

4

A Censura Judicial na Jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina

Antes de tratar da análise da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina a respeito da possibilidade (ou impossibilidade) de imposição da censura por meio de decisão do Poder Judiciário, tema que interessa especificamente ao objeto deste estudo, necessário se faz uma breve consideração sobre a Constituição argentina (a Constituição da Nação Argentina de 1853/1860), sobre a suprema corte daquele país (a Corte Suprema de Justiça da Nação), sobre o controle de constitucionalidade e sobre a hierarquia normativa que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ocupa no ordenamento jurídico argentino.

Não se fará uma incursão aprofundada sobre o direito constitucional argentino, mas uma breve noção da história constitucional argentina e do controle de constitucionalidade que naquele país se pratica é fundamental para melhor compreender as restrições à liberdade de expressão que são permitidas e as que não são admitidas pelo ordenamento argentino.

4.1

A Constituição da Nação Argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação e o Controle de Constitucionalidade

A Constituição da Nação Argentina, sancionada após a celebração do Pacto de São José de Flores em 11 de novembro de 1859 e a incorporação da Província de Buenos Aires à República Argentina, é fruto de um processo histórico que remonta à Revolução de Maio de 1810¹⁵¹.

Faz-se referência ao documento constitucional como Constituição de 1853/1860 porque — promulgada em 25 de maio de 1853 pelo congresso geral

¹⁵¹ BADENI, Gregorio; Tratado de Derecho Constitucional, tomo I; 2ª edição atualizada e ampliada; Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 130

constituente que se reunira na cidade de Santa Fé entre 15 de novembro de 1852 e 1º de maio de 1853 — foi reformada pelos representantes de Buenos Aires que se reuniram em janeiro de 1860 e concluíram seus trabalhos com a aprovação e a promulgação da Constituição em 23 de setembro de 1860.

Esta Constituição, ainda em vigor, sofreu reformas constitucionais em 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 e 1994, esta última estabelecendo sua redação atual.

No direito constitucional argentino, as reformas constitucionais devem obedecer ao que dispõe o art. 30 da Constituição. Sendo assim, é possível a reforma de não apenas alguns como também de todos os dispositivos constitucionais (salvo o próprio dispositivo constitucional que autoriza a reforma). Para tanto, é necessária a convocação pelo Congresso de uma convenção constituinte para essa especial finalidade. As convenções constituintes reúnem-se, tradicionalmente, na cidade de Santa Fé, e não em Buenos Aires, capital da República. A convocação deve ser feita por dois terços dos membros do Congresso que, ao declarar a necessidade de reforma da constituição, também apontam os dispositivos constitucionais que podem ser objeto de modificação.

Segundo o art. 108 da Constituição, o Poder Judiciário é exercido pela Corte Suprema de Justiça e pelos tribunais inferiores criados pelo Congresso. A Corte Suprema de Justiça detém competência para resolver, por via ordinária ou extraordinária, qualquer questão jurisdicional. O sistema constitucional argentino, inspirado que foi na Constituição dos Estados Unidos da América, estabelece que o controle de constitucionalidade pode ser exercido apenas por via difusa e concreta, por qualquer juiz ou tribunal. Não há dispositivo na Constituição nacional expresso a respeito do tema,¹⁵² mas a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça vem adotando o controle de constitucionalidade conforme o modelo americano desde 1864.¹⁵³

¹⁵² A única exceção está prevista no art. 43 da Constituição que, ao instituir a ação de amparo, estabelece expressamente que: “o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funda o ato ou omissão lesiva”.

¹⁵³ BADENI, *op.cit.*, p. 295

A Corte Suprema de Justiça é a intérprete final da Constituição, não havendo previsão de controle concentrado e abstrato das leis no ordenamento constitucional argentino,¹⁵⁴ ao menos em nível federal. O acesso à Corte, por meio de recurso extraordinário, está regulamentado pela Lei nº 48, de 14 de setembro de 1863, e pelo Código de Processo Civil e Comercial.

4.2

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao bloco de constitucionalidade no ordenamento constitucional argentino

O art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao reconhecer a liberdade de expressão como direito fundamental, exerce forte influência sobre a jurisprudência constitucional argentina. É necessário, então, verificar que posição hierárquico-normativa ocupa no ordenamento jurídico argentino esse tratado internacional.

O art. 99, inciso 11 da Constituição estabelece como atribuição do Presidente da Nação o poder de celebrar tratados para “*manutenção das boas relações com as organizações internacionais e nações estrangeiras*”.¹⁵⁵ O art. 75, inciso 22, ao tratar das competências do Congresso, esclarece que os tratados e as concordatas celebradas com a Santa Sé têm hierarquia superior às leis e que diversos tratados e declarações internacionais expressamente enumerados têm hierarquia constitucional, inclusive a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁵⁶

A Constituição argentina, portanto, atribui hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos que expressamente menciona — inclusive à

¹⁵⁴ *Idem*

¹⁵⁵ “O Presidente da Nação tem as seguintes atribuições: 11 – Concluir e firmar tratados, concordatas e outras negociações requeridas para manutenção das boas relações com as organizações internacionais e nações estrangeiras; receber seus ministros e admitir seus cônsules”.

¹⁵⁶ *Idem* Os outros tratados e declarações são os seguintes: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Declaração Universal de Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo; Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Crime de Genocídio; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e Outras Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos — e, ainda, aos tratados de direitos humanos que venham a receber aprovação de duas terças partes da totalidade dos membros de cada câmara do Congresso.

Cabe esclarecer que não há disputa quanto à integração dos tratados de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade e quanto à sua hierarquia constitucional. Porém, como ressalta Badeni, “*um aspecto fundamental a resolver é se os tratados sobre direitos humanos, aos quais a Constituição assina ‘hierarquia constitucional’, estão ou não subordinados à lei fundamental*”.¹⁵⁷ Em outras palavras, em caso de conflito entre uma norma constitucional e uma norma prevista em tratado de direitos humanos, qual delas deve prevalecer? Na Argentina, permanece em disputa a questão a respeito da supremacia da Constituição ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Suprema Corte de Justiça enfrentou o debate no julgamento do caso *Arancibia Clavel*.¹⁵⁸ Em 24 de agosto de 2004, a Corte apreciou o recurso extraordinário interposto pelo governo do Chile contra decisão da Câmara Nacional de Cassação Penal que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em relação a alguns crimes que cometera Enrique Lautaro Arancibia Clavel.

Arancibia Clavel havia sido condenado à prisão perpétua por uma corte de primeira instância por ser considerado partícipe em crimes de homicídio e pertencer a associações ilícitas ligadas aos serviços de inteligência chilenos que tinham por objetivo, durante o período da ditadura militar, perseguir, reprimir e exterminar pessoas sistematicamente. Em debate estava a possibilidade de incidência retroativa da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, incorporada ao ordenamento jurídico argentino com hierarquia constitucional por força da Lei nº 25.778, ante o que dispõe o art. 18 da Constituição da Argentina, ao proibir a retroação da lei penal para prejudicar o réu.

¹⁵⁷ BADENI, Gregorio; *op.cit.*, p. 258.

¹⁵⁸ Causa nº 259; *Fallos* 327:3.312

No que interessa a este estudo, cabe examinar os fundamentos dos votos dos Ministros que se pronunciaram a respeito da posição hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno: a posição vencedora consubstanciada no voto do Ministro Antonio Boggiano e a vencida no voto dos Ministros Augusto Cesar Belluscio e Carlos Fayt.¹⁵⁹

O Ministro Boggiano — após observar que, com a aprovação da Carta das Nações Unidas, os assuntos de direitos humanos dizem respeito a todos os Estados e à ordem internacional, e não mais apenas ao ordenamento de cada Estado individualmente considerado — sustentou que o art. 75, inciso 22 da Constituição não trata da incorporação, recepção ou adaptação dos tratados ao direito argentino, e sim da referência. Conferida hierarquia constitucional ao tratado, a referência “*implica que o tratado se aplica tal como rege o direito internacional, e não porque foi incorporado e feito interno*”.¹⁶⁰ A referência não é método de nacionalização do tratado, mas de aplicação de modo uniforme tal como estabelecem os órgãos internacionais. Sendo assim, devem ser interpretados e aplicados tal como determina a jurisprudência internacional: “*De nada serviria a referência aos tratados feita pela Constituição se sua aplicação se visse frustrada ou modificada por interpretações baseados em um ou outro direito nacional*”.¹⁶¹ Acrescentou também que:

“o fim universal daqueles tratados somente pode resguardar-se por sua interpretação conforme o direito internacional, o contrário seria submeter o tratado a um fracionamento hermenêutico pelas jurisprudências nacionais incompatíveis com seu fim próprio”.¹⁶²

Destacou, ademais, que os tratados de direitos humanos aprovados por duas terças partes de cada câmara do Congresso possuem a mesma hierarquia que a Constituição, complementando os direitos e garantias que ela reconhece, e que o juízo constituinte que realiza o Congresso ao aprovar esses tratados não pode ser revisado pela Corte Suprema: “*Esta Corte não tem jurisdição para invalidar a*

¹⁵⁹ O recurso extraordinário foi provido por maioria. Ao recurso deram provimento os Ministros: Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raul Zaffaroni e Elena Highton de Nolasco. Divergiram os Ministros: Augusto Cesar Belluscio, Carlos Fayat e Adolfo Roberto Vazquez.

¹⁶⁰ Voto proferido na causa nº 259; *Fallos* 327:3.312

¹⁶¹ *Idem*

¹⁶² *Idem*

vigência das normas que foram hierarquizadas constitucionalmente em virtude de um procedimento estabelecido na própria Constituição".¹⁶³ Esclareceu o Ministro Boggiano que as normas internacionais necessariamente se harmonizam com os direitos e garantias constitucionais, não havendo, no ordenamento argentino, normas constitucionais inconstitucionais. A Constituição e os tratados com hierarquia constitucional, sustentou o Ministro, têm a mesma supremacia.

O voto divergente do Ministro Belluscio abordou a questão sob outro aspecto. Pontuou o Ministro que, embora o art. 75, inciso 22 da Constituição atribua hierarquia constitucional aos tratados aprovados com quórum qualificado, ficou estabelecido que os tratados não revogarão nenhuma norma da primeira parte da Constituição e devem ser entendidos como complementares dos direitos e garantias por ela reconhecidos. Segundo registrou em seu voto, os tratados de direitos humanos: "*Configuram, pois, normas constitucionais de segundo escalão, que prevalecem sobre as leis ordinárias, mas que são válidas unicamente na medida e que não afetem os direitos consagradas na primeira parte da Constituição Nacional*".¹⁶⁴

O Ministro Fayt, em voto que também ficou vencido, pronunciou-se no sentido de que, apesar da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a Constituição é quem detém a supremacia. Invocando o art. 27 da Constituição¹⁶⁵, o Ministro sustentou que todos os tratados devem observar os princípios de direito público previstos na Constituição porque este dispositivo consagra a supremacia da Constituição. Segundo o Ministro, o dispositivo constitucional invocado traduz norma de valor inestimável para a soberania do país: "*pois procura evitar que detrás de um aparente humanismo jurídico se permitam exercícios coloniais de extensão de soberania*".¹⁶⁶ Acrescentou que a própria doutrina do direito internacional reconhece o que se denomina *uma margem nacional de apreciação*, doutrina que já foi inclusive acolhida pelas Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos. Defendeu o Ministro Fayt

¹⁶³ Voto proferido na causa nº 259; *Fallos* 327:3.312

¹⁶⁴ *Idem*

¹⁶⁵ "O Governo Federal está obrigado a afiançar suas relações de paz e comércio com as potências estrangeiras por meio de tratados que estejam em conformidade com os princípios de direito público estabelecidos nesta Constituição".

¹⁶⁶ Voto proferido na causa nº 259; *Fallos* 327:3.312

que as normas previstas nos mencionados instrumentos internacionais de direitos humanos e tornadas constitucionais pelo art. 77, inciso 22 da Constituição, não revogam nenhuma norma da primeira parte da mesma carta e devem ser tomados como complementares dos direitos e garantias que a Constituição argentina prevê. Sua vigência constitucional está condicionada a uma “*inequívoca comprovação de sua harmonia com aqueles direitos e garantias que esta Corte (como guardião e intérprete final da Constituição) tem o dever de salvaguardar*”.¹⁶⁷ A hierarquia constitucional atribuída a esses tratados não significa que suas normas componham a própria Constituição. Como ressaltou o Ministro: “*Do que foi afirmado até aqui cabe concluir que a Constituição Nacional se erige sobre a totalidade da ordem normativa*”.¹⁶⁸

Foi vencedora a tese que sustentava a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a necessária harmonia entre as normas internacionais e os direitos e garantias constitucionais e a obrigatoriedade de interpretação e aplicação uniformes das normas internacionais, seguindo-se as orientações da jurisprudência dos tribunais internacionais com base na referência aos tratados tais como aplicados por essas cortes.

A Corte Suprema de Justiça da Nação reiterou esses fundamentos nos casos *Esposito* (sentença proferida em 23 de dezembro de 2004), *Lariz de Iriondo* (sentença proferida em 10 de maio de 2005) e *Simón* (sentença proferida em 14 de junho de 2005). Atribui-se, portanto, aos tratados de direitos humanos expressamente mencionados pelo inciso 22 do art. 75 da Constituição e aos tratados aprovados pelo voto de dois terços da totalidade dos membros de cada câmara do Congresso a hierarquia de norma constitucional. E a posição jurisprudencial até aqui majoritária na Corte entende que as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos devem ser aplicadas tal como o direito internacional determina. Sendo assim, em caso de divergência de interpretação de uma determinada norma internacional que ocorra entre a jurisprudência nacional argentina (da Corte Suprema de Justiça da Nação, por exemplo) e a jurisprudência internacional (da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo), deve

¹⁶⁷ Idem

¹⁶⁸ Idem

prevalecer a interpretação da corte internacional em detrimento da nacional, mesmo que se trate de interpretação conflitante com a da Suprema Corte.

O argumento preponderante formulou-se no sentido de que, na medida em que o próprio constituinte atribuiu aos tratados internacionais força constitucional e declarou que esses tratados não revogam nenhum artigo da primeira parte da Constituição, deve-se entender que o juízo acerca de sua compatibilidade com a Constituição já foi formulado pelo constituinte, não cabendo ao Poder Judiciário o refazer. Entende-se, portanto, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vige, no ordenamento jurídico, com força de norma constitucional.

4.3

A Constituição Argentina e os dispositivos que tratam da liberdade de expressão

Embora tenha sido inspirada na constituição norte-americana, a Constituição argentina conta com 129 (cento e vinte e nove) artigos permanentes e 17 (dezessete) disposições transitórias. A liberdade de expressão, como gênero, não foi referida expressamente na Constituição, mas a liberdade de imprensa foi regulada em dois dispositivos constitucionais: os artigos 14 (quatorze) e 32 (trinta e dois), que assim dispõem:

— “Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos de acordo com as leis que regulamentam o seu exercício: (...) de publicar as suas ideias pela imprensa sem censura prévia” (art. 14);

— “O Congresso federal não ditará leis que restrinjam a liberdade de imprensa ou estabeleçam sobre ela a jurisdição federal” (art. 32).

Cabe observar também que a Constituição estabelece a forma representativa, republicana e federal de governo (art. 1º), o princípio da soberania popular (art. 33), cria a ação de *habeas data* (art. 43) e reconhece imunidades parlamentares (art. 68). Desses textos normativos, a doutrina e a jurisprudência argentinas extraíram diversas regras e princípios sobre a liberdade de expressão,

tais como: (a) a proibição de censura prévia não apenas para a publicação de ideias, mas também de informações, manifestações e expressões do pensamento, bem como não apenas por meio da imprensa, mas também por meio da palavra escrita e oral ou de qualquer outro procedimento de comunicação; (b) a proibição de edição de leis de imprensa, regulamentando especificamente as atividades desenvolvidas pelos jornalistas, quer pelo governo central, quer pelo governo das províncias; (c) a proibição de criação de crimes de imprensa; (d) o dever de prestação de contas dos governantes e o direito de crítica do povo por meio da emissão de opiniões sobre o comportamento de seus representantes; (e) o direito de acesso às informações em poder do governo e o dever de informar; (f) o direito do cidadão de acesso aos dados pessoais constantes em banco de dados públicos ou privados e de solicitar sua retificação, supressão, confidencialidade ou atualização quando incorretos; (g) a proteção do segredo das fontes de informação jornalística; (h) o direito dos parlamentares à imunidade absoluta por suas opiniões e discursos no exercício da função *etc.*¹⁶⁹

Além dos dispositivos constitucionais mencionados, e das normas que deles emanam, o ordenamento jurídico argentino recebeu, com hierarquia de norma constitucional,¹⁷⁰ como já se esclareceu, diversos tratados e declarações de direitos internacionais que também reconhecem o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Para os fins deste trabalho, no entanto, limitar-nos-emos a analisar a questão da censura judicial e o seu tratamento pelo ordenamento constitucional argentino. Sendo assim, serão analisadas três decisões que a doutrina constitucional argentina¹⁷¹ ressalta como importantes precedentes da Corte Suprema de Justiça sobre os limites do poder judiciário quanto à proibição da publicação de ideias, opiniões e informações por meio da imprensa.

¹⁶⁹ BADENI, *op.cit.*, p. 650 e seguintes

¹⁷⁰ Constituição, art. 75, inciso 22

¹⁷¹ Mencionem-se, dentre outros, os seguintes autores: Gregorio Badeni, Adrián Ventura, Néstor Pedro Sagüés, Jorge Alberto Diegues e Augusto César Belluscio

As três decisões da Corte Suprema de Justiça estão referidas em artigo publicado no Anuário de Direito Constitucional Latino-americano – 2006,¹⁷² pelo Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e Ministro da Corte Suprema de Justiça entre 1983 e 2005 Augusto Cesar Belluscio. Ao tratar da censura judicial, o autor descreve e analisa três julgamentos da corte suprema a respeito da liberdade de expressão: casos (a) Horacio Verbitsky, julgado em 13 de junho de 1989; (b) Servini de Cubría, julgado em 8 de setembro de 1992 e (c) Diego Armando Maradona, julgado em 3 de abril de 2001. Estas decisões, considerados os padrões argumentativos e os fundamentos expostos pelos Ministros, apontam o firme compromisso da corte com a liberdade de expressão. Passemos, então, à análise das referidas decisões.

4.4

A censura judicial e a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça

4.4.1

Caso Horacio Verbitsky

Em 23 de maio de 1987, o jornalista Horacio Verbitsky propôs ação perante um juiz federal em que requereu o deferimento de ordem dirigida aos diários mais importantes da Argentina (*La Nación*, *Clarín*, *La Prensa*, *Ambito Financiero* e *Crónica*) para que não fosse publicada uma mensagem publicitária em que se expressava reconhecimento e solidariedade ao ex-presidente Jorge Rafael Videla por seu “*desempenho na repressão da subversão*”.

Deferida a ordem pelo juízo de primeiro grau, foi proibida a publicação da mensagem em solidariedade ao general Videla, ao fundamento de que se estava diante do delito de apologia ao crime em grau de tentativa. Contra essa decisão foi interposto recurso à Câmara Nacional de Apelações Criminais que lhe deu provimento, permitindo a publicação, embora também entendesse que se estava diante de crime tentado. Entendeu o tribunal que não se podia proibir a

¹⁷² BELLUSCIO, Augusto Cesar; *La Censura Judicial in Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006*; Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer; 2006

manifestação do pensamento, ainda que esta configurasse um delito de apologia ao crime.

Em 13 de junho de 1989, a Corte Suprema de Justiça, colhido o parecer do Procurador-Geral da Nação, proferiu decisão, declarando inadmissíveis os recursos extraordinários interpostos.¹⁷³ Cabe esclarecer que a decisão contra a qual se interpuseram os recursos extraordinários reformou a ordem do juízo de primeiro grau e permitiu a publicação da mensagem publicitária, reconhecendo que a censura prévia estava vedada pelo art. 14 da Constituição. A decisão recorrida, no entanto, consignou que se estava diante de um crime tentado e contra esta fundamentação se insurgiram os recorrentes.

A Corte Suprema de Justiça entendeu que, quanto à alusão ao crime tentado, a Câmara Nacional de Apelações Criminais limitou-se a pronunciar um *obiter dictum*, não havendo qualquer prejuízo concreto aos recorrentes. Por isso, inadmitiu os recursos. Não obstante a inadmissão dos recursos, a Corte Suprema de Justiça formulou importante doutrina a respeito da vedação de o Poder Judiciário impor proibições à manifestação do pensamento e à liberdade de imprensa. Esta doutrina ficou consubstanciada no voto do Ministro Carlos Fayt.

Segundo destacou o Ministro, embora a luta pela liberdade de imprensa tenha sido dirigida inicialmente contra o poder do censor, o que explica que as garantias constitucionais se circunscrevam a assegurar a publicação de ideias pela imprensa sem censura prévia, a proibição de censura se estende a todas as etapas que compreendem a divulgação do pensamento: elaboração, impressão, distribuição e venda.¹⁷⁴ Acrescentou que a imprensa segue sendo condição necessária para a existência de um governo livre e o meio de informação mais apto e necessário para formar uma opinião pública vigorosa e atenta à atividade do governo e da administração. E sustentou que a imprensa tem por função política: *“transmitir a vontade dos cidadãos aos governantes; permitir aos cidadãos vigiar o funcionamento do governo; servir de escudo aos direitos individuais contra os*

¹⁷³ Publicado em Fallos de La Corte Suprema 312:916

¹⁷⁴ Voto proferido pelo Ministro Carlos Fayt no julgamento do caso Horacio Verbitsky

excessos dos funcionários e tornar possível a qualquer cidadão colaborar com a ação do governo".¹⁷⁵

Após percorrer o tratamento da liberdade de imprensa no direito constitucional argentino, desde as primeiras normas editadas após a independência em 1810, o Ministro Carlos Fayt lembrou que os artigos 14 e 32 da Constituição asseguram a todos os habitantes o direito de publicar suas ideias pela imprensa sem censura prévia, liberdade ampla e que não pode ser alterada por leis que regulamentem o seu exercício. Lembrou também das lições de Vélez Sarsfield, registradas nos Diários das Sessões da Convenção do Estado de Buenos Aires encarregada do exame da Constituição Federal:

“A liberdade de imprensa, senhores, pode ser considerada como uma ampliação do sistema representativo ou como sua explicação dos direitos que permanecem com o povo depois da eleição dos seus representantes ao corpo legislativo. Quando um povo elege seus representantes não se escraviza a eles, não perde o direito de pensar ou de falar sobre os seus atos; isto seria fazê-los irresponsáveis”.¹⁷⁶

Pronunciou, então, o Ministro que, como princípio fundamental do sistema constitucional argentino, *“as garantias que cercam a liberdade de imprensa impedem que as autoridades controlem as ideias antes de sua impressão, assim como toda ação ou omissão que restrinja a publicação ou circulação da publicação”*, concluindo que:

“elevada a liberdade de imprensa à categoria de um direito individual autônomo, a Constituição Nacional garante seu exercício sem censura prévia com o objeto de impedir a intromissão arbitrária do Estado no processo de publicação da palavra impressa. Daí que a censura prévia disposta por ordem judicial vulnera, na espécie, a garantia constitucional que protege o direito de publicar as ideias (art. 14 da C.N. e art. 13, inc. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”¹⁷⁷.

O Ministro Fayt registrou que, embora a Constituição não consagrasse direitos absolutos, a liberdade de imprensa constituía uma exceção a esta regra. Isso porque a própria Constituição assegurava o exercício da liberdade de imprensa sem censura prévia e estabelecia a impossibilidade de o Congresso Nacional promulgar leis de restrição dessa liberdade.

¹⁷⁵ Idem

¹⁷⁶ Idem

¹⁷⁷ Idem

Aproximadamente 3 (três) anos após esse julgamento, a Corte Suprema de Justiça enfrentou novamente o tema da censura judicial no julgamento do caso *Servini de Cubría* em 8 de setembro de 1992, que ora se passa a analisar.

4.4.2

Caso *Servini de Cubría*

Em 8 de maio de 1992, a juíza federal María Romilda Servini de Cubría moveu ação em face de Mauricio Borensztein (conhecido artisticamente como Tato Bore) e outros, requerendo, em caráter liminar, o sequestro de uma fita contendo o programa de humor apresentado pelo demandado e a supressão das partes em que, como alegava a autora, sua honra seria violada. O programa iria ao ar dentro de dois dias e, segundo denúncia que a autora recebera por telefone, ofensas e injúrias lhe seriam dirigidas.

O requerimento de medida liminar foi indeferido pelo juiz de primeiro grau ao fundamento de que a imposição da restrição pleiteada implicaria uma inconstitucional censura prévia. Interposto recurso, a Câmara Nacional de Apelações Cíveis e Comerciais lhe deu provimento para proibir a divulgação do programa televisivo. O tribunal considerou desnecessária a visualização da fita para verificação das ofensas alegadas em razão do caráter precário e provisório da medida liminar que estava a deferir. Entendeu que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, nem superior ao direito à honra e à reputação, e proibiu a divulgação, sob pena de desobediência.

Contra essa decisão, Mauricio Borensztein e Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., concessionária do Canal 13 de televisão, interpuseram recurso extraordinário, que foi admitido pela Corte Suprema de Justiça.

A decisão recorrida foi anulada sob o fundamento de que a Câmara Nacional de Apelações Cíveis e Comerciais não respeitara o devido processo legal, uma vez que sequer analisara a fita que continha o programa de humor,

“ignorando os fatos sobre os quais exercia sua jurisdição”.¹⁷⁸ Não deixou, no entanto, de se pronunciar mais uma vez a respeito da liberdade de expressão e de imprensa e da (im)possibilidade de se proibir a manifestação do pensamento.

Constaram da ementa do acórdão os seguintes fundamentos:

— que a garantia constitucional que ampara a liberdade de expressão por meio da imprensa sem censura prévia alcança as manifestações por rádio e televisão porque constituem meios aptos à difusão de ideias¹⁷⁹;

— que sem a liberdade de imprensa existiria apenas uma democracia desmedrada ou puramente nominal e que a liberdade de expressão assegura aos habitantes a possibilidade de estarem informados para opinar e exercer seus direitos a respeito de todas as questões que ocorrem na república, não sendo restrita apenas aos titulares dos meios de comunicação;

— que a liberdade de expressão “*resulta perfeitamente diferenciável do meio pelo qual se transmitem ou expressam os atos particulares que a traduzem*” e que “*os meios [de transmissão do pensamento] não se confundem com os atos previamente indicados [buscar, receber e difundir informações e ideias]*”¹⁸⁰;

— que “*os meios de comunicação são o veículo pelo qual se transmitem as ideias ou informações, mas não necessariamente tudo o que eles dão a conhecer se identifica com os atos protegidos pela tutela constitucional – livre expressão de ideias – ou pelo Pacto mencionado [Convenção Americana sobre Direitos Humanos] – busca, recepção e difusão de ideias e informação*”¹⁸¹;

— que, embora os meios de comunicação sejam o âmbito natural do exercício da liberdade de expressão, padecendo de forte presunção de inconstitucionalidade toda censura prévia que sobre eles se exerça, “*nem tudo que*

¹⁷⁸ Texto constante da ementa do acórdão do caso Servini de Cubría.

¹⁷⁹ A referência é relevante porque o art. 14 da Constituição da Argentina, editado em 1853, menciona o direito de se manifestar pela imprensa (entendida como imprensa escrita).

¹⁸⁰ Texto constante da ementa do acórdão do caso Servini de Cubría.

¹⁸¹ Idem

*se difunde pela imprensa escrita ou em programas de rádio e televisão ou por qualquer outro meio goza do amparo outorgado pela proibição de censura prévia, senão aquilo que, por seu conteúdo, se enquadra na noção de informação ou difusão de ideias”.*¹⁸²

Vários Ministros elaboraram e apresentaram seus próprios votos, com relevantes fundamentos sobre a impossibilidade do exercício da censura judicial no âmbito das liberdades de expressão e imprensa reconhecidas constitucional e internacionalmente (pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

O Presidente da corte, Ministro Ricardo Levene, mencionando diversos precedentes, recordou: (a) que o art. 14 da Constituição proíbe unicamente a censura prévia a ideias que se queiram publicar por meio da imprensa; (b) que, apesar da proibição da censura prévia, é admitida a imposição de responsabilidades ulteriores em caso de exercício abusivo do direito à liberdade de expressão; (c) que a proibição da censura prévia abrange também a proibição de o governo estabelecer um sistema de concessão de licenças e permissões para os que querem publicar pela imprensa; (d) que o judiciário independente e a imprensa livre são “*valores preeminentes da ordem democrática*”, sendo que: “*Devem excluir-se, por conseguinte, os procedimentos que conduzam a submissão do exercício desta [a liberdade de imprensa] à discricionariade judicial, ainda que ela seja bem intencionada e intrinsecamente sana. Assim o impõe a plena vigência da garantia constitucional da liberdade de controle estatal sobre ela, controle que não perde tal caráter por razão de se exercer por órgãos jurisdicionais*”;¹⁸³ (e) que a proibição da censura prévia também impede que as autoridades promovam o fechamento das publicações.

Sustentou, então, que a liberdade de expressão se estende aos meios de comunicação diversos da imprensa (escrita) e que, considerando a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico argentino, a manifestação do pensamento não pode estar sujeita à censura prévia, mas apenas às responsabilidades ulteriores. A garantia se impõe de maneira ampla

¹⁸² Idem

¹⁸³ Voto proferido pelo Ministro Ricardo Levene no julgamento do caso Servini de Cubría.

“sem distinguir entre o que constitui opinião, manifestação estética, de arte ou de humor, pois a liberdade de manifestação do indivíduo não pode ser entendida circunscrita somente a certo âmbito ou finalidade, pois então a garantia seria letra morta”.¹⁸⁴

O Ministro Presidente votou pela reforma da decisão recorrida, ressaltando que a tutela prestada pelo tribunal *a quo* à honra, em detrimento da liberdade de expressão implicou “*descaracterizar a verdadeira essência da mencionada liberdade, hierarquizada pela Carta Magna (art. 14 e 32) ao outorgar-lhe o caráter de direito preferido*”.¹⁸⁵

Votou, em seguida, o Ministro Carlos Fayt. Após analisar o alcance da liberdade de imprensa para além da manifestação de ideias por meio das publicações escritas — aspecto que não é óbvio no direito constitucional argentino considerando que o art. 14 da Constituição, promulgado em 1853, faz referência apenas ao direito de publicar ideias pela imprensa escrita sem censura prévia — e a regulamentação dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações na Argentina, entendeu o Ministro que a expressão do pensamento por meio da televisão, enquanto meio massivo de comunicação audiovisual, está amparada pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Fez, então, o seguinte registro, relevante até mesmo para fins teóricos:

“Que o direito de pensar e expressar o pensamento resume a essência mesma da natureza humana. O homem é pelo pensamento e o pensamento se expressa pela linguagem, que serve para registrá-lo e comunicá-lo. A palavra é um signo do destino social do homem. Só o homem tem a palavra, só ele dá sentido a sons determinados, só ele fala com a intenção de se fazer compreender e a segurança de ser compreendido. O pensamento é distinto da expressão e a precede. Ambos estão intimamente unidos. O direito de pensar e expressar o pensamento, também denominado direito de expressão ou liberdade de expressão, em sua relação com a religião e a política, se traduz em direito de opinião e direito de imprensa, segundo a palavra seja oral ou escrita. Há entre eles uma relação de gênero à espécie. No sistema constitucional argentino, este direito fundamental se encontra entre os não enumerados que prevê o art. 33 da Constituição Nacional [“*As declarações, direitos e garantias que enumera a Constituição não serão entendidos como negação de outros direitos e garantias não enumerados, mas que nascem do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo*”]. Sua espécie política, o direito de imprensa, está consagrado no artigo

¹⁸⁴ Idem

¹⁸⁵ Idem

14 e as garantias que lhe dão prevalência se encontram enunciadas no mesmo artigo 14 e no 32 da lei fundamental”.¹⁸⁶

Embora tenha formulado forte pronunciamento a favor do direito à liberdade de expressão, entendeu o Ministro Fayt — mesmo após analisar o alcance do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico argentino pela Lei nº 23.054, de 1984, e de outras normas convencionais internacionais — que a proibição da censura prévia é uma garantia constitucional que ampara o direito de publicar as ideias pela imprensa escrita, e não pela televisão.

Em seguida, pronunciou-se o Ministro Augusto César Belluscio, sustentando ser a decisão recorrida inválida. A uma porque proibiu a divulgação do programa de televisão sem sequer assistir à gravação e com base unicamente na comunicação telefônica anônima recebida pela autora e a duas porque *ultra petita*, uma vez que a autora requeria que a proibição se estendesse às imagens e opiniões a ela relacionadas e o tribunal proibira a publicação completa do programa.

Embora considerasse as questões processuais suficientes para determinar a anulação da decisão recorrida, o Ministro Belluscio prosseguiu o julgamento em razão da “*urgência e transcendência institucional do caso*” para apreciar o mérito do recurso.¹⁸⁷ Sustentou que os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição têm igual hierarquia, cabendo interpretação harmônica de modo que um deles não prevaleça para anular completamente o outro. Isso, segundo o Ministro, se o próprio constituinte não houver atribuído especificamente a certos direitos importância superior como o caso do direito de se expressar livremente pela imprensa sem censura prévia, prioridade que foi reconhecida pelo art. 14 da Constituição e reforçada pelo art. 32 que vedou ao Congresso a edição de leis de restrição à liberdade de imprensa.

¹⁸⁶ Idem

¹⁸⁷ Voto proferido pelo Ministro Augusto César Belluscio no julgamento do caso *Servini de Cubría*.

Ressaltou também que, embora a liberdade de imprensa não seja um direito absoluto, a proibição da censura prévia é sim absoluta, como também é absoluta a proibição de editar leis de imprensa para restringir essa liberdade. “A *este respeito*”, disse o Ministro:

“esta Corte teve a ocasião de assinalar — e isto é perfeitamente aplicável a uma suposta colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à dignidade — que a verdadeira substância da aludida liberdade radica no reconhecimento de que todos os homens gozam da faculdade de publicar suas ideias pela imprensa sem censura prévia, isto é, sem prévio controle da autoridade sobre o que se vai dizer, mas não na subsequente impunidade de quem utiliza a imprensa como um meio para cometer delitos (...) ou atos ilícitos civis, como são os que afetam o direito à intimidade de outras pessoas (...)”.¹⁸⁸

E prosseguiu:

“a Constituição veda terminantemente o controle prévio do que se vai expressar por meio da imprensa e a coordenação válida entre a liberdade fazê-lo e a proteção da honra dos demais está na responsabilidade civil e penal de quem, abusando da liberdade que a Constituição lhes reconhece, violam os direitos dos outros”.¹⁸⁹

O Ministro Belluscio acrescentou que os parâmetros que enunciou se aplicam não apenas à liberdade de imprensa em particular, mas à liberdade de expressão em geral, não se excluindo a proteção da sátira política ou do humorismo político, que definitivamente são modos de expressão das ideias. E concluiu afirmando que:

“a proibição imposta pelo [tribunal] a quo de emitir nos programas televisivos dos demandados imagens ou conceitos relacionados com a demandante configura inequivocamente a censura prévia repudiada pela Constituição, uma grosseira violação dos direitos básicos, pois não somente a censura prévia ou o controle estatal sobre a imprensa não perdem esse caráter em razão de ser exercido por órgãos jurisdicionais (...), senão que resultam muito mais graves ao provir de um tribunal judicial”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Idem. É útil aqui a distinção que a doutrina faz entre direitos e garantias. Sobre a liberdade de expressão ora estudada, é possível afirmar que se trata de um direito fundamental, reconhecido em caráter preferencial, mas não absoluto; a impossibilidade de imposição de censura prévia, por sua vez, constitui garantia desse mesmo direito, esta de caráter absoluto. O tema será novamente abordado na conclusão do trabalho.

¹⁸⁹ Idem

¹⁹⁰ Idem

Entendeu inadmissível que a censura seja instituída pelo poder judiciário porque, segundo o Ministro, são os juízes que devem proteger as liberdades asseguradas pela Constituição.

Votou, em seguida, o Ministro Antonio Boggiano, que iniciou sua fundamentação indagando se a proibição da censura prévia prevista no art. 14 da Constituição é princípio de caráter absoluto ou pode ceder ante outros princípios de hierarquia constitucional como o direito à honra e à intimidade das pessoas.

Fazendo referência aos debates constituintes, ressaltou que a norma do art. 14 da Constituição:

“reconhece o direito de todos os habitantes da Nação de publicar suas ideias pela imprensa sem censura prévia e constitui a mais expressiva mostra da intenção dos constituintes de evitar qualquer intervenção que obstrua o mais generoso e amplo intercâmbio de ideias e informações sobre questões concernentes ao manejo de assuntos públicos”.¹⁹¹

A liberdade de expressão, acrescentou, compreende também a liberdade de buscar e receber informação, o que está intimamente ligado à possibilidade de exercer outros direitos. O Ministro apresentou um novo e interessante argumento para esclarecer a razão por que a censura prévia não pode ser imposta sequer por órgãos judiciários. Segundo ele, a informação, nas sociedades contemporâneas, deve ser oportuna para que alcance sua maior utilidade. Uma rápida circulação das informações e ideias está indissolavelmente unida ao adequado funcionamento da sociedade. Exigências crescentes, segundo o Ministro, demandam soluções imediatas cujo alcance somente é possível com acesso a completa e oportuna informação. Por essas razões, sustentou o Ministro, não pode o poder judiciário proibir a circulação das informações e ideias:

“em tais condições, ainda quando a intenção de nossos constituintes não tenha estado referida de modo expresso a decisões judiciais que impeçam ou limitem a publicação de ideias — senão a medidas de índole discricionária e política inerentes a outros ramos do governo — subsiste uma circunstância objetiva que impõe estender a proibição da censura prévia aos juízes: a incompatibilidade entre a dimensão temporal própria de todo debate de interesse público e o tempo que habitualmente consome um processo, ainda que cautelar, para estabelecer se

¹⁹¹ Voto proferido pelo Ministro Antonio Boggiano no julgamento do caso *Servini de Cubría*.

existiu ou não agravo à honra ou à intimidade em jogo. Isso é assim pois a adoção de medidas cautelares implica, na maioria dos casos, postergar a publicação além do lapso que a notícia exige, subtraindo ao conhecimento público um dado ou uma opinião com interesse atual com grave risco de retirar-lhe eficácia”.¹⁹²

Apesar de reconhecer que entre a incerteza da violação à honra e à intimidade das pessoas e as exigências imediatas da liberdade de expressão, é esta liberdade que deve prevalecer, o Ministro admite que, havendo certa e evidente violação àqueles direitos, “*não parece irrazoável conceder ao juiz o poder de impedir ou limitar o exercício da liberdade de expressão, principalmente se o dano à honra ou intimidade possa adquirir graves proporções e não seja possível a sua reparação por outros meios*”. E arremata: “*A interdição da censura previa, na Constituição Nacional, não chega ao extremo de converter o juiz em mero espectador de um dano inexorável*”.¹⁹³

Em seguida, invocando o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reiterou o caráter prevalente do direito à liberdade de expressão e sustentou que são admitidas apenas responsabilidades ulteriores como entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento da Opinião Consultiva nº 5, de 1985.

O voto do Ministro Boggiano expressa, em verdade, certa dubiedade porque, embora sejam apresentados diversos fundamentos para sustentar a proibição da censura prévia, em determinados momentos, mais especificamente nos *consideranda* 9 e 10, admite que o juiz possa proibir a divulgação de notícias e opiniões quando entender existir certa e evidente violação à honra e à intimidade das pessoas que não possa ser reparado *a posteriori*. Isso para que o juiz não seja transformado em espectador de um dano inexorável, segundo sustentou o Ministro. Diante da vagueza e imprecisão do critério de exceção estabelecido, parece-nos que o Ministro contradiz os sólidos fundamentos que havia anteriormente apresentado a favor da impossibilidade da imposição da censura por meio de decisão judicial.

¹⁹² Idem

¹⁹³ Idem

Foram apresentados dois votos vencidos (votos dissidentes).

O Vice-Presidente da Corte, Ministro Rodolfo Barra, após reconhecer que o sistema constitucional argentino estenderia também aos juízes a proibição de limitar a difusão da expressão, sustentou que essa proibição comporta exceções em caso de “*autocontradição funcional*” do ordenamento:

“As hipóteses de intervenção preventiva dos juízes — que só impropriamente poderia denominar-se censura — supõe sempre a existência de um caso concreto em que se coloque um conflito de direitos, provocando a atuação de um órgão rodeado das máximas garantias constitucionais que resguardam sua independência ante os outros poderes do Estado, que resulta alheio aos interesses em disputa e que toma suas decisões observando o respeito aos direitos de defesa em juízo dos envolvidos”.¹⁹⁴

O Ministro Barra destacou que o constituinte não concebeu o direito à liberdade de expressão como “*absoluto e alheio a toda regulação legal porque, como todo direito, deve interpretar-se e ser exercido em relação de alteridade — destinado à vinculação de outros — que, por sua vez, são titulares de outros direitos igualmente invocáveis na vida social*”.¹⁹⁵ Entendeu que não havia ocorrido censura prévia na hipótese que examinava, limitando-se o tribunal de apelação a ditar medidas cautelares a fim de evitar a repetição de agravos à intimidade e à dignidade da juíza Servini de Cubría.

Por fim, o Ministro Enrique Santiago Petracchi, em dissidência parcial, apresentou voto em que sustentou, em resumo, o seguinte:

a) que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos proíbe terminantemente a censura prévia ao direito de expressão; b) que o “*poder legiferante resolveu dita tensão [entre a liberdade de expressão e os direitos à honra e à reputação], estabelecendo uma terminante proibição à censura prévia (...) com base, seguramente, em que a manutenção de um âmbito de plena liberdade para o exercício do direito de expressão é manter um dos cimentos em que se sustenta a própria democracia, a autorictas dos governantes e a liberdade dos governados. E, por outro, descartando a impunidade de dita expressão, ao proteger a honra e a reputação das pessoas mediante remédios ulteriores àquela*”¹⁹⁶; c) que aos juízes não se concede o poder de proibir a manifestação do pensamento; caso se

¹⁹⁴ Voto proferido pelo Ministro Rodolfo Barra no julgamento do caso Servini de Cubría.

¹⁹⁵ Idem

¹⁹⁶ Voto proferido pelo Ministro Enrique Santiago Petracchi no julgamento do caso Servini de Cubría.

permitisse a censura judicial “isso produziria uma surpreendente e não menos deletéria metamorfose, pela qual nossos juízes se transformariam em verdadeiros tribunais de censura, de uma censura cuja justificação resultaria muito mais escandalosa que o próprio delito que se pudesse consumir com a expressão que se pretende proibir”¹⁹⁷; d) que os constituintes argentinos “sabiam bem que, em algumas oportunidades, o publicado poderia lesionar a honra. Seu momento histórico havia sido rico em críticas corrosivas e fraudulentas, e não menos na censura prévia mais estrita. Sem embargo, é evidente que preferiram privilegiar o livre debate de ideias, estabelecer a proibição da censura anteposta, diferindo para depois da publicação as eventuais responsabilidades civis e criminais”¹⁹⁸; e) que “a proibição dessa classe de censura prévia não comporta graduações. Existe ou não. Se, pelo contrário se admitisse dita censura prévia, o censor poderia ser severo ou flexível. Mas, o que a Constituição desterrou de nosso solo não são determinados critérios, senão o censor mesmo”¹⁹⁹, f) que a proibição da censura prévia é um risco que os habitantes devem suportar por viver em uma atmosfera de plena liberdade de expressão, preferindo a Constituição reparar, e não prevenir; g) que a proteção à liberdade de expressão alcança não apenas o pensamento manifestado pela imprensa escrita, mas também pela palavra oral, pela imprensa falada e televisada.

Concluiu observando que “*resulta contrária ao Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) e à Constituição Nacional (art. 14), toda sentença que impeça, inclusive com caráter preventivo ou cautelar, o exercício do direito de expressão, a fim de evitar danos à honra ou à reputação das pessoas*”.²⁰⁰

A Corte Suprema de Justiça, então, deu provimento ao recurso extraordinário para anular a decisão recorrida e permitir a divulgação do programa humorístico em que se fariam críticas à juíza Servini de Cubría.

Em 3 de abril de 2001, foi proferida nova decisão da Corte Suprema de Justiça sobre a censura judicial. Trata-se do julgamento caso envolvendo o jogador de futebol Diego Armando Maradona, que foi demandado em ação de investigação de paternidade. Passemos a descrever a decisão.

¹⁹⁷ Idem

¹⁹⁸ Idem

¹⁹⁹ Idem

²⁰⁰ Idem

4.4.3

Caso Diego Maradona

Em ação de investigação de paternidade movida em face de Diego Maradona, o curador de menores e a autora da ação requereram ao juiz de primeiro grau que fosse expedida ordem aos órgãos de comunicação social para que se abstivessem de publicar qualquer informação relacionada ao caso. Fundamentada na proteção ao direito à intimidade da criança, foi proferida decisão deferindo os requerimentos formulados e determinando aos órgãos de imprensa que nada publicassem a respeito do caso, sob pena de multa e desobediência.

A agência *Diarios y Noticias Sociedad Anonima* interpôs recurso de apelação contra essa decisão, que foi parcialmente provido pela Câmara Nacional de Apelações Cíveis para proibir apenas a difusão de qualquer notícia vinculada à filiação da criança enquanto não proferida a sentença e aos nomes das partes e terceiros interessados.

A agência de notícias, então, interpôs recurso extraordinário à Corte Suprema de Justiça alegando, em síntese, violação aos artigos 14 e 32 da Constituição e ao art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sustentou que a proibição da censura prévia é garantia constitucional absoluta.

A Corte Suprema de Justiça deu provimento ao recurso extraordinário, embora em alcance mais restrito do que o pleiteado pela agência recorrente.

Com efeito, pretendia a recorrente que não incidisse qualquer restrição à divulgação de informações referentes à ação de investigação de paternidade movida em face de Diego Maradona.

O tribunal supremo, no entanto, reiterando inicialmente o seu compromisso com a liberdade de imprensa²⁰¹, invocou os artigos 3º e 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança²⁰² e o art. 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰³, para sustentar que os direitos reconhecidos pela Constituição e pelos tratados internacionais com força de norma constitucional devem ser interpretados harmonicamente de modo a “*achar um âmbito de correspondência recíproca dentro do qual obtenham sua maior amplitude os direitos e garantias individuais*”.²⁰⁴ E assim, entendendo que deveria harmonizar a proteção da liberdade de imprensa, com a consequente proibição da censura prévia, e o direito das crianças de não serem objeto de interferência arbitrária ou ilegal em sua vida privada, decidiu o tribunal que a publicação do nome da menor “*representaria uma indevida intromissão em sua esfera de intimidade*”,²⁰⁵ o que poderia causar danos ao seu desenvolvimento psicológico e social.

Reconheceu, porém, o tribunal que a proibição de divulgar qualquer notícia vinculada à filiação da criança excedia a tutela requerida pela intimidade da menor, restringindo a proibição apenas à divulgação dos dados que pudessem conduzir à identificação da criança.

Os votos vencedores, proferidos pelos Ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos Fayt, Antonio Boggiano, Guillermo López, Gustavo Bossert e Adolfo Roberto Vázquez, apresentaram, em síntese, os seguintes argumentos para proibir a publicação de dados que conduzissem à identificação da criança:

²⁰¹ Considerando 6º da ementa do caso Diego Maradona: “entre as liberdades que a Constituição Nacional consagra, a de imprensa é uma das que possuem maior importância, de forma que sem o seu devido resguardo existiria tão somente uma democracia desmedrada ou puramente nominal”.

²⁰² “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” e “Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”.

²⁰³ “qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito às controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores”.

²⁰⁴ Considerando 11º da ementa do caso Diego Maradona

²⁰⁵ Considerando 14º da ementa do caso Diego Maradona

— que as garantias constitucionais não são absolutas, desenvolvendo-se dentro de um marco que protege a finalidade para a qual são instituídas, e que, quanto à liberdade de expressão, sua finalidade consiste em assegurar aos cidadãos informação suficiente para opinar e exercer seus direitos;

— que, embora toda censura prévia contenha forte presunção de inconstitucionalidade, nem tudo que se divulga pelos meios de comunicação encontra amparo na liberdade de expressão e de imprensa reconhecidas pela Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos porque estes documentos normativos protegem a livre expressão de ideias e a busca, recepção e difusão de ideias e informações, e não absolutamente tudo que se pretende dizer;

— que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também admite a censura aos espetáculos públicos para proteção da moral da infância e da adolescência o que demonstra a primazia que o tratado confere aos direitos das crianças em confronto com demais direitos fundamentais que também reconhece;

— que ninguém pode se imiscuir na vida privada de uma criança sem a autorização de seus parentes ou responsáveis; a criança é uma pessoa em plena formação e carece de discernimento para dispor de um aspecto tão íntimo de sua personalidade;

— que a preservação do nome da criança não implica restrição da publicidade dos atos governamentais, o que seria violação à própria essência do sistema republicano, nem ocultação dos atos jurisdicionais, mas apenas proteção da intimidade de quem recorre ao processo judicial para exercer suas pretensões (como a investigação de paternidade);

— que a proibição de difundir qualquer informação sobre o processo que permita identificar a criança pela publicação de seu nome ou imagem, assim como a imagem e domicílio de sua mãe, é a maneira própria de se conciliar o direito à privacidade da criança com o direito à liberdade de expressão;

— que — embora a liberdade de imprensa goze de uma posição privilegiada e a proteção à honra e à intimidade das pessoas não admita, como regra, intervenção judicial preventiva, mas medidas de caráter reparatório — se não existe incerteza quanto ao prejuízo da informação, parece razoável conceder ao juiz o poder de impedir ou limitar a liberdade de expressão;

— que a Convenção sobre os Direitos das Crianças, tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também goza de hierarquia constitucional no ordenamento jurídico argentino, recebendo caráter prevalecente os direitos fundamentais das crianças: sua privacidade merece maior proteção do que a proteção outorgada à privacidade dos adultos;

— que, em se tratando de crianças, as responsabilidades ulteriores como meio de sanção para o exercício abusivo da liberdade de imprensa não se prestam a preservar o livre desenvolvimento de sua personalidade;

— que a simples proibição de publicar o nome da criança e os dados que permitam a sua identificação em nada afeta o debate democrático e permite conciliar os valores em conflito (liberdade de imprensa x direito à privacidade), sem transformar a criança em um “objeto midiático”.

Apresentaram votos dissidentes os Ministros Augusto César Belluscio e Enrique Santiago Petracchi. Ambos entenderam que a proibição imposta pela Câmara Nacional de Apelações Cíveis seria vedada pelo ordenamento constitucional argentino, inclusive no que diz respeito à proibição de publicar o nome da criança.

O Ministro Belluscio ressaltou que se tratava de resolver a alegada contradição entre a proibição da censura prévia reconhecida pela Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a preservação do interesse superior das crianças contra ingerências arbitrárias reconhecidas pela Convenção sobre os Direitos da Criança. Observando que as normas da Constituição têm igual hierarquia e devem se submeter a uma coerência harmônica, sustentou o Ministro que a proibição da censura prévia é absoluta na Constituição, que, por

sua vez, “veda terminantemente o controle prévio do que se vai expressar por meio da imprensa”.²⁰⁶ Sendo assim, a solução válida do conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da dignidade e intimidade das pessoas está na imposição da responsabilidade civil e penal dos que, “desvirtuando da liberdade que a Constituição lhes reconhece, utilizam a imprensa para cometer delitos ou atos ilícitos civis”.²⁰⁷

De acordo com o Ministro Belluscio, restringir a liberdade de imprensa antes da publicação, proibindo-a, significaria entender, previamente, que a imprensa seria incapaz de exercer com responsabilidade a sua função, demonstrando também desconhecimento quanto ao efeito dissuasivo das sanções ulteriores que o ordenamento prevê para quem exerça indevida ingerência na vida privada da criança. O melhor interesse da criança não está necessariamente atendido por meio das proibições impostas à imprensa no que diz respeito às ações de investigação de paternidade. Na Argentina, que “conheceu uma dramática história de ocultação de filiações de crianças”,²⁰⁸ a proibição de publicar notícias relacionadas à filiação de crianças não constituiu, necessariamente, a melhor forma de melhor atender aos seus interesses.

Em seu voto dissidente, o Ministro Petracchi destacou que o sistema normativo que resulta dos artigos 14 e 32 da Constituição e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pode ser sintetizada no seguinte comando: categórica proibição da censura prévia e admissão de responsabilidades ulteriores. Trata-se de vedação à censura que segue uma tradição de constituições latino-americana e é mais abrangente que as regulamentações dos sistemas mundial, europeu e mesmo norte-americano. A proibição de estabelecer censura se estende também aos órgãos judiciais que não a podem exercer a pretexto de ditar medidas cautelares ou preventivas.

Acrescentou o Ministro que a redação do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos proíbe a censura prévia em termos absolutos, o que

²⁰⁶ Voto proferido pelo Ministro Augusto César Belluscio no julgamento do caso Diego Maradona.

²⁰⁷ Idem

²⁰⁸ Idem

decorreu da expressa manifestação dos delegados presentes na Conferência Interamericana que, alertados pelo delegado dos Estados Unidos da América, recusaram a modificação do texto normativo, entendendo que a censura deveria estar proibida em termos absolutos. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disse o Ministro, também é categórica quanto à proibição da censura.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, ao determinar que sempre fosse observado o melhor interesse da criança, não quis com isso autorizar a ignorância das normas legisladas para atender aos interesses da criança. Estes se observam com a atuação do poder público conforme ao direito. Não há autorização que subverta todo o ordenamento jurídico a fim de proteger o melhor interesse da criança. O interesse deve ser protegido no âmbito de interpretações e aplicações possíveis do direito.

Quanto ao fato de a censura ser exercida por juízes, pessoas bem preparadas e imparciais, no contexto de resolução de um conflito de interesses, o Ministro Petracchi salientou:

“em matéria de censura, o caminho do inferno está calçado de boas intenções. A aversão aos sistemas de censura não está baseada na presumida desonestidade ou ignorância dos que a exercem. Os probos e os doutos foram historicamente os censores mais eficazmente repressivos no momento de exercer a atividade censora. A própria dinâmica do sistema de censura é nociva — com sua tutela paternalista que controla antecipadamente o que se pode dizer, ouvir ou ver — não as pessoas chamadas a executá-lo”.²⁰⁹

Não há, segundo o Ministro, juízo de escolha a se efetuar. Esta já foi feita pelas leis constitucional e convencional. A proibição da censura prévia é absoluta. O abuso se combate com responsabilidades ulteriores e o sistema jurídico, a calar o debate, preferiu correr o risco da violação a direitos, admitindo apenas a imposição de sanções *a posteriori*.

²⁰⁹ Voto proferido pelo Ministro Enrique Santiago Petracchi no julgamento do caso Diego Maradona.

4.5

A censura judicial: os *standards* normativos e os padrões argumentativos identificados na jurisprudência da Corte Suprema de Justiça

Ao descrever essas três relevantes decisões proferidas pela Corte Suprema de Justiça sobre a censura judicial e a liberdade de expressão, procurou-se ressaltar os padrões argumentativos que a jurisprudência constitucional argentina vem observando ao longo de mais de 20 (vinte) anos a fim de compará-los aos que são utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, cabe enunciar, em seguida, os principais *standards* normativos que foram adotados pela corte a partir dos padrões argumentativos apresentados nos três mencionados casos que foram submetidos a seu julgamento.

Quanto ao tema da censura judicial, a análise desses três acórdãos representativos da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça permite identificar os seguintes *standards* normativos:

— o direito à liberdade de expressão não é absoluto, mas se exerce em caráter preferencial, proibindo-se a censura à manifestação do pensamento;

— a proibição de censura se estende a todas as etapas que compreendem a divulgação do pensamento: elaboração, impressão, distribuição e venda;

— a imprensa livre e não sujeita à censura é condição necessária para a existência de um governo republicano e democrático e o meio de informação mais apto e necessário para formar uma opinião pública vigorosa e atenta à atividade da administração;

— os artigos 14 e 32 da Constituição argentina asseguram a todos os habitantes o direito de publicar suas ideias pela imprensa sem censura prévia, liberdade ampla e que não está sujeita à regulamentação por lei e que conferem à liberdade de imprensa um caráter preferencial;

— a Constituição argentina não consagra direitos absolutos e a liberdade de imprensa não constitui direito absoluto, mas a proibição da censura prévia, tal como a proibição de promulgar lei que regulamente a imprensa, é garantia constitucional absoluta no ordenamento jurídico argentino;

— os meios de comunicação são o âmbito natural do exercício da liberdade de expressão, padecendo de forte presunção de inconstitucionalidade toda censura prévia que sobre eles se exerça;

— a imposição de responsabilidades ulteriores civis e penais é a sanção prevista pelo ordenamento constitucional para os casos de exercício abusivo do direito à liberdade de expressão e imprensa;

— os juízes devem proteger as liberdades asseguradas pela Constituição, não lhe sendo permitido atuar como tribunais de censura e agir como censores para proibir a manifestação do pensamento;

— o sistema de censura é um mal em si, independentemente do preparo intelectual e da imparcialidade daqueles chamados a exercer o papel de censor, não se admitindo a tutela paternalista sobre o que se vai ver, ouvir e dizer;

— a proibição da censura prévia é um risco que os cidadãos devem suportar por viver em uma atmosfera de plena liberdade de expressão, sendo certo que a Constituição prefere a reparação à prevenção.

Por outro lado, no caso Diego Maradona, a Corte Suprema de Justiça — embora com os (corajosos) votos dissidentes dos Ministros Augusto César Belluscio e Enrique Santiago Petracchi — permitiu que se estabelecesse uma proibição à imprensa no sentido de não se publicasse o nome da criança que ajuizara a ação de investigação de paternidade.

Ao dar provimento ao recurso extraordinário, a Corte Suprema de Justiça restringiu a possibilidade de censura imposta pelo juiz de primeiro grau. Da

proibição total de divulgação de informações relacionadas ao processo à proibição da difusão de qualquer notícia vinculada à filiação da criança e aos nomes das partes enquanto não proferida a sentença, a Corte Suprema de Justiça considerou apenas que a publicação do nome da criança implicaria indevida intromissão em sua intimidade. Apenas a publicação do nome da criança, então, ficou proibida.

E essa decisão foi alvo de crítica doutrinária, levando Badeni a sustentar que a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça se move em caráter pendular.²¹⁰

Verifica-se, de qualquer forma, que absolutamente todos os Ministros da Corte Suprema de Justiça da Nação, ao menos desde o caso Horacio Verbitsky, julgado em 1989, vêm reconhecendo expressamente o caráter prevalente da liberdade de expressão e a proibição quase absoluta da imposição da censura prévia. No entanto, segundo constou da ementa do acórdão do caso Servini de Cubría:

“nem tudo que se difunde pela imprensa escrita ou em programas de rádio e televisão ou por qualquer outro meio goza do amparo outorgado pela proibição de censura prévia, senão aquilo que, por seu conteúdo, se enquadra na noção de informação ou difusão de ideias”.

Essa afirmação nos remete a um problema de ordem conceitual. Observados os fundamentos judiciais que se apresentaram, é possível sustentar que não se trata apenas de verificar se a censura prévia está proibida ou permitida (seja no ordenamento interamericano, seja no argentino ou brasileiro) pelo art. 13 da Convenção Interamericana ou pelas normas constitucionais, mas de delimitar a que o espaço normativo da liberdade de expressão. Como se ressaltou no capítulo 2, faz-se necessário verificar em que limites se situa a liberdade de expressão e, assim, delimitar o seu âmbito de proteção e a sua esfera normativa.

Na proteção à liberdade de expressão e de imprensa conferida pelo ordenamento constitucional argentino, a censura prévia, inclusive a judicial, é absolutamente proibida. Embora o direito à liberdade de expressão não seja considerado absoluto, ainda que se lhe reconheça caráter preferente, a

²¹⁰ BADENI, *op.cit.*, p. 694

impossibilidade de imposição de censura prévia aos que querem publicar suas ideias e divulgar informações por qualquer meio de imprensa é garantia constitucional absoluta. Garantia que também se estende aos casos em que a proibição é ordenada pelo poder judiciário.

Passemos, por fim, à análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.