem qualquer restrição (ARAÚJO; Nádia de, 2005, p.234)¹².

Dessa forma, reconheceu haver limites à liberdade, para evitar abusos, mas restrições à comunicação contrárias à democracia, à liberdade individual e à justiça social deveriam ser consideradas como incompatíveis com a Convenção Americana. Todavia, no caso concreto, analisando os argumentos a favor da filiação obrigatória dos jornalistas ao Conselho Profissional e ainda o requisito de que estes tivessem concluído o curso específico de jornalismo, a Corte entendeu que as restrições impostas pela Costa Rica eram incompatíveis com a proteção da Convenção Americana a ambas as questões.

A influência dessa decisão para o direito brasileiro foi percebida prontamente pelo Ministério Público Federal, pois havia legislação interna que obrigava a inscrição no Ministério do Trabalho daqueles que queriam exercer, regularmente a profissão de jornalista, até então, exclusiva a que possuíssem diploma específico da profissão.

Assim, através de iniciativa do Ministério Público Federal da 3a. Região (São Paulo) foi proposta uma ação civil pública, a qual em primeira instância, foi julgada procedente. Na ação, o Ministério Público argüiu que a exigência do diploma para jornalistas significava uma restrição de acesso à carreira.

¹² Ver ARAÚJO, Nadia de. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005

Para o autor da ação, o Dec. 972/69, que continha o requisito, não poderia ser considerado como recepcionado pela Constituição de 1988 por ser incompatível com os direitos de liberdade de expressão, de acesso à informação e de livre exercício da profissão (ARAÚJO; NÁDIA de, 2005, p.236).

A limitação à liberdade ao exercício profissional só poderia ser requisito para certas atividades cujas especificidades assim o requeressem, como os médicos, o que não era o caso dos jornalistas. Além disso, foi salientado na ação, que o citado decreto violava frontalmente o artigo 13 da Convenção Americana. Tendo o Brasil aderido à Convenção e reconhecido a jurisdição da Corte, desde 1998, também deveria respeitar a decisão tomada em caso análogo (OC n. 5), que já derrubara legislação do mesmo teor da Costa Rica. Nesses termos, o Dec. 972/69 não poderia estar vigente, por contrariar não só a Constituição Federal como a Convenção Americana.

Os autos foram então remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão do reexame necessário e dos recursos de apelação da União, da Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ, do Sindicato Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à remessa oficial e aos recursos da União, da FENAJ e do Sindicato dos Jornalistas e reformou a sentença. Contra esse acórdão do TRF-3ª Região, o Ministério Público Federal e o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP interpuseram recursos extraordinários.

A medida cautelar, concedida pela 2ª Turma desta Corte na AC nº 1.406/SP, para conferir efeito suspensivo ao presente recurso extraordinário, **assegurou o exercício do jornalismo por profissionais destituídos de diploma**. O Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, afirmou:

“Parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art.5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões¹³.

Sobre a compatibilidade entre as restrições estabelecidas e o *princípio da Proporcionalidade*, o ministro do STF Gilmar Mendes teceu algumas considerações em seu voto explicitando que o ponto crucial é o fato de o jornalismo ser profissão

¹³ Ver REEx 511961, p. 47

diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação.

Ainda segundo seu voto, isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

Dessa forma, o relator afirma categoricamente que **“em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão respectivo exercício profissional”** (MENDES, Gilmar, REEx 511961, p. 66).

Ademais, o relator exposou o entendimento de que a exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão, estabelecido Decreto-Lei nº 911/1969, tinha finalidade de afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar. Vale salientar que o voto foi embasado, ainda, com a exposição da interpretação que tem sido acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já se pronunciou sobre questão idêntica: o caso *“La colegiación obligatoria de periodistas”*

Ao final, ficou consignado que não só o Decreto-Lei nº 911/1969, mas também este Decreto-Lei nº 972/1969 não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto do atual Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Sinteticamente, a OC-5 estabeleceu no ano de 1985, critérios gerais (padrão democrático, dupla dimensão da liberdade de expressão, limitação das responsabilidades ulteriores, etc.). Decorridos quinze anos, tais paradigmas enunciados foram importantes para solucionar casos em que eram tratadas questões vinculadas à censura prévia, meios

indiretos de ameaça à liberdade de expressão, sanções penais em casos de calúnias, injúrias e desacato, e o acesso à informação pública¹⁴.

Temas atrelados a estas questões, a Corte já deu delineamentos concretos sobre a sua análise à luz do artigo 13 da Convenção. Todavia, vislumbra-se que os problemas para o exercício da liberdade de expressão na América Latina ultrapassam a discussão dessas questões.

Pode-se mencionar uma relação de questões que frequentemente são citados como violações à liberdade de expressão em nossa região: o uso arbitrário, e às vezes discriminatório, da publicidade oficial por parte dos governos; a distribuição arbitrária de frequências radioelétricas para instalar estações de rádio ou televisão; a problemática, vinculada com a anterior, da concentração da propriedade dos meios de comunicação; a proibição ou criminalização do protesto social; a publicidade de pesquisas eleitorais em tempos de campanha; e a imposição de condenações civis pecuniárias como consequência de certas expressões.

Até o momento, a Corte não resolveu casos específicos sobre essas questões. O avanço da jurisprudência no sistema interamericano estará confirmado nos próximos anos quando estas questões começarem a serem debatidas e seja a Corte a que estabeleça os conteúdos do artigo 13. Porém, para que isso aconteça, todos os atores do sistema interamericano de proteção de direitos humanos deverão atuar em concordância para que as questões levadas à Corte não só repitam situações como as que já foram resolvidas, mas também coloquem em debate outras diferentes como as mencionadas aqui.

Dessa forma, aqueles que procuravam entender o conteúdo do supracitado artigo, viam-se obrigados a consulta da OC-5. Somente em 2001 a Corte começou a decidir sobre “casos”, isto é, reclamações de vítimas concretas que consideravam vulnerados os seus direitos a se expressarem livremente. Assim, mesmo distante do volume de casos analisados pela Corte Européia, cumpre ressaltar, em primeiro plano, o considerável avanço promovido pela Corte no que diz respeito a construir uma jurisprudência em matéria de liberdade de expressão no atual século. (Asociación por los Derechos Civiles, A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte).

¹⁴ Ver Documento elaborado pela equipe de trabalho do Programa sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da Associação pelos Direitos Cívicos (ADC). Contato: Fernando Basch (fbasch@adc.org.ar).

No ano de 2001 a Corte tratou dois casos: Olmedo vs. Chole e Ivcher Bronstein vs Peru; em 2004, outros dois casos foram abordados: Herrera Ulloa vs. Costa Rica e Canese vs Paraguai. Os casos Palamara vs. Chile, Claude Reyes vs. Chile e Kimel vs. Argentina foram tratados nos anos de 2005, 2006 e 2008, respectivamente. Assim, o número de casos específicos sobre liberdade de expressão resolvidos chega a um total de sete¹⁵.

Vale salientar que, a resolução de tais casos não exaure todos os prismas de interpretação advindos do Art. 13 da Convenção, pois ainda restam muitas situações que, possivelmente, serão deflagradas nos próximos anos perante a Corte, órgão autorizado a realizar tal interpretação como já visto anteriormente. Pode-se destacar como parâmetro interpretativo do Art. 13 da Convenção estabelecido pela Corte através da OC-5 o destaque de dois pilares, denominados: Padrão Democrático e Padrão das Duas dimensões.

O “padrão democrático” constitui alicerce basilar para a interpretação do conteúdo do direito à liberdade de expressão. A ligação com a democracia traz um prisma de observação fundamental já que implica que a liberdade de expressão trata-se de um direito humano que, caso seja vilipendiado, coloca em perigo a vigência de todos os outros valores e princípios intrínsecos em uma sociedade democrática (Asociación por los Derechos Civiles, A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte).

Dessa forma, a proteção do direito a expressar as idéias de forma livre é fundamental para a plena vigência dos outros direitos humanos, conferindo ao direito supracitado um caráter viabilizador de outros direitos. Na ausência de liberdade de expressão e informação não há uma democracia plena, e sem democracia, a história hemisférica se notabilizou por colocar em risco desde o direito à vida até o direito a propriedade no passado.

O “padrão das duas dimensões” propugna que o conteúdo da liberdade de expressão deva ser vislumbrado através de um duplo prisma interpretativo. Dessa forma, tal direito não deve ser vinculado apenas com o aspecto individual do direito, mas também esteja intimamente relacionado a uma dimensão coletiva (Asociación por los Derechos Civiles, A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte). Isto surge claramente da OC-5 como se observa a partir do trecho abaixo:

¹⁵ Casos em que a violação da liberdade de expressão é o centro da análise.

“O artigo 13 assinala que a liberdade de pensamento e expressão ‘compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza [...]’. Esses termos estabelecem literalmente que aqueles que estão sob a proteção da Convenção têm não só o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole. Portanto, quando é restringida ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não só está sendo violado o direito desse indivíduo, mas também o direito de todos a ‘receber’ informações e idéias. Logo, o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais. Desse modo, manifestam-se as duas dimensões da liberdade de expressão. Esta requer, de um lado, que ninguém seja arbitrariamente menoscabado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e, conseqüentemente, representa um direito de cada indivíduo; mas também implica de outro lado, um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio.”

A doutrina, semelhante modo, destaca o caráter dual do direito à liberdade de expressão à medida que é classificado como direito fundamental. Assim, segundo Farias (2004, p. 30), “o caráter dual dos direitos fundamentais diz respeito à dupla natureza ou função dos mesmos. Isso significa que, além da função subjetiva de proteger a pessoa humana nas relações representadas por posições ou *status* jurídicos, os direitos fundamentais possuem uma função objetiva: constituem um valor objetivo para a comunidade, sendo componente estruturante de uma democracia”.

3.3 Casos julgados pela Corte

O primeiro caso deslindado pela Corte foi entre Olmedo Bustos e Chile, o qual foi julgado após quinze anos do pronunciamento da OC-5. A doutrina¹⁶, em geral, faz menção a tal caso, destacando, principalmente, dois pontos inovadores: o profundo esclarecimento da Corte sobre a proibição da censura prévia e a determinação, por parte da Corte, de que uma violação da liberdade pode vir de qualquer dos poderes do Estado, inclusive do Poder Judiciário. Destaca-se a seguir trecho do julgamento da Corte relacionado ao segundo ponto destacado:

“Esta Corte entende que a responsabilidade internacional do Estado pode ser provocada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão desse poder, independentemente da sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. Isto é, todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado. No caso em questão, essa responsabilidade se originou em virtude de que o artigo 19, número 12 da Constituição, estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”.

¹⁶ Asociación por los Derechos Civiles

Verifica-se, não só no deslinde do supracitado caso, que a Corte reafirma pressupostos estabelecidos pela OC-5. Todavia, nos julgamentos costuma estabelecer parâmetros inovadores a exemplo da referência que faz à censura prévia no caso *Olmedo Bustos vs. Chile*. Assim, em tal caso, a Corte estabelece, em tese, a proibição da censura prévia em absoluto, ao estatuir que, à exceção da censura no caso dos espetáculos públicos, todas as outras modalidades de censura prévia constituem menoscabo da liberdade de pensamento e expressão.

Dessa forma, por meio de tal julgamento, consegue-se vislumbrar claramente o entendimento de que, para a Corte, é preferível corrigir, nos casos concretos, erros gerados pelo exacerbamento da liberdade de expressão que propriamente pela sua intimidação.

O segundo caso decidido pela Corte, protagonizado por *Ivcher Bronstein vs. Peru*, teve como principal tema em pauta a questão relacionada aos meios indiretos de violação da liberdade de expressão. Tal caso ficou notabilizado por contribuir para a determinação da importância, do conteúdo e da maneira de identificar tais meios indiretos.

No caso, colocou-se em ponderação dois valores em confronto a fim de determinar limites aplicáveis ao direito à liberdade de expressão. Dessa forma, destaca-se o dispositivo constante da Convenção, o qual estatui a proibição da limitação da liberdade de expressão por meios indiretos em confronto com a necessária limitação que deve ser feita ao direito à liberdade de expressão. Tal restrição é citada pela doutrina¹⁷ como *limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato do direito fundamental*.

No caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, a Corte decidiu seguir as orientações gerais estabelecidas pela OC-5 e, estatuiu algumas diretrizes a fim de auxiliar no sopesamento de valores acima descritos. Assim foi decidido que: “*ao avaliar uma suposta restrição ou limitação à liberdade de expressão, o Tribunal não deve se sujeitar unicamente ao estudo do ato em questão, mas deve igualmente examinar esse ato à luz dos fatos do caso em sua totalidade, incluindo as circunstâncias e o contexto em que os mesmos se apresentaram*”¹⁸.

¹⁷ O autor que aborda tal conceito é Farias (2004).

¹⁸ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, parágrafo 154.

No ano de 2004 dois casos foram solucionados pela Corte, a saber, os casos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica e Canese vs. Paraguai. Ambos tratam do tema responsabilidade ulterior. Tais responsabilidades constituem decorrência de processos penais em virtude de delitos de difamação criminal, por exemplo.

O estudo dos casos enunciados remete à conclusão de que a Corte entendeu que as sentenças condenatórias e os processos penais tinham violado a liberdade de expressão das vítimas. A decisão nestes casos se motiva em critérios extraídos da jurisprudência da Corte Européia que já tinham sido anunciados na OC-5.

Assim, a Corte pensa, essencialmente, que a possibilidade de impor responsabilidades ulteriores é admissível desde que a imposição seja “necessária em uma sociedade democrática”, e que:

“[...] a ‘necessidade’ e, portanto, a legalidade das restrições a liberdade de expressão, fundadas sobre o artigo 13.2 dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções para alcançar esse objetivo deve ser escolhida aquela que restrinja em menor grau o direito protegido. Dado este padrão, não basta com demonstrar, por exemplo, que a Lei cumpre um propósito útil ou oportuno; para serem compatíveis com a Convenção, as restrições devem ser justificadas segundo objetivos coletivos que, pela sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que artigo 13 garante e não limitem mais do que o estritamente necessário o direito proclamado no artigo 13. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve se ajustar estreitamente a efetivação desse objetivo legítimo.” (Asociación por los Derechos Civiles, A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte).

Outra diretriz importante delineada nos casos que abordam a questão da responsabilidade ulterior refere-se à questão de utilização de novos padrões paradigmáticos de valoração no caso de as expressões consideradas lesivas serem direcionadas a pessoas que exercem, em geral, funções de natureza pública. O entendimento é motivado pela Corte no sentido de que, tais pessoas, devem submeter-se a uma margem de abertura para debate no que concerne aos assuntos de interesse público, sendo tal mecanismo considerado pela Corte como essencial para o funcionamento de um sistema democrático; tal diretriz foi estabelecida no caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.¹⁹

A valoração que realizou a Corte quanto ao processo penal e à sentença contra Canese no caso decidido no mesmo ano, entendendo que tinha sido violada a sua liberdade de expressão, veio reforçar e consolidar a jurisprudência que começara no caso “Herrera

¹⁹ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa, parágrafos 128 e 129

Ulloa”. Inclusive, a frase utilizada no caso Canese foi bastante semelhante ao caso “Herrera Ulloa” como percebe-se a seguir:

“Em se tratando de funcionários públicos, de pessoas que exercem funções de natureza pública e de políticos, deve-se aplicar um limiar diferente de proteção, o qual não se baseia na qualidade do sujeito, mas no caráter de interesse público que envolve as atividades ou atos de uma pessoa determinada”.

Estas duas sentenças da Corte começaram a delinear, tanto no caso *Herrera Ulloa*, através do voto concorrente do então Presidente Sergio Garcia Ramirez, como no caso *Canese*, o argumento que coloca em dúvida a utilização do direito penal para impor responsabilidades ulteriores a expressões que pudessem afetar a honra de funcionários públicos.

No caso *Herrera Ulloa*, García Ramirez expressou que: “[...] se é necessário e conveniente, para a adequada solução de fundo do problema (...) recorrer à solução penal, ou basta com prever responsabilidades de outra ordem e colocar em movimento ações jurídicas de diferente natureza: administrativas e civis, por exemplo, [...]”. Estes casos trataram da aplicação de delitos contra a honra (calúnias e injúrias).

O caso *Claude Reyes vs. Chile* forneceu contribuição histórica ao incluir especialmente o direito ao acesso à informação dentro do catálogo de direitos da Convenção. A determinação está atrelada ao caráter objetivo do direito à livre expressão, sendo, então, positivada a importância para a comunidade do direito ao acesso à informação. A Corte expressou que:

“o artigo 13 da Convenção, ao estabelecer expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações”, protege o direito que tem toda pessoa de solicitar o acesso à informação sob controle do Estado, com as exceções permitidas sob o regime de restrições da Convenção. Conseqüentemente, esse artigo ampara o direito das pessoas de receber essa informação e a obrigação positiva do Estado de provê-la, de forma tal que a pessoa possa ter acesso ao conhecimento dessa informação ou receba uma resposta fundamentada quando, por algum motivo permitido pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso à informação para o caso concreto”.

O último caso decidido pela Corte sobre liberdade de expressão é conhecido como o caso *Kimel vs. Argentina*; tal caso foi julgado no ano de 2008. Neste caso, a sentença penal que foi proferida contra um jornalista foi considerada inválida, e tal sentença, similar as outras sentenças sobre responsabilidade ulterior, foi ditada em consequência de expressões pelas quais um funcionário público que se sentiu afetado. Tal caso será abordado mais pormenorizadamente no capítulo subsequente.

A supracitada discussão, a respeito da compatibilidade entre a Convenção e certos delitos, não aparece no caso Palamara vs. Chile, em que a Corte claramente tende à necessidade da derrogação dos delitos de desacato. Após argumentar na linha do caso Herrera Ulloa e Canese, a Corte esclarece no parágrafo 95 que *"ao ter incluído no seu ordenamento interno normas sobre desacato contrárias ao artigo 13 da Convenção, algumas ainda vigentes, o Chile descumpriu a obrigação geral de adotar disposições de direito interno que surgem do artigo dois da Convenção"*.

4 CASO KIMEL VS. ARGENTINA

4.1 Violação

No presente caso pode-se vislumbrar como partes o senhor Kimel, o qual peticionou junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em face da violação operada pelo estado argentino. Tal denúncia contou com a representação do Centro de Estudos Legislativos e Sociais (CELS) e, conjuntamente, a representação do Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL). A suposta violação apontada pela denúncia versa sobre os artigos 13, 8.1, 8.2.h e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O caso Kimel vs. Argentina aborda a história do conhecido jornalista, escritor e historiador formado pela Universidade de Buenos Aires, chamado Eduardo Kimel. Ele publicou vários livros, dentre eles, em novembro de 1989, publicou um livro intitulado “La masacre de San Patricio”. Há no livro uma investigação sobre o assassinato de cinco religiosos ocorrido na Argentina em 4 de julho de 1976, durante a ditadura militar.

Na análise realizada, o escritor tecia críticas às autoridades incumbidas da investigação do massacre, especialmente em relação à decisão de um juiz federal, datada de 7 de outubro de 1977. Assim, o senhor Kimel relatou em seu livro que vários pontos importantes para elucidação do massacre não foram considerados corretamente.

O juiz referido no livro do senhor Kimel ajuizou em 28 de outubro de 1991 uma ação penal contra o escritor em virtude de tal imputação desonrosa, classificando-a como delito de calúnia e, posteriormente, requereu a condenação por injúria, caso não se enquadrasse no delito de calúnia. A justiça criminal argentina julgou em primeira instância o jornalista no ano de 1995, entendendo que o mesmo incorreu no crime de injúria por faltar para o enquadramento de calúnia o dolo essencial e a imputação concreta.

Assim, a justiça argentina entendeu que ocorreu um excesso por parte de Kimel, caracterizando um ataque a honra subjetiva do magistrado. A sentença o condenou à pena de um ano de prisão, bem como o pagamento de vinte mil pesos argentinos à nível de indenização pelos danos causados ao magistrado.

Tal sentença foi apelada, sendo, posteriormente, em 19 de novembro de 1996, revogada pela Câmara Nacional de Apelação Argentina. Dessa forma, o tribunal de apelação considerou o trabalho de Kimel apenas uma breve crítica histórica, destituída até de dolo genérico que ensejasse qualquer tipo de condenação.

O querelante recorreu a Corte Suprema Argentina, a qual revogou a decisão do Tribunal e remeteu á mesma para dar nova sentença. E em 17 de março de 1999, o Tribunal de Apelação seguindo as diretrizes da Corte Suprema Argentina, condenou o senhor Kimel pelo delito de calúnia e manteve as penas de primeira instância. Posteriormente, o senhor Kimel interpôs um recurso extraordinário, o qual foi declarado improcedente.

4.2 Reclamação

A demanda foi apresentada pelas representantes citadas perante a CIDH em dezembro de 2000, após a análise realizada pela CIDH sobre a viabilidade da petição redigida. E em fevereiro de 2004 aprovou-se um informe, declarando, primeiramente, a admissibilidade da supracitada petição. Posteriormente, em outubro de 2006, a CIDH aprovou outro informe, nos termos do art. 50 da Convenção, no qual realizava recomendações ao estado argentino, que foi regularmente notificado em novembro de 2006.

A Comissão, seguindo os trâmites prescritos na Convenção, ao verificar o não cumprimento das recomendações, decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte em abril de 2007. Dessa forma, após a notificação das partes, o presidente da Corte ordenou o recebimento das observações das partes e convocou uma audiência pública com as partes e a CIDH.

Ademais, em 23 de junho de 2007, os representantes da vítima apresentaram o seu documento de argumentos e provas nos termos do art. 23 do Regulamento da Corte, alegando violação por parte do Estado, em síntese, do direito de que os indivíduos gozam de se manifestar em público por meio da imprensa e o livre debate de assuntos públicos, ao utilizar tipos penais meio para criminalizar condutas.

O estado argentino, por sua vez, em agosto de 2007, apresentou o seu escrito de contestação, no qual assumiu sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos 8 e 13 da Convenção, expressando claramente a intenção reparadora em relação aos danos causados ao senhor Eduardo Gabriel Kimel em concordância com o entendimento esposado pela CIDH. Em 9 outubro de 2007 os representantes do senhor Kimel informaram um acordo de solução amistosa iniciado com o Estado, desistindo, assim, da reclamação feita por violação dos artigos 8.2.h, 8.1, 25.

A audiência pública foi realizada em 18 de outubro de 2007, na cidade de Bogotá-Colômbia, tendo as partes apresentado uma ata de acordo mediante a qual o Estado ratificava sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos da Convenção e, os representantes, a retirada da reclamação. A Corte, em novembro de 2007, solicitou às partes a apresentação das alegações finais e, juntamente, com o escrito, colacionassem provas.

Posteriormente, foram enviadas as alegações finais das partes e da Comissão; interessante salientar um incidente levantado pelo estado argentino acerca do questionamento da extemporaneidade de alguns documentos da Associação pelos Direitos Civis. A Corte, respondendo ao questionamento, decidiu que não há que se falar em extemporaneidade no caso de *amicus curiae*, podendo, estes, apresentarem documentos até o momento da sentença.

Tal decisão se motiva devido à importância dos *amicus curiae* para a Corte no aspecto de fornecer argumentos úteis a uma ampla ponderação a ser feita no caso concreto, contribuindo, assim, para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, segundo a Corte.

Outro ponto interessante a ser ressaltado, foi a observação da Corte, em referência ao artigo 55 de seu Regulamento. Assim, a Corte destacou que a ocorrência de solução amistosa não a vincula, podendo decidir prosseguir com o exame do caso com ampla autonomia.

Tal ocorre devido ao fato de os direitos humanos constituírem questão de ordem pública internacional, transcendendo, até mesmo, a vontade das partes. Dessa forma, a Corte entendeu, contudo, ser necessária a prolatação de uma sentença a fim de

destacar os fatos e elementos relevantes, as conseqüências correspondentes, e a reparação ao senhor Kimel, com vistas a inibir a ocorrência de fatos similares.

4.1.3 Sentença

A CIDH decidiu pelo reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado, manifestando na sentença a violação do direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 13.1 e 13.2 da Convenção e decidiu semelhante forma, pelo reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado, declarando na sentença a violação ao direito de ser ouvido dentro de um prazo razoável, disposto no artigo 8.1 da Convenção.

Ademais, considerou violado o princípio da legalidade, estatuído no artigo 9 da Convenção e aceitou a retirada das alegações dos representantes da vítima, relativas ao direito de ser ouvido por um juiz imparcial, contemplado no artigo 8.1 da Convenção e ao direito a proteção judicial, estipulado no artigo 25 da Convenção.

Baseada no artigo 63.1 da Convenção, a CIDH determinou as reparações correspondentes aos danos produzidos. Estipulou a indenização de dez mil dólares, a título de danos materiais, especialmente, lucros cessantes em virtude das propostas profissionais frustradas pela violação estatal. Os danos morais, decorrentes do sofrimento ocasionado pela violação à vítima foram estipulados em vinte mil dólares de indenização à vítima.

Destaca-se, também, as medidas de natureza não pecuniária, dirigidas ao Estado, como: a determinação que a condenação penal imposta ao senhor Kimel fique sem efeito, inclusive, com a eliminação do nome dos cadastros de antecedentes criminais; a publicação da sentença em questão; ato público de reconhecimento de sua responsabilidade.

Entretanto, a medida que, indubitavelmente, ganhou destaque foi a determinação para que, em um prazo razoável, o Estado adequasse seu direito interno à Convenção. Assim, tal medida visou a evitar que as imprecisões da legislação penal argentina não afetassem o exercício do direito à liberdade de expressão, pressuposto imanente às sociedades democráticas.

O caso tem extrema importância para a efetivação dos direitos humanos à medida que oportuniza uma nova leitura sobre conflitos de direitos fundamentais, especialmente, no tocante à conseqüente utilização da via penal como meio de reparação dos ilícitos relacionados à liberdade de expressão.

Assim, a Corte, em sua sentença, proporcionou a devida reparação ao senhor Kimel, reafirmando alguns parâmetros estabelecidos no caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Pode-se citar como exemplo: ampliação dos limites aceitáveis a críticas e à exposição pública em relação a pessoas que ocupam cargos de natureza pública; estabelecimento de parâmetros a serem obedecidos a fim de alcançar a regular responsabilização pela via penal.

Ademais, pode-se exemplificar a determinação, através da sentença Corte, da mudança legislativa no ordenamento penal argentino como importante inovação jurisprudencial no campo dos direitos humanos internacionais. Tal medida objetivou eliminar a incerteza e imprecisão dos tipos penais argentinos, especificamente, os tipos penais de calúnia e injúria, considerados atentatórios do regime democrático.

Dessa forma, há profundas semelhanças não só relacionadas aos fatos dos casos, mas, também, aos efeitos determinados pelas sentenças dos casos Herrera Ulloa vs Costa Rica e Kimel vs Argentina. Porém, a determinação de mudança legislativa ocorrida no caso Kimel, indubitavelmente, é apontada como maior contribuição do caso para a jurisprudência da Corte.

Importante, neste tópico, colacionar trecho de Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da supervisão do cumprimento da sentença do caso supracitado²⁰:

**RESOLUCIÓN DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
DE 18 DE MAYO DE 2010
CASO KIMEL VS. ARGENTINA
SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA
POR TANTO:**

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana

²⁰ Ver “Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso Kimel VS. Argentina”

sobre Derechos Humanos, 25.1 y 30 del Estatuto y 31 y 69 de su Reglamento⁹,

DECLARA QUE:

1. De conformidad con lo señalado en los Considerandos 11, 19, 23 y 35 de la presente Resolución, el Estado ha dado cumplimiento total a las siguientes obligaciones:

a) realizar los pagos de las cantidades establecidas en la Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos (*punto resolutivo sexto de la Sentencia*);

b) eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso (*punto resolutivo octavo de la Sentencia*);

⁷ *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C. No. 177, párr. 128 y punto resolutivo undécimo.

⁸ *Caso Kimel Vs. Argentina, supra* nota 7, párr. 18.

⁹ Reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

c) realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 125 de la Sentencia (*punto resolutivo noveno de la Sentencia*), y

d) adecuar su derecho interno a la Convención Americana, de tal forma que se corrijan las imprecisiones reconocidas por el Estado para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (*punto resolutivo undécimo de la Sentencia*).

2. Mantendrá abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento de los puntos pendientes de acatamiento en el presente caso, de conformidad con lo señalado en los Considerandos 15 y 29, a saber:

a) dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven (*punto resolutivo séptimo de la Sentencia*), y

b) realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad (*punto resolutivo décimo de la Sentencia*).

Y RESUELVE:

1. Requerir al Estado que adopte a la brevedad todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento que fueron ordenados por el Tribunal en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de mayo de 2008, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Solicitar al Estado que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 18 de agosto de 2010, un informe detallado y exhaustivo en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento de conformidad con lo señalado en el punto declarativo segundo de esta Resolución.

3. Solicitar a los representantes de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción de dicho informe.

4. Continuar supervisando los puntos pendientes de cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de mayo de 2008.

5. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima.

Dessa forma, vislumbra-se na resolução o cumprimento parcial da sentença por parte do estado Argentino. Observam-se pontos da sentença que não foram obedecidos, outros pontos que foram obedecidos, mas de forma diversa dos termos da sentença e outros pontos que foram fielmente obedecidos.

O estado deu total cumprimento à condenação nos danos materiais, morais e perdas e danos sofridos pelo senhor Kimel; além disso, cumpriu com o ponto da sentença que determinava a retirada do nome do denunciante dos registros públicos que o apontasse com antecedentes criminais e realizou a adequação do direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos a fim de eliminar as imprecisões legislativas, proporcionando uma maior segurança jurídica e uma maior efetividade o direito à liberdade de expressão.

A Corte resolveu, ainda, manter em aberto o procedimento de supervisão em relação aos pontos da sentença não cumpridos pelo estado argentino. Portanto, quanto ao ato público de reconhecimento da responsabilidade estatal e quanto à eliminação dos efeitos penais da condenação penal imposta o estado continua sob supervisão da Corte.

4.2 Análise Crítica: Kimel x Herrera Ulloa

No presente tópico far-se-à uma análise comparativa entre os casos Kimel vs Argentina e Herrera Ulloa vs Costa Rica, ambos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal estudo mostra-se pertinente devido a semelhanças encontradas entre os casos, permitindo verificar algumas posições assumidas pela Corte, por exemplo, a viabilidade utilização da via penal como meio de responsabilidade ulterior às infrações relacionadas à liberdade de expressão.

Ambos constituem denúncias relacionadas ao delineamento dos limites do exercício regular do direito à liberdade de expressão, especialmente no caso de opiniões direcionadas a pessoas que desempenham um cargo público ou cargo que possua atribuições diretamente relacionadas aos interesses públicos.

A utilização de novos paradigmas no que tange aos limites do direito à liberdade de expressão, quando trata de opiniões relacionadas a pessoas que desempenham funções públicas ou tenham atribuições relacionadas ao interesse público também é semelhança entre os dois casos apontados.

Os denunciantes foram condenados não só na esfera civil, mas, também, foram condenados na esfera penal por delito relacionado à honra, como difamação e calúnia. A

temática relacionada à utilização da via penal, como forma de responsabilidade ulterior, comporta duas posições na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A posição majoritária, adotada no julgamento dos dois casos, afirma a possibilidade de utilização da via penal como meio de responsabilidade ulterior às infrações relacionadas ao exarcebamento do exercício da liberdade de expressão. Adota como critérios de definição das responsabilidades ulteriores os princípios norteadores da proporcionalidade e razoabilidade.

A posição minoritária, representada pelo voto concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez, é pacífica em relação à adoção dos princípios norteadores, entretanto, considera a utilização da via penal desproporcional e não razoável para punir tais condutas. Ele entende que há outras formas menos restritivas e mais adequadas para responsabilizar tais condutas, apoiando seu argumento no princípio do direito penal mínimo.

No caso Herrera Ulloa vs Costa Rica pode-se vislumbrar que, no âmbito da Comissão, não se chegou a uma solução amistosa, diferentemente do caso Kimel vs Argentina, o qual houve solução amistosa e reconhecimento, por parte do Estado, de violações.

A denúncia feita no caso Kimel traz, ainda, um aspecto específico, ensejando posicionamentos inéditos por parte da Corte. Vislumbra-se, assim, **grave imprecisão legislativa** ao definir os crimes de calúnia e injúria.

Dessa forma, o caso Kimel contribuiu historicamente à medida que, a consequência maior não constituiu tão somente a maior prudência na aplicação das responsabilidades ulteriores. A Corte, no caso em questão, foi além, pois, ao considerar que a tipificação penal destes delitos era pouco específica e que violava o princípio de legalidade, deliberou não só pela invalidade da sentença, mas, também, determinou que *a legislação local Argentina deveria ser modificada* (Asociación por los Derechos Civiles, A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte).

Assim, ao analisar a legislação penal argentina, foi constatado que os elementos dos delitos descritos na lei não estavam claramente estabelecidos. Os delitos de calúnias e injúrias, que, por sua vez, constituem violação ao princípio de legalidade, não podem ser considerados como uma das responsabilidades ulteriores admitidas como

válidas pela Convenção e, por isso, a legislação local, no caso da Argentina, devia ser modificada.

A Corte impulsionou a modificação legislativa na Argentina dos delitos de calúnias e injúrias, situação que não havia sido presenciada nem no caso Herrera Ulloa nem no caso Canese. Vale ressaltar que os tipos penais da Argentina não são substancialmente diferentes aos da Costa Rica e Paraguai. Apesar do avanço, a Corte introduziu no caso Kimel um parágrafo contraditório em que parece se afastar da tendência à despenalização dos delitos de calúnias e injúrias (Asociación por los Derechos Civiles, A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte).

O parágrafo 78 da sentença demonstra a tensão que se torna evidente na Corte entre o voto concorrente do Juiz Garcia Sayan e o do Juiz Garcia Ramirez como se pode ver no trecho destacado:

“A Corte não considera contrária à Convenção qualquer medida penal pela expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a extrema gravidade da conduta demonstrada pelo emissor daquelas expressões, o dolo com que agiu, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, medidas penais. A todo o momento, a carga da prova deve recair naquele que formula a acusação. Nesta ordem de considerações, a Corte observa os movimentos na jurisprudência de outros Tribunais orientados a promover, com racionalidade e equilíbrio, a proteção que merecem os direitos sem aparente pugna, sem lesar as garantias que requer a livre expressão como baluarte do regime democrático.”

Enquanto o último é coerente com o esposado em suas decisões anteriores, Garcia Sayan desenvolveu a idéia de que em certas situações concretas as sanções penais podem ser impostas, sem, no entanto, violar a Convenção, devido ao fato de serem consequência de expressões que podem danificar a honra de funcionários públicos.

Se este fosse o critério da Corte, poderia entrar em contradição com as suas próprias decisões no mesmo caso, isto é, que os delitos de calúnias e injúrias, como se encontram tipificados na Argentina, vulneram o princípio de legalidade. Por isso, o parágrafo 78 é inconveniente, embora possa ser lido de forma coerente com o restante da decisão, e entender que a Corte faz referência a outras expressões não vinculadas com ataques contra a honra, em que as sanções penais pudessem ter lugar como consequência de tais expressões.

4.3 ADPF 130 e Entendimento da Corte

Na conjuntura da América do Sul, o Brasil é considerado um país de vanguarda em relação à liberdade de expressão. Aqui, em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) com a atual ordem constitucional ao decidir pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130 (CAMURÇA, Eulália, p.5). Tal ação foi manejada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, contra dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, autorreferida como “Lei de Imprensa”.

Os autores da ADPF 130²¹ argumentavam sobre o desequilíbrio existente entre duas categorias de direitos fundamentais, alegando que os direitos à liberdade de expressão e informação estariam sendo preteridos em relação aos direitos de honra, intimidade e vida privada na referida lei. Entretanto, o Procurador-Geral da República defendia que expurgar a norma por completo geraria intensa insegurança jurídica.

O relator do processo, senhor Ministro Carlos Ayres Britto, inicia seu voto com o seguinte questionamento a fim de entender a amplitude da proteção constitucional ao direito de imprensa: **“deve-se saber até que ponto a proteção constitucional brasileira à liberdade de imprensa corre parelha com a relevância intrínseca do tema em todos os países de democracia consolidada”**²². Depreende-se, nas palavras do ministro a relevância da imprensa para a democracia como um todo.

Ademais, o relator segue conceituando o vocábulo “imprensa” e definindo a proteção conferida pela Carta Magna, destacando o seu papel, nos seguintes termos:

Com o mérito adicional de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer : **a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade**, conforme realçado pelo jurista, deputado federal e jornalista Miro Teixeira, um dos da presente ADPF. O que já significa visualizar a imprensa como **garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência**. (Rel. Carlos Ayres Britto, p. 26)

Assim, para o regular desenvolvimento desse papel, o ministro aponta o “status” conferido pelo Magno Texto Federal, como se vê:

²¹ Ver ADPF 130, Voto Carlos Ayres Britto, p. 9

²² Ver ADPF 130, Voto Carlos Ayres Britto, p. 14

Se é assim, não há opção diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar a plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, *as quedas de voltagem* que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição. Exceção feita, já o vimos, a eventuais períodos de estado de sítio, mas ainda assim “na forma da lei”. Não da vontade caprichosa ou arbitrária dos órgãos e autoridades situados na cúpula do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Judiciário. (Rel. Carlos Ayres Britto, p. 28)

Pode-se vislumbrar, também, segundo o ministro a estreita relação existente entre a imprensa livre e a garantia dos princípios constitucionais de soberania e cidadania. Além disso, defende a relação de mútua dependência existente entre imprensa e democracia, pois entende que aquela vitaliza e concretiza dispositivos constitucionais fazendo com que se efetive **“um tirar o povo da platéia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito”**²³. O relator avança em sua análise sobre a proteção constitucional, afirmando que:

“no último dispositivo transcrito a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual foro suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) **que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição**. Requite de proteção que bem espelha a proposição de que a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade.” (Rel. Carlos Ayres Britto, p. 52)

Interessante notabilizar a sinalização de preferência pela não recepção da Lei de Imprensa ao ratificar a proteção constitucional, resguardando os direitos de personalidade de qualquer restrição em seu exercício. Tal assertiva se justifica pelo fato de o relator considerar que não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão **senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros**²⁴.

A referida lei impunha duras penas para os delitos de injúria e difamação, mais rígidas até do que as previstas pelo Código Penal; além de admitir censura prévia, dentre outras medidas que restringiam o exercício da liberdade de expressão (CAMURÇA,

²³ Ver ADPF 130, Voto Carlos Ayres Britto, p. 47

²⁴ Ver ADPF 130, Voto Carlos Ayres Britto, p. 61

Eulália, p.6). O relator reconheceu tal caráter afirmando que “Já no que diz respeito à esfera penal, o esquadro jurídico-positivo também não pode ser de maior severidade contra jornalistas.

Assim, em um julgamento histórico, 7 dos 11 ministros do STF decidiram tornar sem efeitos a totalidade da lei ao concluírem que ela, que foi editada em 1967, era incompatível com a democracia e com a atual Constituição Federal. Eles consideraram que a Lei de Imprensa era inconstitucional.

O julgamento começou dia 1º e foi encerrado dia 30 de abril. Ao analisar o julgamento do STF, Venício A. de Lima (2010) considera que no próprio texto da ADPF não se faz diferença entre liberdade de comunicação, de pensamento, de expressão, de opinião e de imprensa. “Equaciona-se, sem mais, a liberdade de imprensa de grandes grupos de mídia como a liberdade individual de expressão” (Lima, 2010, p.129 *apud* Camurça, 2010, p. 6). Para o autor, a principal preocupação dos ministros era com o vazio legal que seguiria à revogação total da lei 5.520/67 em relação ao direito de resposta previsto na Constituição Federal.

Se, por um lado, preocupava a incerteza jurídica que a ausência de regulação representa para as empresas de mídia sujeitas a decisão de mídia sujeitas a decisões de primeira instância de um ‘juiz qualquer’, por outro direito de resposta trouxe finalmente ao debate o seu esquecido sujeito principal, isto é, o cidadão, justificativa única para a liberdade de expressão e para a liberdade de imprensa. (Lima, 2010, p.131 *apud* Camurça, 2010, p. 6).

O autor analisou que as considerações dos ministros seguiram na mesma direção: consideraram que o Estado se coloca como uma ameaça constante à liberdade de expressão. Ignorando o que o jurista americano Owen Fiss (2005) argumentou sobre o papel do Estado como garantidor desta liberdade. Segundo ele, ignora-se o fato de que estas ameaças têm partido da autocensura e dos conglomerados de mídia. “A liberdade de imprensa terá sido reduzida à liberdade de iniciativa, e o destino da nossa democracia terá sido colocado inteiramente nas mãos do mercado” (Fiss, 2005, p.134 *apud* Camurça, 2010, p. 6).

Vale destacar, em sede de estudo comparado, a importância doutrinária e jurisprudencial dos votos dos juízes da Corte: Diego García Sayán e Sergio García Ramirez, acrescentando posicionamento uniforme em relação à Corte e, em especial, um

posicionamento divergente no que tange à possibilidade de utilização da via penal para responsabilizar os responsáveis por delitos relacionados ao direito à livre expressão.

O juiz Diego García Sayán, primeiramente, esposou, em seu voto, uma análise do direito à liberdade de expressão no caso concreto *Kimel vs. Argentina*, alegando que a conduta do senhor Kimel foi considerada compatível a do exercício regular direito à liberdade de expressão; considerando, além disso, que a sanção penal aplicada, segundo critérios racionais de avaliação, foi desproporcional.

Ressaltou, ainda, que o supracitado direito fundamental não é absoluto, e que, a exemplo de como a Corte tem decidido, pode ser objeto de responsabilidades ulteriores e restrições, sendo, entretanto, possuidoras de caráter excepcional. Observou que o Estado, detentor do direito punitivo, na busca de promover o equilíbrio entre direitos fundamentais, pode se valer dos caminhos que a administração da justiça oferece.

Dessa forma, o juiz objetivou deixar clara a possibilidade de utilização da via penal, como foi decidido pela sentença da Corte, como meio de responsabilização ulterior aos delitos relacionados à divulgação de informações e opiniões, entendendo que tais medidas não contrariam a Convenção.

O juiz, ao defender a possibilidade de utilização da via penal, enunciou os critérios a serem obedecidos, dentre eles, pode-se destacar: a aferição, no caso concreto, de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade das medidas aplicáveis e a exigência de clareza e precisão dos tipos penais, utilizados nas responsabilizações ulteriores.

Tais critérios devem ser adotados com vistas a garantir o exercício democrático e o respeito aos direitos humanos. Assim, conclui em seu voto, em consonância com a sentença da Corte que a utilização da via penal, por si só, não restringe ou inibe o direito à liberdade expressão, tampouco macula as sociedades democráticas.

No caso *Kimel*, o voto do juiz Sergio García Ramírez pode indicar futuramente, em convergência com os princípios esposados na ADPF 130, o vislumbre de uma nova harmonização entre as duas categorias de direitos fundamentais em conflito.

Tal juiz promove um aprofundamento do debate em torno da questão que envolve a possibilidade e viabilidade da utilização da via penal como meio necessário para realizar as reparações ulteriores.

Segundo o voto, tal análise deve ser realizada sem perder de vista os princípios penais e a natureza da gravidade dos delitos de opinião. Salienta, inclusive, que o supracitado debate é anterior, em importância, à análise da clareza e precisão dos tipos penais.

O juiz Sergio García Ramírez, inicialmente, afirmou que, em seu voto há concordâncias e discordâncias em relação ao posicionamento atual da Corte. Discorreu acerca do incomensurável poder que os meios de comunicação detêm, enfatizou a necessidade de responsabilização desse meios nos delitos relacionados a má utilização da liberdade de expressão, em virtude da potencialização dos danos em decorrência do vasto alcance que a atividade de imprensa possui em essência.

O juiz questiona em seu voto quais seriam os meios legítimos para fazer valer o jus puniendi estatal, ressaltando que tal direito deve estar adstrito a critérios de racionalidade a fim de que o poder seja legítimo. Tal critério de racionalidade estaria ligado à aplicação dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, cita o direito penal como necessário para combater ofensas mais graves, devendo ser usado com restrição e cautela a fim de não vulnerar o exercício democrático. Dessa forma, defende que a via penal não é adequada à aplicação das responsabilidades ulteriores, indicando a existência de outros meios menos restritivos, mas eficazes. Portanto, em sua análise, diverge da conclusão da Corte, pois entende que a utilização da via penal não é razoável e proporcional.

Sugere, em termos finais, a dificuldade que causa o debate de supostas lesões provocadas por delitos relacionados à opinião em sede de tribunais penais.

Dessa forma, tendo por base a releitura propugnada pela ADPF 130, a nível nacional, somada ao voto concorrente, a nível internacional, pode-se estar diante de uma nova concepção de tutela dos direitos à liberdade de expressão e informação, indicando mecanismos que diminuam tal restrição, por vezes exacerbada.

CONCLUSÃO

O caso tem extrema importância para a efetivação dos direitos humanos à medida que oportuniza uma nova leitura sobre conflitos de direitos fundamentais, especialmente, no tocante à conseqüente utilização da via penal como meio de reparação dos ilícitos relacionados à liberdade de expressão.

Assim, a Corte, em sua sentença, proporcionou a devida reparação ao senhor Kimel, reafirmando alguns parâmetros estabelecidos no caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*. Pode-se citar como exemplo: ampliação dos limites aceitáveis a críticas e à exposição pública em relação a pessoas que ocupam cargos de natureza pública; estabelecimento de parâmetros a serem obedecidos a fim de alcançar a regular responsabilização pela via penal.

Ademais, pode-se exemplificar a determinação, através da sentença Corte, da mudança legislativa no ordenamento penal argentino como importante inovação jurisprudencial no campo dos direitos humanos internacionais. Tal medida objetivou eliminar a incerteza e imprecisão dos tipos penais argentinos, especificamente, os tipos penais de calúnia e injúria, considerados atentatórios do regime democrático.

Dessa forma, há profundas semelhanças não só relacionadas aos fatos dos casos, mas, também, aos efeitos determinados pelas sentenças dos casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica* e *Kimel vs Argentina*. Porém, a determinação de mudança legislativa ocorrida no caso *Kimel*, indubitavelmente, é apontada como maior contribuição do caso para a jurisprudência da Corte.

Salienta-se, também, a dificuldade de definir os delineamentos do direito à liberdade de expressão. Mesmo com base nos princípios vetores, a saber, princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade, a temática comporta debates acalourados. Assim, pode-se destacar, neste sentido, a ADPF 130.

Tal julgado do STF sobre a Lei de Imprensa foi bastante elucidativo no que tange a propor novos paradigmas de limitação ao direito à liberdade de expressão. O voto do Relator foi no sentido de dilargar a proteção a tal direito fundamental, sugerindo,

inclusive, a paralisia de direitos ligados a honra, quando em conflito com o direito relacionado à liberdade de expressão.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto & JUBILUT, Liliana Lira. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. 3 ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BURKE, Peter. **A história social da mídia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CORNU, Daniel. **Ética da informação**. São Paulo: Edusc, 1997.

DERRIDA, Jacques. **A força da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DI FRANCO, Carlos Alberto. **Jornalismo, ética e qualidade**. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRANDINETTI, Luís Gustavo & CARVALHO, Castanho. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2009.

GHERSI, Carlos A. **Derechos fundamentales de la persona humana**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

HABERMAS, Jürguen. **Direito, Estado e Sociedade:** sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada:** conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Guilherme Doring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional:** desafios do Direitos Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, Informática e Comunicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THOMPSON, Jhon B. **A mídia e a modernidade.** 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

WOLF, Mauro. **Teorias das comunicações de massa.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.