

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FONTE JORNALÍSTICA: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luiza Silveira Lopes¹

Plínio Melgaré ^{**}

Resumo: O presente artigo tem por objeto o estudo da extensão e dos limites que o direito ao sigilo da fonte jornalística assume no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, pretende-se analisar o estado da arte – nos planos normativo e jurisprudencial – além da conformação histórica e jurídica da liberdade de expressão jornalística. Busca-se averiguar, ainda, se o caso *Glenn Greenwald* e as reportagens divulgadas no *The Intercept Brasil* viariam a reconfigurar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, considerando as peculiaridades apresentadas nesse caso concreto. A análise irá do geral – visão global acerca da liberdade de expressão, nos planos jurisprudencial e normativo – ao particular - caso Glenn Greenwald, construindo os argumentos com base na doutrina e nos julgados do STF.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão; Sigilo da Fonte Jornalística; Direitos Fundamentais; Direito Constitucional; Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução – 2. Liberdade de expressão jornalística:

¹ Acadêmica de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

^{**} Mestre em Ciências Jurídico-filosóficas pela Universidade de Coimbra. Professor na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor no curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

a visão do conjunto – 3. O resguardo ao sigilo da fonte jornalística. 3.1 - Aporte histórico: a dimensão democrática das liberdades de comunicação. 3.2 - O sigilo da fonte como instrumento da liberdade de informação. 3.3 - O sigilo da fonte como direito fundamental – 4. Caso Glenn Greenwald e as reportagens do The Intercept Brasil – 5. Extensão e limites que o direito ao sigilo da fonte jornalística assume no ordenamento jurídico brasileiro. 6 – Conclusão. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO



Um jornalista obtém acesso, via *fonte anônima*, a um acervo de mensagens privadas trocadas entre autoridades públicas, dentre as quais o Magistrado, Procuradores e Delegados atuantes na *força-tarefa* de uma grande operação policial. O conteúdo dos diálogos – que poderiam indicar, inclusive, quebra da imparcialidade por parte do aludido juiz de direito – origina uma série de reportagens que são publicadas em uma agência de notícias especializada em jornalismo investigativo.

Na sequência, o referido jornalista passa a ser alvo de uma série de atos e medidas tendentes a constranger e limitar a sua atuação profissional, além de ações estatais visando a obliteração do sigilo constitucional da fonte que forneceu os dados, diálogos e mídias que embasaram as matérias.

O cenário acima relatado – de efetiva supressão da atividade jornalística, ao arrepio da Constituição e das Democracias – é a primeira justificativa deste artigo.

A segunda justificativa é a inegável importância do assunto, bem como a necessidade de estabelecimento de parâmetros e diretrizes interpretativas acerca do direito fundamental à liberdade de imprensa e, por via de consequência, o direito de resguardo ao sigilo da fonte jornalística.

As discussões travadas em julgados do Supremo

Tribunal Federal evidenciam a importância do tema e a incontornável necessidade de estabelecer parâmetros e diretrizes interpretativas acerca do direito fundamental à liberdade de imprensa, bem como a resolução do conflito deste direito com o interesse estatal de persecução criminal.

A complexidade do assunto – que envolve não um, senão diversos subtemas que se interligam – determina que, desde logo, seja traçada a delimitação do objeto específico desta investigação. Assim, o problema central que o artigo procura responder diz respeito à extensão e aos limites que o direito ao sigilo da fonte jornalística assume no ordenamento jurídico brasileiro, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para os propósitos deste estudo, inicialmente será apresentado o estado da arte – nos planos normativo e jurisprudencial – relacionado à liberdade de expressão jornalística.

Na sequência, será abordado o tema específico do sigilo da fonte jornalística: aporte histórico, instrumentalidade em face da liberdade de informação e, sob um viés jurídico, a caracterização do mesmo como um direito fundamental.

Superado esse aspecto, serão analisados o *caso Glenn Greenwald* e as reportagens divulgadas no *The Intercept Brasil*, ambos como pano de fundo para a sequência do estudo, relacionado à extensão e aos limites que o direito ao sigilo da fonte jornalística assume no ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, será feita uma análise da jurisprudência específica do Supremo Tribunal Federal e da doutrina especializada sobre a matéria.

Ao assim proceder, busca-se verificar se a atuação estatal tendente a limitar o direito ao sigilo da fonte jornalística se encontra em consonância com a atual ordem constitucional. Destaca-se que o artigo é resultado de uma pesquisa feita inicialmente pela acadêmica Luiza Silveira Lopes, co-autora do texto ora publicado.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA: A

VISÃO DO CONJUNTO

A Constituição Federal de 1988 reconhece a liberdade de expressão como um direito fundamental.³ Sem pretensões de encerrá-la em um conceito, *grosso modo*, compreende-se a liberdade de expressão em duas perspectivas:⁴ a uma, como um direito, a liberdade de expressão garante a possibilidade de publicamente externar pensamentos, opiniões, ideias, juízos de valor, afirmação de fatos, sem que, aprioristicamente, sofra-se restrições; a duas, como um princípio, que estabelece ao Estado e suas instituições o dever de assegurar e fomentar o livre trânsito das ideias.⁵ Afirma-se, pois, a natureza democrática que marca o texto constitucional. Afinal, a liberdade de expressão constitui elemento nuclear do Estado constitucional construído a partir do

³ De modo direto, a previsão se encontra no art. 5º, inciso IV, ao prever “*livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. O inciso IX do mesmo dispositivo dispõe ser “*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”. Ainda, o inciso XIV do artigo 5º dispõe que “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”. Ainda, o constituinte reiterou sua positivação no artigo 220, ao estabelecer que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”, sendo “*vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”. Para além da força normativa atribuída pela Constituição, a liberdade de expressão e de imprensa estão amparadas em instrumentos de proteção internacional de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, v.g., a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), em seu artigo 19, garante que “*Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”.

⁴ Assim em Joaquín Urias. *Libertad de expresión. Uma inmersión rápida*. Barcelona: Tibidabo, 2019, p. 51.

⁵ Como bem destaca Daniel Sarmento, “Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público.” *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, 2007.

período moderno.⁶ Sua origem, sem embargo, remonta ao próprio advento da modernidade que, por diversos fatores, venceu a mundividência teológica própria do medievo, que “conferia um sentido metafísico unitário a todos os domínios da existência individual e colectiva aos correspondentes espaços discursivos”.⁷

Há duas grandes categorias de justificativas para a liberdade de expressão: uma funcional e outra principiológica.⁸ Enquanto a primeira defende a liberdade de expressão por razões instrumentais e consequencialistas, afinal gera resultados benéficos para o funcionamento da sociedade e de suas instituições, a segunda categoria a defende por reconhecer o direito autêntico de as pessoas dizerem o que lhes aprouver. Em causa está um direito subjetivo que, em contrapartida, exige, por parte do Estado, tratar as pessoas como seres autônomos: seres morais aptos e responsáveis por suas escolhas. Portanto, não cabe a ninguém decidir e escolher o que as pessoas podem ouvir, ler e, por via de consequência, pensar. Em causa está a autonomia da pessoa em estabelecer suas convicções, bem como expressá-las. Decerto que em um quadro também de responsabilidades diante de abusos caracterizadores de ilícitos. Nesse diapasão, nada obstante as incertezas históricas da Primeira Emenda, Sullivan e Gunther⁹ destacam que esta foi construída com o escopo de servir a três valores principais: incrementar o conhecimento e a verdade no mercado das ideias, favorecer a democracia

⁶ Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) assim reconhecera em seu artigo 11: “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi”.

⁷ Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Stvdia Ivrida* 65. Coimbra: 2002, p. 13.

⁸ Nesse sentido, ver Ronald Dworkin. *O direito da liberdade*. trad. Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes: S. Paulo, 2006, p. 320.

⁹ Sullivan, K e Gunther, G. *First Amendment Law*, New York: Foundation Press, 2007, p. 04.

representativa e o autogoverno, bem como a promoção da autonomia pessoal e a autorrealização do indivíduo.

A liberdade de expressão – e toda a sua problemática – envolve diversas liberdades de comunicação. Nesse sentido, afivela-se à liberdade de expressão, a liberdade de imprensa. O percurso formativo dessas liberdades coincide,¹⁰ embora, aproxime-se esta do domínio dos meios de comunicação de massa (uma dimensão, portanto, pública), enquanto aquela seja afeita a um nível de comunicação pessoal. Nos termos da doutrina de Jónatas Machado, a liberdade de expressão surge em sentido amplo, como liberdade de comunicação, que alberga a liberdade de expressão *stricto sensu*, “por vezes designada por liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão.”¹¹ De fato, o direito à liberdade de expressão se substantiva como um “direito-fonte” de todas as liberdades comunicativas, *cluster rights*, como leciona Jonatas Machado.¹² Todos esses direitos, constitutivos do desenvolvimento existencial, assumem uma posição de primazia, como nucleares à própria condição da dignidade da pessoa humana, formatando positiva e negativamente o sistema político-jurídico. Desponta, nesse diapasão, a liberdade de informação, como o direito de se informar sem obstáculos.

A liberdade de imprensa é um caso especial da liberdade de informação,¹³ visto abarcar: (1) o acesso a informações, alcançadas a partir de fontes de acesso público ou por outros meios (por exemplo, matérias investigativas, entrevistas etc.) e, ao mesmo tempo (2) exigir uma proteção da informação e do informante, isto é, a preservação do segredo das fontes de informação e de seus agentes, estabelecendo uma relação de confiança entre

¹⁰ Conforme Jónatas E. M. Machado, obra citada, p. 504 e seguintes.

¹¹ Obra citada, p. 371.

¹² Obra citada, p. 372.

¹³ Nesse sentido, ver Bodo Pieroth e Bernard Schlink. *Direitos fundamentais*. 2ª. ed. trad. António Francisco de Sousa e António Franco. Série IDP. S. Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 283 e seguintes.

os *players* do processo de produção das informações.

Desenhada a fisionomia normativa, é preciso, de plano, salientar que, nada obstante sua necessária amplitude nos quadros de uma democracia constitucional,¹⁴ as garantias constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa não se encontram imunes a limitações.¹⁵ Pense-se, por exemplo, as limitações oriundas a partir do discurso de ódio.¹⁶

A Constituição brasileira de 1988 e os diplomas de direito internacional protegem expressivamente a liberdade de expressão. É justamente neste cenário que surgem as questões mais complexas relacionadas à matéria, nomeadamente em relação à fixação de limites a este direito, necessários à proteção de outros direitos igualmente relevantes, como a igualdade, a privacidade, a honra e o devido processo legal. Na expressão de Sarmiento, o quadro hoje é menos o de um Governo autoritário, tentando calar os críticos e dissidentes, e mais o de “*juízes e legisladores*

¹⁴ Releva observar as palavras do Ministro Ayres Britto no julgamento da ADPF 130: “A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso: 16/07/2020.

¹⁵ Conforme salienta Clemerson Merlin Clève: “*A despeito da experiência autoritária, da censura e da proscrição de todos ou de certos discursos nos meios de comunicação, isso não sugere uma leitura equivocada das liberdades de expressão e informação, que, assim como os demais direitos fundamentais, estão sujeitos a conformações e limitações*”. *Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial*. Revista Crítica Jurídica, nº 24, jan/dez 2005, fl. 259.

¹⁶ Veja-se, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos que, restringe a liberdade de expressão diante do denominado *hate speech*. Em seu artigo 13, n. 5, dispõe que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso: 16/07/2020

buscando fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes”¹⁷. Precisamente nesse cenário, sobressai o relevo da contextualização dos principais julgamentos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao tema.

A primeira decisão a ser destacada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal federal é datada de 2003, o paradigmático *Caso Ellwanger - HC nº 82.424/RS* - no qual se decidiu que a liberdade de expressão *não protegeria manifestações de cunho anti-semita*, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo. Fixou-se, na ocasião, uma limitação ao direito de liberdade de expressão, pelo menos em relação às expressões de intolerância racial - *hate speech*. Nos termos expostos pelo voto do Ministro Celso de Mello:

“(...) há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos de personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas (...)

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados de igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público”¹⁸

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da *ADPF nº 130*, decidiu que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ainda que o STF já houvesse firmado jurisprudência acerca da não recepção de alguns dos dispositivos daquele diploma legal, o reproche pleno recebido pela referida legislação,

¹⁷ SARMENTO, *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. In: Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 263-299.

¹⁸ STF, Tribunal Pleno. *HC nº 82.424*. Relator Min. Maurício Corrêa, *DJU* 19/03/2004.

própria de um período autoritário, reafirmou a importância da liberdade de imprensa no contexto das democracias. De outra banda, possibilitou o imediato acesso à Suprema Corte através da Reclamação, para a preservação da conformação dada ao direito pelo STF¹⁹.

Pela relevância desse julgamento, convém destacar alguns dos fundamentos trazidos nos votos dos integrantes da Suprema Corte.

O Relator, Ministro Ayres Britto, sustentou a total procedência da arguição – posição que se consolidou majoritária. Com amplo destaque ao teor do art. 220 da Constituição Federal – segundo o qual “*a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*” – argumentou pela plenitude da liberdade de informação jornalística, cabendo apenas *posteriormente* a reação de eventuais prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem. Nessa linha de raciocínio, fundamentou que são incompatíveis com o texto constitucional quaisquer *limitações de oportunidade/duração*, bem como de *conteúdo/extensão* ao exercício da imprensa, ou eventual *mediação do Estado* entre a imprensa e a sociedade civil. Pontuou, ainda, a incompatibilidade de qualquer regulamentação infraconstitucional à atividade comunicacional, na medida em que o comando constitucional seria “*intransponivelmente proibitivo da intromissão estatal*”.

De modo diverso, o Ministro Joaquim Barbosa sustentou a possibilidade de intervenção estatal na liberdade de imprensa, ponderando que “*nem sempre o Estado exerce uma influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo*”.

¹⁹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF*. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Nos votos do Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes são afirmados outros fundamentos interessantes a favor da possibilidade de regulação da atividade da imprensa: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo Celso de Mello, “*o estatuto das liberdades públicas (...) não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado*”. Gilmar Mendes, em igual sentido, pontuou que “*a lei, nesse ponto, cumpre o fundamental papel de proteção da liberdade de imprensa em seu duplo significado, como direito subjetivo e como princípio objetivo ou garantia institucional. Assegura o exercício da liberdade de imprensa não só contra o Estado, mas também em face da própria imprensa*”.

Em uma terceira via, o Ministro Marco Aurélio votou pela total improcedência da arguição, por não vislumbrar preceito fundamental violado no caso concreto. Segundo o Ministro, os dispositivos da Lei de Imprensa representativos do cerceamento à atividade jornalística já haviam sido depurados, ao longo dos anos, pelo Poder Judiciário, remanescendo no diploma impugnado regulamentações relevantes e que não estariam atingidas por eventual incompatibilidade com a Constituição. Em outras palavras, preocupou-se o Ministro com o “*vácuo legislativo*” gerado pela não recepção, como um todo, da Lei de Imprensa, especificamente no que tange aos procedimentos para o exercício do direito de resposta, bem como prazos prescricionais diferenciados previstos naquele diploma.

Avança-se na análise da jurisprudência, e, também no ano de 2009, o STF se debruçou sobre a recepção do artigo 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/69, que exigia a apresentação de diploma universitário de jornalismo como condição para a obtenção de registro profissional. No julgamento, nos autos do *RE nº 511.961*, estabeleceu o Supremo, por maioria, a não-recepção do

dispositivo²⁰. A decisão representou, na concepção da Suprema Corte brasileira, o fim de uma *condição restritiva para o exercício da profissão* que acabava limitando a liberdade de imprensa. Nos termos do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes:

“(...) no campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX e XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação (...)”.

Em 2010, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.451 – impugnando dispositivos da Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) que vedavam a realização de *“trucagem, montagem ou recurso que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação”*. O Plenário da Suprema Corte, por maioria, julgou procedente a ação, suspendendo a eficácia dos dispositivos atacados, fixando a inconstitucionalidade dos dispositivos que tinham *“finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático”*²¹. Pontuou o Relator da ADI, Min. Alexandre de Moraes:

“o direito fundamental à liberdade de expressão (...) não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias”.

No mesmo julgado, há relevante fundamento trazido pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de equiparação das atividades humorística e de criação artística à liberdade de expressão. Como consequência, também estariam essas manifestações

²⁰ STF, Tribunal Pleno. RE 511.961. Relator Min. Gilmar Mendes. DJU 13/11/2009.

²¹ STF, Tribunal Pleno. ADI nº 4.451. Relator Min. Alexandre de Moraes. DJU em 06/03/2019.

revestidas da proteção contra qualquer tipo de restrição-censura ilegítima. *In verbis*:

“A crítica exteriorizada pelos meios de comunicação social ou em programas artísticos, quaisquer que sejam os recursos utilizados, em especial o humor, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas.”

Releva destacar o caso julgado pela a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no qual se analisou se houve a incitação de ódio promovida por líder religioso contra outras religiões e se tal fato configurar-se-ia como crime de racismo, nos termos do artigo 20, §2º, da Lei nº 7.716/81.²² Nos termos da denúncia, um líder religioso, valendo-se de vídeos e de outras formas de manifestação, teria ofendido autoridades de religiões diversas, assim como adeptos de outras crenças. Ainda, teria pregado a extinção de algumas religiões, além de lhes atribuir fatos ofensivos. Condenado em instâncias inferiores, buscou, infrutiferamente, absolvição no Superior Tribunal de Justiça. Por fim, apresenta recurso ao STF em que postula o trancamento da ação penal por falta de tipicidade de sua conduta, que estaria, em suma, albergada pela liberdade de expressão. Por maioria, a Segunda Turma negou provimento ao recurso. Expressivo foi o

²² STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>. Acesso em 16/07/2020. Dentre outras manifestações, conforme consta no acórdão, o acusado, líder religioso, em vídeos, “(...) exhibe os livros 'guia das ciências ocultas', 'Wicca', 'Feitiçaria Antiga', 'Dogma' e 'Ritual de Alta Magia' e 'São Cipriano, o Bruxo', afirmando que: (1) irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio. (2) aduz que seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição. (3) Acrescenta que satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião. (4) Afirma ainda que o conteúdo dos referidos livros ensina enganos, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros. (5) Diz, por fim, se tratar de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo”

voto do Min. Celso de Mello, ao consignar que “Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações estatais (ou particulares) que lhes restrinjam os direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica”. Por força da liberdade de expressão, seja reconhecido o direito de dissentir, considera-se que este desborda da proteção jurídica e ingressa no campo do ilícito, quando, por exemplo, lesa bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como o patrimônio moral. E, nestes termos, afirmou o Ministro Celso de Mello: “É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”. No caso, as afirmações do pastor foram excessivas, por que odiosas. Considerou-se que a incitação ao ódio público contra outras crenças religiosas e seus devotos não encontra tutela na liberdade de expressão nos moldes da normatividade constitucional. E que, no caso concreto, houve insulto, ofensa e incitação ao ódio.²³

Em caso análogo, embora não caracterizado um caso de *hate speech*, o Ministro Edson Fachin estabelece contornos

²³ De modo expressivo, a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, em sua Recomendação Geral n. 15, disponível em <https://rm.coe.int/09000016808b5b01>, reconhece que o discurso de ódio extrapola os limites da liberdade de expressão. De modo substantivo, o emissor do discurso de ódio vale-se de aspectos pessoais, como raça, cor, sexo, identidade de gênero, incapacidade física, orientação sexual, para refletir ou promover a irracional – porque sem razões – presunção de que é superior a alguém ou a um grupo de pessoas visadas pelo emissor. No mesmo documento, observa-se que o discurso de ódio se manifesta de diversos modos. Para além da expressão verbal ou escrita, vale-se igualmente de linguagem codificada. Acaso, não seria o caso dos vídeos de supremacistas brancos bebendo leite? Ver, entre outros, <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2018/10/supremacistas-brancos-bebem-muito-leite-por-que-isso-preocupa-cientistas.shtml>.

dogmáticos onde se descortina o discurso discriminatório. Para tanto, faz-se necessário vencer três etapas: “Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.”²⁴

Nada obstante os julgamentos acima referidos, a prática do Supremo Tribunal Federal não evidencia uma caracterização mais precisa do conteúdo do discurso de ódio. Conforme evidencia Ingo Sarlet,²⁵ no Inquérito 4694/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma do STF rejeitou denúncia contra parlamentar que, durante uma palestra, teria se manifestado de modo discriminatório e negativo sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs. A acusação envolvia a incidência da prática de comportamentos discriminatórios criminosos previstos no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Para o Colegiado, não se provou o conteúdo discriminatório das declarações, protegidas que estariam pela liberdade de expressão. Somado a isso, a imunidade parlamentar, prevista no artigo 53, da CF, asseguraria a proteção da fala. Majoritariamente, para os magistrados, o discurso do acusado, no que diz respeito aos quilombolas, ainda que expressasse posição de superioridade, não instigara atos de repressão e de supressão dessa população, necessário para a tipificação do mencionado artigo 20, da Lei nº 7.716/1989. Portanto, não se consubstanciou como

²⁴ RHC 134682. Rel. Ministro Edson Fachin. Primeira Turma. Julgado em 29/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125> . Acesso em 16/07/2020.

²⁵ Em *Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais*. Revista Estudos Institucionais. V. 6, n.1/2020. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428> . Acesso: 22/08/2020.

um discurso discriminatório. E mesmo o fato de o parlamentar, para se referir ao peso corporal dos quilombolas, ter utilizado a expressão arroba e que sequer para procriador serviriam não caracteriza manifestação viés desumanizador. Teria sido apenas um modo infeliz de expressar que uma pessoa está acima de seu peso ideal... Contudo, (de)limitações à liberdade de expressão justificam-se topicamente em razão de sua repercussão sobre os direitos de personalidade e a possibilidade de seu conteúdo afrontar a dignidade humana. Por exemplo, um discurso com teor racista ou que atinge grupos minoritários em uma franca narrativa discriminatória. Afinal, o reconhecimento jusfundamental da liberdade de manifestação do pensamento, por mais alargado que seja seu suporte fático, não se legitima como instrumento de veiculação de opiniões transgressoras da axiologia normativo-constitucional.

Avançando, em 2018, o STF concluiu o julgamento da *ADI nº 2.566-DF*, reconhecendo a inconstitucionalidade no dispositivo previsto no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.612/98, que vedara “*o proselitismo de qualquer natureza em programação das emissoras de radiodifusão comunitárias*”. Em suma, a Suprema Corte fixou o entendimento de que o discurso proselitista – aquele que visa promover a adesão do outro a uma ideia ou a um sistema de ideias (v.g., uma religião, doutrina, movimento social, cultural ou artístico) - é inerente à liberdade de expressão, podendo o mesmo ser livremente veiculado em serviços de radiodifusão comunitária²⁶. Desse julgado, destacam-se alguns pontos.

Em primeiro lugar, a controvérsia versada no caso envolvia não só os limites à liberdade de expressão no contexto das rádios comunitárias, mas também a relação entre o discurso proselitista, a liberdade religiosa e a ação voltada a angariar novos fiéis de determinada religião/crença. Conforme o voto da

²⁶ STF, Tribunal Pleno. *ADI nº 2.566*. Relator Min. Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão Min. Edson Fachin. *DJU* 23/10/2018.

Ministra Rosa Weber, a prática do proselitismo, além de integrar o próprio conteúdo do livre exercício da expressão, também envolve, no caso do proselitismo religioso, componente do livre exercício da crença, podendo ser limitado somente para “*proteção de bem jurídico relevante, como a garantia da paz ou da segurança (...)*”. Sustenta a Ministra que

“Ainda que as rádios comunitárias venham a se apresentar como únicas do seu gênero em um determinado bairro ou comunidade, isso não significa detenham qualquer tipo de monopólio sobre a divulgação de ideias naquela localidade. O conteúdo por elas transmitido enfrentará a concorrência das ideias veiculadas nas rádios comerciais, na televisão, na Internet, nos jornais, nas revistas, nos livros, nos panfletos, e mesmo nas próprias ruas e praças.”

No mesmo sentido, e de modo ainda mais contundente, destacou o Ministro Celso de Mello a importância do proselitismo enquanto componente da *livre difusão de ideias* nas rádios comunitárias – observados os limites materiais à liberdade de expressão já fixados em julgados anteriores da Corte:²⁷

“(...) a prática do proselitismo representa elemento de concretização do direito à livre difusão de ideias. (...) temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica, política, cultural ou ideológica, quaisquer que sejam – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer corrente de pensamento – estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional

²⁷ Há, ainda, outros tantos casos representativos da atuação do Supremo Tribunal Federal como consolidador das liberdades de expressão e de imprensa - os quais apenas não serão objeto de detida análise em razão da delimitação temática deste estudo: *Caso Gerald Thomas – HC nº 83.996*; manifestação da *Marcha da Maconha* como forma de apologia ao crime – *ADPF 187*; *Caso Globo x Garotinho – Petição nº 2.702*; *Caso Estadão x Fernando Sarney - Reclamação nº 9.248*; classificação indicativa de diversões públicas e programas de rádio e televisão – *ADI nº 392, RE nº 265.297 e ADI 3.927*; publicidade dos produtos fumógenos – *ADI nº 3.311* e a desnecessária autorização prévia para a publicação de biografias – *ADI nº 4.815*. Jurisprudência selecionada sobre liberdade de comunicação e imprensa se encontra em CANOTILHO, J. J. SARLET, I. W. STRECK L. L. MENDES, G. F. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 253-255.

de expressão e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às posições doutrinárias em geral. (...)

É certo, no entanto, que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. (...)

O direito ao dissenso, ainda que se revele mediante atos de proselitismo veiculados na programação das emissoras de radiodifusão comunitária – desde que tais atos não resvalam, abusivamente, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, em virtude de conduta desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, encontra suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, mesmo que, de sua prática, possam resultar posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.”

Releva salientar que a temática ocupa verdadeiro protagonismo na pauta jurídico-política brasileira, estimulando relevantes debates no Supremo Tribunal Federal. Em especial, no que diz respeito aos limites à liberdade de expressão em casos envolvendo manifestações em defesa da ditadura militar e do fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. As discussões - ainda em andamento - ocorrem nos autos da *ADPF nº 572* e do *Inq 4781*, relacionados às investigações que apuram notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e outras infrações que atinjam a honorabilidade institucional do Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firma no sentido de que, em matéria de comunicação em geral, as restrições à liberdade de expressão e de imprensa devem ser reservadas a casos excepcionais, sempre justificadas pela necessidade de resguardo de outros valores constantes da ordem constitucional. Ainda, que a liberdade de expressão, conforme a linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, goza de um *status* normativo preferencial (*preferred position*)

prima facie diante de outros direitos, em especial aos direitos da personalidade.²⁸ E, nesse sentido, estabelecer topicamente o núcleo de proteção desse direito, bem como a definição específica de sua limitação.

Em termos dogmáticos, a racionalidade da posição preferencial da liberdade de expressão ancora-se no fato de a normatividade constitucional expressamente – e com pormenores – fixar elementos de controle e de limitação à liberdade de expressão, *verbi gratia* as restrições ao legislador contidas no artigo 220 e, sobretudo, a expressiva proibição à censura. A seletividade do constituinte originário, que pré-fixou os limites à liberdade de expressão, e não o fez com outros direitos, como, p. ex. o direito à privacidade, evidencia uma opção de natureza axiológica. Sem embargo, as reduções ao exercício da liberdade de expressão, para além das hipóteses constitucionalmente previstas, exigem uma argumentação contundente a fim de justificá-las.²⁹

3. O RESGUARDO AO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA

3.1. APORTE HISTÓRICO: A DIMENSÃO DEMOCRÁTICA DAS LIBERDADES DE COMUNICAÇÃO

Um sistema democrático ultrapassa a mera realização de

²⁸ Em termos dogmáticos, a racionalidade da posição preferencial da liberdade de expressão ancora-se no fato de a normatividade constitucional expressamente – e com pormenores – fixar elementos de controle e de limitação à liberdade de expressão, *verbi gratia* as restrições ao legislador contidas no artigo 220 e, sobretudo, a expressiva proibição à censura. A seletividade do constituinte originário, que pré-fixou os limites à liberdade de expressão, e não o fez com outros direitos, como, p. ex. o direito à privacidade, evidencia uma opção de natureza axiológica. Sem embargo, as reduções ao exercício da liberdade de expressão, para além das hipóteses constitucionalmente previstas, exigem uma argumentação contundente a fim de justificá-las.

²⁹ Nesse sentido, ver Ingo W. Sarlet em *Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais*. Revista Estudos Institucionais.. V. 6, n.1/2020. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428> . Acesso: 22/08/2020.

eleições livres e periódicas. A densidade axiológica de uma democracia constitucional exige, de modo substantivo, um espaço de opiniões plurais. A se concluir, pois, que a liberdade de imprensa é da essência dos regimes democráticos.³⁰ Acaso, não é “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental (...) o mais precioso privilégio dos cidadãos (?)”.³¹ Significa dizer que *quanto mais a democracia é servida pela imprensa, mais a imprensa é servida pela democracia*, existindo uma relação, entre ambas, de *mútua dependência e retroalimentação*³².

Assenta-se que um dos propósitos da liberdade de imprensa, no contexto das democracias, é justamente o de fomentar o debate público e a pluralidade de opiniões, na efetiva concretização da expressão “*mercado livre de ideias*”, resultando em uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno³³. A metáfora do mercado livre de ideias³⁴ é o selo que caracteriza o sentido constitucional da liberdade de expressão no

³⁰ Já Rui Barbosa destacava: “A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alveja, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça”. *A imprensa e o dever da verdade*. Alta Cultura: 2013. Arquivo Kindle

³¹ Conforme Hugo Lafayette Black, *Crença na Constituição*. trad. Luiz Carlos de F. Paula Xavier. Forense: Rio de Janeiro, 1970, p. 63.

³² Valendo-se dos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, na ADPF 130. STF, Tribunal Pleno. ADPF 130, Relator Min. Carlos Ayres Britto. DJU 06/11/2009, p. 39 e p. 44.

³³ BINEBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Revista da EMERJ, v. 6, 2003, p. 364.

³⁴ A expressão “livre mercado de ideias” (*free marketplace of ideas*) é atribuída ao Juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes Jr. No caso *Abrams x United States*, em 1919, plasmou-se o conceito que relaciona o exercício da liberdade de expressão à lógica economicista do livre mercado. E, assim como em uma economia de livre mercado os produtos são concorrencialmente ofertados, proporcionando um benefício aos seus consumidores, um livre trânsito de ideias, afirmadas e contraditadas, ofertaria condições para que as melhores ideias sobrevivam, a partir de escolhas autônomas feitas pelos cidadãos.

cenário ideológico-cultural dos Estados Unidos. Arraigada a uma visão liberal, percebe a sociedade como um espaço para o livre trânsito das ideias no qual as pessoas propõem suas opiniões e ideologias. Caberia aos indivíduos, destinatários dos discursos, escolher livremente quais ideias seriam “compradas”. E, como em uma concorrência de ideias, as mais corretas, razoáveis, venceriam e permaneceriam circulando pelo mercado. Tudo muito sedutor, mas como bem obtempera o professor Joaquín Urías “se trata de una Asunción dudosa, que olvida las determinaciones de la estructura de la información y la posición dominante de las empresas informativas.”³⁵ Tal ponderação ganha relevo no universo comunicativo digital, sobretudo com os disparos massivos das denominadas *fake news* e o poder de controle das grandes corporações que operam nesse universo.

No ponto, a relação entre o regime democrático de governo e as liberdades de comunicação e imprensa se mostra tão imbricada que, não raro, o advento/consolidação de regimes *antidemocráticos* se dá através da utilização de mecanismos de obliteração a essas liberdades. Basta verificarmos que essa *tradição censória* existia desde o Império, quando o exercício da imprensa no Brasil foi acompanhado do controle do Estado, sendo comum a limitação a circulação de periódicos que veiculassem ideias oposicionistas³⁶. O modo como a censura era exercida nesse período se dava majoritariamente por “*meios coercivos extralegais, de modo a não escancarar a participação do governo*”, considerando o discurso liberal sustentado pelo Império. Segundo estudo desenvolvido por Tassia Toffoli Nunes,

“(…) O fato de que legalmente os jornalistas tinham seus direitos respeitados, exposto pelas absolvições quase certas,

³⁵ Libertad de expresión. Uma imersión rápida. Barcelona: Tibidabo, 2019, p. 71.

³⁶ Estudo histórico da relação entre censura e a imprensa no período imperial se encontra em LOPES, Dirceu F. *Uma história marcada por censura e resistência*. Observatório de Imprensa, 2008. Disponível em < http://www.observatorioidaimprensa.com.br/entre-aspas/uma_historia_marcada_por_censura_e_resistencia/ >. Também em CANOTILHO, J. J. SARLET, I. W. STRECK L. L. MENDES, G. F. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 252.

*obrigava o governo a tomar medidas de exceção para fazer calar a incômoda oposição (que não era tolerada nem pelo Ministro Bonifácio e muito menos pelo Imperador), o que era fonte de desgaste político e dificultava a negociação com setores importantes das elites que reivindicavam compromisso com as garantias liberais para permanecerem partes do Império (...)*³⁷.

Posteriormente, o Estado Getulista, notadamente no período do chamado Estado Novo, inaugurado em 1937, tratou de censurar os meios de comunicação, não raramente elaborando sua versão para fatos históricos, visando formar uma opinião pública favorável ao governo. Passou-se, nesse período histórico, à implementação de organismos burocratizados de controle da imprensa. O Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), instituído em 1939 e diretamente subordinado ao Presidente da República, estabeleceu a proibição de circulação de publicações e perseguiu, prendeu e torturou jornalistas e intelectuais³⁸.

Durante o período de ditadura militar, que perdurou de 1964 até 1985, também foram inúmeros os episódios de censura à imprensa, fechamento de periódicos, atos de intimidação estatal, invasão e depredação de sedes de jornais e até mesmo a *prisão* de jornalistas. De fato, o *mais prolongado período de censura da história do Brasil independente* fez da restrição à liberdade de imprensa a *principal peça de sua máquina de desmobilização e de supressão do dissenso*³⁹. Um dos episódios marcantes da censura foi a atuação do regime militar para ocultar uma

³⁷ NUNES, Tassia Toffoli. *Liberdade de Imprensa no Império Brasileiro*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 2010, p. 49. Disponível em < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-19072010-145527/publico/2010_TassiaToffoliNunes.pdf > Acesso em 10 jun. 2020.

³⁸ FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 207.

³⁹ GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 222.

epidemia de meningite que assolou o Brasil nos anos 70.⁴⁰

Nas frentes de resistência, o controle dos principais órgãos de comunicação fez florescer uma *imprensa alternativa*, que se opunha e denunciava os abusos autoritários. A revista “*Pif Paf*”, lançada poucas semanas após o golpe militar, teve o seu fechamento precoce - no terceiro mês de funcionamento - em decorrência de ameaças e prisões. Millôr Fernandes, então editor, vaticinou o fim da revista numa finíssima peça de humor e provocação: “*Se o governo continuar deixando circular essa revista (...) dentro em breve estaremos caindo numa democracia*”⁴¹.

Mais tarde, em 1967, sobreveio a edição da Lei nº 5.250/1967, conhecida como “*Lei de Imprensa*”, concebida em tom ditatorial. O aludido diploma – que, conforme já visto, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 - continha a previsão expressa de censura aos jornais, periódicos e empresas de radio-difusão (art. 1º, §1º). Ainda, limitava a livre publicação e circulação de livros e jornais *quando atentarem contra a moral e os bons costumes* (art. 2º) e previa um capítulo específico definindo crimes e cominando penas por “*abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação*” (capítulo de nº III).

Superado o período histórico em que a imprensa coexistiu com reiteradas ações restritivas por parte do Estado, adveio a (re)democratização e a promulgação da Constituição de 1988. Diante da (amarga) experiência de mais de duas décadas de regime em que o arbítrio imperava, compreende-se a opção constituinte de ofertar à sociedade brasileira um plexo de dispositivos

⁴⁰ Ver, entre outros, https://www.bbc.com/portuguese/amp/geral-53116243?__twitter_impression=true. Acesso em 10/08/2020.

⁴¹ MEMORIAL DA DEMOCRACIA. *Pif-Paf de Millôr renova o humor e a crítica*. Disponível em < <http://memorialdademocracia.com.br/card/pif-paf-de-millor-renova-o-humor-e-a-critica> >. Acesso em: 15 abr. 2020; CUNHA, José Eduardo Ambrósio de Brito. *Desenhos de humor, crítica e planejamento gráfico editorial: a revista Pif Paf (1964)*. Dissertação de mestrado, Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

relacionados à liberdade de imprensa. Tudo, decerto, em consonância com o ambiente democrático que se estabeleceu.

Do panorama geral dessa *normatividade*, apresentado neste estudo, no item anterior, passa-se a analisar a específica previsão constitucional da proteção ao *sigilo da fonte jornalística*, objeto nuclear deste artigo.

3.2. O SIGILO DA FONTE COMO INSTRUMENTO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A liberdade de imprensa encontra como relevante *instrumento* de efetivação a *proteção ao sigilo da fonte*. Trata-se, em apertada síntese, do *direito do jornalista de não revelar* a origem da obtenção de informações publicadas e, em outra dimensão, o *direito de a fonte não ter sua identidade trazida à tona*, com todas as implicações em sua esfera de direitos que possam decorrer dessa divulgação.

Há verdadeira justificativa de ordem *prática* para a *proteção do sigilo da fonte* para fins de efetivo desenvolvimento do trabalho jornalístico: no processo informativo - que não se restringe à *difusão*, mas abrange, em momento antecedente, a própria *obtenção* da informação – faz-se imprescindível a proteção da identidade da fonte, sem a qual pode haver a inibição decorrente de ameaças, represálias e toda espécie de prejuízo que a revelação da identidade da fonte poderia gerar.

O tema do sigilo profissional, que aqui alcança o jornalista e sua fonte, incontornavelmente se associa às liberdades comunicativas, cujo papel é decisivo para a formação de uma sociedade democrática. Por permitir a obtenção e a ampliação do conhecimento necessário para a formação de opiniões conscientes e a consequente participação cidadã na esfera pública, fortalece o pluralismo político, densificando a axiologia constitucional.

Em aprofundado estudo sobre o tema, Ana Lucia Menezes Vieira chega a traçar um paralelo entre a proteção do sigilo

da fonte e a proibição de censura, classificando ambos como *pilares de sustentação da liberdade de imprensa*. Segundo a autora, “*a fonte de informação desprotegida, ou a violação da sua identidade é forma de exteriorização da censura, pois restringe a liberdade que deve ser assegurada*”. Assim, refere o estudo que a revelação da fonte “*é uma forma de censurar a liberdade de imprensa, na medida em que pode impedir o profissional de ter amplo acesso à informação*”⁴²

Em suma, basta-nos, para os limites deste estudo, reconhecer que não existe liberdade de imprensa sem sigilo de fonte, sendo esta uma liberdade pública de que depende o exercício do bom jornalismo⁴³.

3.3. O SIGILO DA FONTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A concessão de uma espécie de *blindagem jurídica* ao jornalista, na acepção de *segurança jurídica* necessária para que este profissional exerça sua atividade de forma efetiva, com manutenção do compromisso do sigilo da fonte, parece ter sido uma preocupação do Constituinte democrático.

A Constituição brasileira de 1988, no capítulo dos “*Direitos e Garantias Fundamentais*” – ressalte-se: ampliando a diretriz seguida nas Constituições anteriores - passou a dispor sobre o “*resguardo ao sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional*”, no inciso XIV do art. 5º.

A inscrição de tal extrato ao diploma normativo – no sentido de *constitucionalização formal* ou *entrincheiramento* de tal

⁴² VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2012, p. 22-23.

⁴³ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *A inviolabilidade do sigilo da fonte*. Observatório de Imprensa. Disponível em < <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/a-inviolabilidade-do-sigilo-da-fonte> >. Acesso em 10 abr. 2020.

direito em diploma hierarquicamente superior⁴⁴ -, bem como a *fundamentalidade material*⁴⁵ - no sentido da importância do valor social que ele reflete – confere à inviolabilidade do sigilo da fonte jornalística a característica de *direito fundamental*⁴⁶. A liberdade de imprensa, por assim dizer, requer a extensão protetiva de uma relação de confiança que se estabelece entre a própria imprensa e os seus agentes informadores.

Nessa perspectiva, cumpre referir que os direitos fundamentais, segundo dispõe o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, são dotados de *justiciabilidade* - consistindo na garantia do titular do direito ver afastada, na via judicial, restrições impostas ao seu exercício – e de *aplicação imediata* - possibilidade de serem reivindicados sem a necessidade de mediações legislativas⁴⁷.

Significa também dizer que o *resguardo ao sigilo da fonte*, enquanto direito *fundamental*, possibilita ao titular exigir do Estado mais do que uma abstenção, uma atuação positiva que *garanta a aplicação desse direito*. Nessa direção, justifica-se que a legislação infraconstitucional repercute a necessária proteção. Assim, por exemplo, o faz o Código de Processo Civil que em seu artigo 388, inciso I, dispensa a parte de depor sobre fatos “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

Portanto, de todas as considerações acima traçadas, basta a conclusão parcial de que o *resguardo ao sigilo da fonte*, ao ser alçado à categoria de direito *fundamental*, conferiu a ele um *especial âmbito de proteção jurídica*, compatível com a *relevância*

⁴⁴ Acerca de supremacia formal e supremacia material das normas constitucionais, ver SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 24.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 13ª Edição, 2018, p. 147.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 40.

de sua importância para fins de exercício da livre e desimpedido da função jornalística no âmbito de uma democracia.

Nos tópicos subsequentes, os *anteparos de proteção* a esse direito serão submetidos à efetiva testagem, questionando a possibilidade ou não de o Estado promover atos punitivos tendentes a invalidação ou relativização desse sigilo constitucional.

Para tanto, é necessário breve relato do recente caso envolvendo o jornalista *Glenn Greenwald*, que trouxe à tona a discussão sobre um modelo (autoritário?) de atuação estatal perante a atividade da imprensa.

4. CASO GLENN GREENWALD E AS REPORTAGENS DO THE INTERCEPT BRASIL

Em junho de 2019, o jornalista americano Glenn Greenwald publica, por meio do seu site de notícias *The Intercept Brasil*, a primeira de uma série de reportagens intitulada *As Mensagens Secretas da Lava-Jato*, revelando diálogos privados entre o então Juiz de Direito e ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro e Procuradores da República, no âmbito da chamada *Operação Lava Jato*.

Na primeira reportagem, o periodista relata a forma como sua agência de notícias obteve as conversas entre Moro e a força-tarefa da Operação, indicando, apenas, tratar-se de *fonte anônima* que teria lhe contatado semanas antes⁴⁸.

Com o impacto causado pela publicação das demais reportagens no cenário político nacional, veiculadas também em grandes canais de imprensa como *Veja* e *Folha de S. Paulo*, o jornalista passou a ser alvo de ataques e ameaças à sua vida profissional e pessoal, como acusações do Presidente da

⁴⁸ GREENWALD, G. BETSY, R. DEMORI, L. *Como e por que o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro*. *The Intercept Brasil*. Disponível em < <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

República⁴⁹ e outras autoridades públicas⁵⁰, além de diversos ataques virtuais realizados por apoiadores do Governo, fatos que tiveram repercussão internacional⁵¹.

Dentre as intimidações públicas, merece destaque o pedido de quebra de sigilo bancário realizado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro após o recebimento de relatório de informações elaborado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) tratando de movimentações suspeitas nas contas do deputado federal David Miranda (PSOL-RJ), casado com Greenwald há mais de 14 anos. O relatório teria chegado ao órgão ministerial dois dias após a publicação das mensagens no *The Intercept Brasil*⁵². O pedido de quebra de sigilo foi negado pelo Juízo da 16ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro⁵³.

Nessa toada, após notícias de que Glenn estaria sendo alvo de investigações pela Polícia Federal, o partido Rede Sustentabilidade ajuizou ADPF perante o Supremo Tribunal Federal para que fossem declarados inconstitucionais quaisquer atos de investigação em desfavor do jornalista. A ação judicial foi tombada sob o nº 610 e distribuída à relatoria do Min. Gilmar Mendes⁵⁴.

⁴⁹ GAIER, Rodrigo Viga. *Bolsonaro diz que Greenwald pode pegar “uma cana” no Brasil*. Exame. Disponível em < <https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-diz-que-greenwald-pode-pegar-uma-cana-no-brasil/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵⁰ SOARES, Olavo. *Rodrigo Maia ataca Glenn Greenwald: “Manipulação da verdade”*. Gazeta do Povo. Disponível em < <https://www.gazetadopovo.com.br/república/breves/rodrigo-maia-video-glenn-greenwald/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵¹ MCCOY, Terrence. *Glenn Greenwald has faced pushback for his reporting before. But not like this*. The Washington Post. Disponível em < https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/glenn-greenwald-has-faced-pushback-for-his-reporting-before-but-not-like-this/2019/07/11/9a7f3590-a1b1-11e9-bd56-eac6bb02d01d_story.html >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵² VEJA. *Coaf aponta R\$ 2,5 milhões em ‘movimentações atípicas’ de David Miranda*. Disponível em < <https://veja.abril.com.br/politica/coaf-aponta-r-25-milhoes-em-movimentacoes-atipicas-de-david-miranda/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵³ Decisão judicial disponibilizada em < <https://abrilveja.files.wordpress.com/2019/09/decisc3a3o-david-miranda.pdf> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵⁴ TUROLLO JR., Reynaldo. *PF diz ao STF que jornalista Glenn Greenwald, do*

A despeito da concessão de medida cautelar na aludida ADPF, vedando a instauração de inquéritos contra Glenn e, também, a responsabilização do jornalista “*pela recepção, obtenção ou transmissão de informações publicadas em veículos de mídia, ante a proteção do sigilo constitucional da fonte jornalística*”, em janeiro de 2020 o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Greenwald e outros seis investigados, apontados como os *hackers* responsáveis pela obtenção dos dados que subsidiaram as matérias jornalísticas.

Na inicial acusatória, o Ministério Público narrou que “*o jornalista (...) auxiliou, incentivou e orientou, de maneira direta, o grupo criminoso, durante a prática delitiva, agindo como garantidor do grupo, obtendo vantagem financeira com a conduta*”. Na individualização das condutas, aduziu que Greenwald teria tentado “*subverter a noção de proteção ao ‘sigilo de fonte’ para, inclusive orientar que o grupo deveria se desfazer das mensagens que estavam armazenadas para evitar ligação dos autores com os conteúdos ‘hackeados’*”⁵⁵.

A denúncia aponta, ainda, que a decisão prolatada no âmbito da ADPF 610 “*criou uma espécie de imunidade especial e material jure et de jure, uma presunção absoluta de inocência, garantindo um ‘salvo conduto’ ao réu de ser investigado*”.

O oferecimento da referida denúncia – em afronta à medida cautelar deferida na ADPF 610 – gerou intenso debate no meio jurídico brasileiro, tendo sido a mesma objeto de discussão em artigos jurídicos acerca da fragilidade dos elementos nela narrados⁵⁶. Ao fim, a inicial acusatória não foi recebida “*por*

Intercept, não é investigado. Folha de S. Paulo. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/pf-diz-ao-stf-que-jornalista-glenn-greenwald-do-intercept-nao-e-investigado.shtml?origin=folha> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵⁵ Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/denuncia-spoofing> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵⁶ STRECK, Lenio. MORBACH, Gilberto. NEIVA, Horário. *Por que é inepta e abusiva a denúncia do MPF contra Glenn Greenwald*. Consultor Jurídico. Disponível < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/opiniao-inepta-abusiva-denuncia-glenn> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

ora” pelo magistrado da 10ª Vara Federal Criminal do Distrito Federal⁵⁷. O processo atualmente se encontra em sigilo de justiça.⁵⁸

Em suma, a despeito das repetidas e agressivas tentativas de repressão e limitação ao exercício da atividade jornalística, o jornalista se recusou a abrir mão do seu direito ao sigilo da fonte, assegurado constitucionalmente.

5. EXTENSÃO E LIMITES QUE O DIREITO AO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA ASSUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em decorrência das considerações anteriores acerca do caso *Glenn Greenwald*, vê-se que exercício da liberdade de imprensa pode instaurar situações de tensão entre valores essenciais, igualmente protegidos pela ordem jurídica – notadamente, o direito ao resguardo ao sigilo da fonte jornalística *vis a vis* o interesse estatal de persecução por atos supostamente ilícitos.

Mais de 20 anos antes da veiculação das matérias pelo *The Intercept Brasil*, já em 1996, o Supremo Tribunal Federal excluiu qualquer exceção à inviolabilidade do sigilo das fontes jornalísticas.

Tratava-se de matéria jornalística que revelava o suposto envolvimento de uma Deputada Federal na contravenção penal de *Jogo do Bicho*. No centro da discussão, a possibilidade ou

⁵⁷ Decisão judicial disponibilizada em < <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-rejeita-denuncia-glenn.pdf> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵⁸ O oferecimento da denúncia, quer seja por sua debilidade (cfme, razões apontadas no texto referido nota de rodapé 46), quer seja pelo descumprimento da própria liminar proferida pelo Min. Gilmar Mendes, conforme refere-se no corpo do texto, aproxima-se da prática de *lawfare*. A denominada guerra jurídica que, indevidamente, utiliza instrumentos jurídicos para a perseguição política. A lei, e sua aplicação pelo Judiciário, é transformada em arma que aponta para a destruição do adversário político. Abre-se uma nova frente de batalha: um processo de judicialização da política e de seus atores cuja finalidade é destruir os que se opõem ao projeto de poder do governante que deseja se perpetuar no poder.

não de o periodista ser compelido a indicar a fonte de obtenção da informação. O julgamento, nos autos do *Inquérito nº 870*, asseitou que a atividade investigativa estatal não poderia vulnerar o direito do sigilo à fonte jornalística, sendo vedado ao profissional da imprensa sofrer “*qualquer sanção, direta ou indireta, motivada por seu silêncio ou por sua legítima recusa em responder às indagações que lhe sejam eventualmente dirigidas com o objetivo de romper o sigilo da fonte*”⁵⁹.

Em 2015, o STF se debruçou novamente sobre o tema, no julgamento da *Reclamação nº 19.464-SP*. A controvérsia levada à apreciação dos Ministros consistia na determinação judicial da quebra do sigilo telefônico do jornalista *Allan de Abreu Aio*, para fins de *identificação das fontes de informações*, o que, segundo a requerente, desrespeitaria a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130/DF.

Uma breve contextualização: o jornalista *Allan de Abreu Aio* publicou matérias baseadas em escutas telefônicas realizadas pela Polícia Federal, as quais davam conta da prática de atos de corrupção no âmbito da Delegacia Regional do Trabalho de município do interior paulista. Na medida em que as fontes de informação utilizadas pelo repórter estariam protegidas por segredo de justiça, o Ministério Público instaurou uma investigação para apurar o vazamento. O jornalista se negou a identificar suas fontes e foi indiciado pela prática do crime previsto no artigo 10 da Lei 9.296/1996 – “*quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*”⁶⁰ -, além de ter contra si autorizada a quebra do sigilo telefônico.

Diante de tais fatos, foi ajuizada *Reclamação*, inicialmente despachada pelo presidente da Corte, Min. Ricardo Lewandowski, que determinou a suspensão do ato judicial

⁵⁹ STF, decisão monocrática. *INQ 870*. Relator Min. Celso de Mello, DJU 15/04/1996.

⁶⁰ MOTTA, Severino. *Presidente do STF suspende quebra de sigilo telefônico de jornal e jornalista*. Folha de S. Paulo. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/01/1573084-presidente-do-stf-suspende-quebra-de-sigilo-telefonico-de-jornal-e-jornalista.shtml> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

impugnado, impedindo a quebra do sigilo telefônico do jornalista. Na sequência, foi proferida decisão monocrática pelo Min. Dias Toffoli, negando seguimento ao pleito. Por fim, no julgamento do agravo regimental interposto em face da decisão do Relator, a 2ª Turma do STF concedeu *habeas corpus de ofício* e restabeleceu, até julgamento final, os efeitos da liminar anteriormente deferida pelo Min. Ricardo Lewandowski - ou seja, restaurando a suspensão do ato judicial impugnado e impedindo a concretização da quebra de sigilo telefônico do jornalista. Atualmente, o feito se encontra aguardando pauta de julgamento, após pedido de vista do Min. Gilmar Mendes.

Por fim, em 2019, a Rede Sustentabilidade propôs a *ADPF 601*, sustentando a inconstitucionalidade da instauração de inquéritos e medidas persecutórias em face do jornalista *Glenn Greenwald*, no contexto das reportagens que trouxeram à tona vazamentos de diálogos entre o então juiz federal Sergio Moro e outras autoridades públicas integrantes da chamada *força-tarefa da Operação Lava-Jato*.

No julgamento da Medida Cautelar da *ADPF*, o Min. Gilmar Mendes asseverou que *a concretização de uma imprensa independente e democrática perpassa inegavelmente o resguardo do sigilo das fontes dos profissionais que veiculam a informação*. Mais: consignou que o sigilo da fonte *impossibilita que o Estado utilize medidas coercivas para constranger a atuação profissional* e equiparou tais ações de constrição de liberdades individuais do jornalista à *inequívocos atos de censura*. Por fim, determinou às autoridades públicas que se *abstivessem de praticar atos que visem à responsabilização do jornalista pela recepção, obtenção ou transmissão de informações publicadas em veículos de mídia, ante a proteção do sigilo constitucional da fonte jornalística*.

Em síntese, a despeito de terem sido poucas as oportunidades em que a Suprema Corte efetivamente se debruçou sobre a matéria do sigilo da fonte jornalística, é possível identificar dos

três julgamentos mencionados uma tendência de preservação da regra do sigilo da fonte sem quaisquer restrições.

De certo modo, trata-se de um entendimento alinhado à série de julgados elencados no início deste estudo, todos eles orientados à proteção geral da atividade jornalística, a fim de que esteja ela livre de quaisquer embaraços estatais que possam representar restrições ao seu pleno exercício – seja pela *censura prévia*, seja pela *prática de atos punitivos/persecutórios que visem a superação do sigilo da fonte*.

Também é possível extrair dos julgados elencados que a dimensão objetiva do sigilo constitucional desdobra-se não apenas no direito do jornalista não identificar as suas fontes, mas também (i) na “*impossibilidade de o Estado promover atos punitivos tendentes à obliteração desse sigilo constitucional*” – ADPF 601 MC; (ii) na proibição de os órgãos de persecução utilizarem de “*qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional de imprensa a indicar a origem das informações*”, de natureza “*penal, civil ou administrativa*” - Reclamação nº 21.504-SP e; (iii) na total vedação a “*qualquer sanção, direta ou indireta*” ao jornalista que legitimamente se recuse a romper o sigilo da fonte – Inquérito 870.

A toda evidência, o caso *Glenn Greenwald* possui componentes específicos que impedem o simples aproveitamento das conclusões extraídas dos julgados acima mencionados. Diferentemente dos casos *Allan de Abreu Aio* e do *Inquérito nº 870*, no caso *Greenwald* se aventa uma hipotética *participação ativa* do jornalista na obtenção ilícita dos dados divulgados, bem como a suposta *orientação* para que os supostos *hackers* se desfizessem das mensagens que estavam armazenadas para evitar *ligação dos autores com os conteúdos*. Tais condutas, segundo a denúncia, configurariam os tipos penais de invasão de dispositivo informático (Art. 154-A, §3º, do Código Penal), interceptação ilegal de comunicação telefônica (Art. 10 da Lei nº 9.296/1996) e organização criminosa (art. 2º da Lei nº

12.850/2013).

No ponto, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ainda não ter analisado o caso concreto de forma colegiada, em julgamento definitivo, não parece correta eventual interpretação da regra do sigilo da fonte que atribua a esse direito fundamental o papel de *salvo conduto* ou *excludente de ilicitude* autorizadora de um atuar *ilícito* por parte do jornalista. O que a tutela constitucional abriga é a divulgação de informações alcançadas por meios ilícitos. E, aprioristicamente, não resguarda a prática de ilícitos para a obtenção de informações. Nada obstante, a divulgação de informações, ainda que obtidas ilicitamente, encontra-se no âmbito alargado do suporte fático da liberdade de expressão. E mais, o sigilo profissional do jornalista, assentado que está na axiologia democrática do livre trânsito da informação, assegura que o mesmo não seja impelido a nominar sua fonte. Com bem destaca Jonatas Machado, “a proteção do sigilo profissional dos jornalistas é fundamental para a exposição da corrupção no seio dos poderes públicos (...)”.⁶¹ É uma salvaguarda essencial para que a coletividade tenha acesso a informações de interesse público.

Em termos abstratos, é razoável cogitar a coexistência da regra do sigilo da fonte – nos amplos contornos dados pela jurisprudência do STF – com a possibilidade de responsabilização criminal de jornalistas que, extrapolando o exercício de seu ofício, envolvam-se *ativamente* na obtenção ilícita de informações ou pratiquem ações deliberadas no sentido de dificultar as investigações e reduzir a possibilidade de responsabilização – incidindo em tipos penais relacionados à interceptações ilícitas de comunicações, bem como no crime de obstrução de justiça - artigo 2º, §1º, da Lei das Organizações Criminosas. O sigilo da fonte não permite ao jornalista colaborar com suas fontes para práticas delitivas.

Cumprе ressaltar, por fim, que independentemente da

⁶¹ Obra citada, p. 582.

solução que seja dada à controvérsia específica envolvendo o jornalista Glenn Greenwald, é notável a reprovabilidade de comportamentos estatais tendentes a *pressionar e constranger*, por quaisquer meios, o jornalista a renunciar ao sigilo de sua fonte. De fato, tal comportamento se compagina com a atual conjuntura do governo brasileiro, marcado por reiterados ataques aos meios de comunicações, visando a depreciação do trabalho jornalístico, com nítido caráter intimidatório, que, ao fim e ao cabo, resultam em limitações à liberdade de expressão.⁶²

Nesse cenário, reitera-se o entendimento de Humberto Ávila, no sentido de que são necessárias, para a efetivação dos direitos fundamentais, *condições institucionais para que eles possam ser garantidos em concreto*. Em específico: a ausência de investidas *diretas* visando a revelação da fonte jornalística de nada vale se a ação estatal é orientada a desacreditar, constranger e intimidar o jornalista no exercício de suas funções. Daí a importância das chamadas *condições institucionais para que o direito possa ser garantido em concreto*, sem as quais *ele deixa de ser um direito e se converte em uma mera pretensão desprovida de força normativa*⁶³.

Pois bem, até aqui foi demonstrada a *conformação* dada

⁶² A organização não governamental (ONG) Artigo 19, que elabora relatórios anuais dando conta de situações de violações à liberdade de expressão, apurou, em seu mais recente estudo, que os agentes estatais são os principais autores de violações contra comunicadores, e que a instauração de *processos judiciais* e a realização de *ataques diversos que visem o silenciamento e a depreciação do trabalho dos comunicadores* também constituem, de certa forma, atos de censura. *Violações à liberdade de expressão: relatório anual, 2018*. Disponível em < <https://artigo19.org/?p=16085> >. Acesso em: 27 abr. 2020. Em igual sentido, a ONG *Reporters without borders* – que elabora um ranking anual sobre a situação da liberdade de imprensa em todo mundo, consignou que, no que tange ao cenário observado no Brasil, o advento do atual governo marcou *a abertura de um período especialmente sombrio para a democracia e a liberdade de imprensa, com o sigilo das fontes com frequência questionado e muitos jornalistas investigativos alvo de processos judiciais abusivos. Um clima de ódio e desconfiança alimentado pelo presidente Bolsonaro*. Disponível em < <https://rsf.org/pt/brasil> >. Acesso em 27 abr. 2020.

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 29.

ao direito de sigilo da fonte jornalística, especificamente do ponto de vista dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Cumpre, para dar fechamento a este tópico, investigar os *fundamentos* de sustentação da interpretação abrangente dada a esse direito.

Na doutrina, a proteção irrestrita ao sigilo da fonte de informação jornalística foi classificada como um *limite à obtenção de provas no processo penal*. Nos termos do estudo de Ana Lúcia Vieira, “*esse limite no sistema jurídico brasileiro, no qual o direito manutenção da confidencialidade do informante possui estrutura de regra de direito fundamental, é insuperável, pois não há norma de estatuto constitucional que a regule ou restrinja*”⁶⁴.

Na mesma direção, a tensão que porventura possa ocorrer entre o sigilo da fonte e a atuação de persecução criminal empreendida pelo Estado não se caracteriza propriamente como um caso de ponderação entre direitos fundamentais. Como destaca Victor Gabriel Rodriguez, “[é] *uma disputa entre um direito – o sigilo da fonte – e um mero interesse: a persecução punitiva*”⁶⁵.

Em outro viés, a doutrina frequentemente sustenta que a liberdade de expressão/imprensa estaria situada em uma *posição privilegiada* face a outros direitos – mesmo aqueles igualmente assegurados pela Constituição. Em outras palavras, em casos de colisão entre essa liberdade e outros direitos, a prevalência recairia sempre sobre a primeira, na medida em que ela serviria de *fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência em relação aos direitos*

⁶⁴ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2012, p. 204.

⁶⁵ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *A inviolabilidade do sigilo da fonte*. Observatório de Imprensa. Disponível em < <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/a-inviolabilidade-do-sigilo-da-fonte> >. Acesso em 10 abr. 2020.

*individualmente considerados*⁶⁶.

A tese da *posição privilegiada* das liberdades de expressão e comunicação encontra respaldo em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal: na ADPF 130, o Relator, Min. Carlos Ayres Britto, consignou que “*a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão*”⁶⁷. Do mesmo modo, no julgamento da ADPF 187, referente à *Marcha da Maconha*, constou do voto do Min. Luiz Fux que “*a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua dimensão de peso prima facie maior*”⁶⁸. Ainda, no julgamento sobre a autorização prévia para a publicação de biografias – ADI 4815, o Min. Luís Roberto Barroso sustentou que a *primazia* dada às liberdades de comunicação não significa uma hierarquização dos direitos fundamentais, mas que a superação desses direitos “*há de ser a exceção e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto*”⁶⁹. De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, a referida posição preferencial da liberdade de expressão justifica-se em razão de ser, em um Estado democrático de direito, uma “*pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades*”⁷⁰.

Em suma, todas as considerações anteriores servem para evidenciar que tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a doutrina especializada apontam para a

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critério de ponderação*. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105-106.

⁶⁷ STF, Tribunal Pleno. ADPF 130, Relator Min. Carlos Ayres Britto. DJU 06/11/2009.

⁶⁸ STF, Tribunal Pleno. ADPF 187, Relator Min. Celso de Mello. DJU 29/05/2014.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno. ADI 4.815, Relatora Min. Cármen Lúcia. DJU 01/02/2016.

⁷⁰ Medida Cautelar na Recl. 22.328/RJ. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Liberdade-de-expressao-Rcl-22328-1.pdf>. Acesso: 10/08/2020.

preponderância em concreto do sigilo constitucional da fonte jornalística, em detrimento das ações estatais que venham a tolher o livre exercício da comunicação. As razões para esse posicionamento residem, majoritariamente, na natureza de *direito fundamental* que caracteriza o direito ao sigilo da fonte, bem como a *posição privilegiada* dada a tal consectário pela jurisprudência do STF. Nesse tópico, sobressai a percepção segundo a qual a proteção do sigilo da fonte é instrumental decisivo para a própria afirmação das liberdades comunicativas, que se afirmam com estruturantes de um Estado democrático e de direito. A proteção do sigilo da fonte, cujo escopo é assegurar o a autonomia da atividade informativa, constitui-se em verdadeiro direito subjetivo daqueles que exercem o direito de informar. E se esse é o bônus, há o ônus, pois invocar essa proteção não elide a responsabilização penal ou civil por danos causados pela divulgação da informação.

O sigilo profissional dos jornalistas, que envolve também um dever de ordem ética – o dever de proteger a sua fonte por meio do sigilo – apresenta uma eficácia externa. Ademais, submete-se a uma reserva absoluta de jurisdição, restando a salvo, por exemplo, dos poderes investigatórios de uma Comissão Parlamentar de Inquérito. Decerto que tal compreensão pode parecer um certo privilégio, uma certa imunidade que poderia desaguar em impunidade. Nada obstante esse risco, o sigilo à fonte, no modo mais alargado de tal direito, consolida o indispensável trânsito comunicacional de uma sociedade democrática. A liberdade de informação abrange uma especial proteção: a relação de confiança com o informante. Nesse sentido, “A proteção das fontes jornalísticas é uma das condições básicas para a liberdade de imprensa, como é reconhecido e refletido em vários instrumentos internacionais, incluindo a Recomendação do Comité de Ministros (...)”. Sem tal proteção, as fontes podem ser dissuadidas de ajudar a imprensa a informar o público sobre

assuntos de interesse público.”⁷¹

Ao fim e ao cabo, admite-se que a possibilidade de relativização do sigilo da fonte, considerando o seu status normativo, exige um exercício de ponderação, observada a reserva de jurisdição. Há de se verificar se a quebra do sigilo da fonte encontra: 1. uma finalidade legítima e 2. uma necessidade social vital. O sigilo da fonte jornalística encontra-se justificado, como desdobramento da liberdade de expressão, pelas exigências do Estado constitucional democrático e de direito. A quebra do sigilo deve ser proporcional ao objetivo legítimo que o pretende justificar. A sua relativização há de encontrar razões fortes e proporcionais à atuação estatal que implementa essa relativização. Assim, deve ocorrer apenas como a última das hipóteses, diante, de necessidades sociais urgentes, vitais, descartadas quaisquer outras possibilidades do agir estatal na satisfação dessa necessidade. As necessidades aqui sugeridas são necessidades de uma sociedade democrática, de acordo com o sentido da normatividade constitucional – e não necessidades e interesses corporativos ou estritamente vinculadas até mesmo a credibilidade de uma instituição.

Sendo essas as bases teóricas, cumpriria ao Supremo Tribunal Federal, na análise concreta das provas obtidas no *caso Glenn Greenwald*, verificar se eventualmente houve participação ativa do jornalista na obtenção ilícita das informações divulgadas, bem como na posterior orientação de destruição desses elementos – o que, ao nosso ver, extrapolaria o genuíno exercício da atividade jornalística, revestindo-se de condutas

⁷¹ No original, “Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is recognised and reflected in various international instruments including the Committee of Ministers Recommendation quoted in paragraph 61 above. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest.” Case of *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and others v The Netherlands* (Application no. 39315/06). Judgment Strasbourg, 22 November, 2012. Disponível em: <https://www.garantepriacy.it/documents/10160/2150357/TELEGRAAF+MEDIA+NEDERLAND+LANDELIIKE+MEDIA+B.V.+AND+OTHERS.pdf+v.+THE+N>. Acesso em: 23/09/2020.

penalmente puníveis e não protegidas pelo *sigilo da fonte jornalística*.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo alcançou determinadas conclusões assim sintetizadas:

1. A liberdade de expressão jornalística encontra expressa previsão na Constituição Federal de 1988, além de estar amparada em instrumentos de proteção internacional de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário;

2. Os principais julgamentos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao tema sugerem uma orientação à proteção geral da atividade jornalística, a fim de que esteja ela livre de quaisquer embaraços estatais que possam representar restrições ao seu pleno exercício;

3. Após a experiência dos mais de vinte anos de regime autoritário, a Constituição Federal de 1988 apresenta um plexo de dispositivos relacionados à liberdade de imprensa em consonância com um ambiente democrático. Dentre esses direitos, destaca-se o sigilo da fonte, instrumento decisivo para a efetivação da liberdade de informação e imprensa;

4. A inscrição de tal extrato ao diploma normativo – no sentido de *constitucionalização formal* ou *entrincheiramento* de tal direito em diploma hierarquicamente superior, confere à inviolabilidade do sigilo da fonte jornalística a característica de *direito fundamental*, devendo, por esse motivo, ser resguardado por um especial e alargado âmbito de proteção jurídica;

5. A publicação das reportagens *As Mensagens Secretas da Lava-Jato* pela agência de notícias *The Intercept Brasil*, baseadas em informações obtidas por *fonte anônima*, motivou uma série de atos e medidas, por parte de autoridades estatais, tendentes a constranger e limitar a atuação dos profissionais que elaboraram as referidas matérias;

6. Neste pano de fundo, ressaí que o exercício da liberdade de imprensa pode instaurar situações de tensão entre valores essenciais, igualmente protegidos pela ordem jurídica – notadamente, o direito ao resguardo ao sigilo da fonte jornalística *vis a vis* o interesse estatal de persecução por atos supostamente ilícitos.

7. A jurisprudência específica do Supremo Tribunal Federal excluiu qualquer exceção à inviolabilidade do sigilo das fontes jornalísticas. Os julgados analisados dão conta de que a dimensão objetiva de tal direito se desdobra não apenas no direito do jornalista não identificar as suas fontes, mas também na impossibilidade de o Estado promover atos punitivos em desfavor do jornalista, bem como medidas tendentes a pressionar ou a constringer o profissional de imprensa;

8. A doutrina aponta o sigilo da fonte como limite à obtenção de provas no processo penal. Ainda, que tal direito estaria situado em uma *posição privilegiada* face a outros, de modo que haveria uma preponderância em concreto do sigilo constitucional da fonte jornalística em detrimento das ações estatais que venham a tolher o livre exercício da comunicação. Tal opção justifica-se pela prevalência do interesse preponderante, no caso, a liberdade de imprensa e a mais ampla circulação de ideias e informações.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARTIGO 19 BRASIL. *Violações à liberdade de expressão: relatório anual, 2018*. Disponível em < <https://artigo19.org/?p=16085> >. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. Alta Cultura: 2013. Arquivo Kindle

- BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critério de ponderação*. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BINEBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Revista da EMERJ, v. 6, 2003.
- CANOTILHO, J. J. SARLET, I. W. STRECK L. L. MENDES, G. F. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial*. Revista Crítica Jurídica, nº 24, jan/dez 2005.
- CUNHA, José Eduardo Ambrósio de Brito. *Desenhos de humor, crítica e planejamento gráfico editorial: a revista Pif Paf (1964)*. Dissertação de mestrado, Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. trad. Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes: S. Paulo, 2006.
- FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 207.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GAIER, Rodrigo Viga. *Bolsonaro diz que Greenwald pode pegar “uma cana” no Brasil*. Exame. Disponível em < <https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-diz-que-greenwald-pode-pegar-uma-cana-no-brasil/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- GREENWALD, G. BETSY, R. DEMORI, L. *Como e por que o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava*

- Jato e Sergio Moro*. The Intercept Brasil. Disponível em < <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.
- KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF*. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Ivrida 65. Coimbra: 2002
- MCCOY, Terrence. *Glenn Greenwald has faced pushback for his reporting before. But not like this*. The Washington Post. Disponível em < https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/glenn-greenwald-has-faced-pushback-for-his-reporting-before-but-not-like-this/2019/07/11/9a7f3590-a1b1-11e9-bd56-eac6bb02d01d_story.html >. Acesso em: 23 abr. 2020.
- MEMORIAL DA DEMOCRACIA. *Pif-Paf de Millôr renova o humor e a crítica*. Disponível em < <http://memorialdademocracia.com.br/card/pif-paf-de-millor-renova-o-humor-e-a-critica> >. Acesso em: 15 abr. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 13ª Edição, 2018.
- MOTTA, Severino. *Presidente do STF suspende quebra de sigilo telefônico de jornal e jornalista*. Folha de S. Paulo. Disponível em < <http://folha.com/no1573084> >. Acesso em: 25 abr. 2020.
- NUNES, Tassia Toffoli. *Liberdade de Imprensa no Império Brasileiro*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências

- Humanas da Universidade de São Paulo, 2010.
- Pieroth, Bodo e Schlink, Bernard Schlink. *Direitos fundamentais*. 2ª. ed. trad. António Francisco de Sousa e António Franco. Série IDP. S. Paulo: Saraiva Educação, 2019
- REPÓRTERES SEM FRONTEIRAS. *Um clima de ódio e desconfiança alimentado pelo presidente Bolsonaro*. Disponível em < <https://rsf.org/pt/brasil> >. Acesso em 27 abr. 2020.
- RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *A inviolabilidade do sigilo da fonte*. Observatório de Imprensa. Disponível em < <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/a-inviolabilidade-do-sigilo-da-fonte> >. Acesso em 10 abr. 2020.
- ROMANO, Silvina M. *Lawfare – guerra judicial y neoliberalismo em América Latina*. Madrid: CELAG, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARMENTO, *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. In: Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 263-299.
- SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SOARES, Olavo. *Rodrigo Maia ataca Glenn Greenwald: “Manipulação da verdade”*. Gazeta do Povo. Disponível em < <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/rodrigo-maia-video-glenn-greenwald/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.
- STF, Tribunal Pleno. *HC nº 82.424*. Relator Min. Maurício Corrêa, *DJU* 19/03/2004.
- STF, Tribunal Pleno. *RE 511.961*. Relator Min. Gilmar Mendes. *DJU* 13/11/2009.
- STF, Tribunal Pleno. *ADPF 130*, Relator Min. Carlos Ayres

- Britto. *DJU* 06/11/2009
- STF, Tribunal Pleno. *ADPF 187*, Relator Min. Celso de Mello. *DJU* 29/05/2014.
- STF, Tribunal Pleno. *ADI 4.815*, Relatora Min. Cármen Lúcia. *DJU* 01/02/2016.
- STF, Tribunal Pleno. *ADI nº 4.451*. Relator Min. Alexandre de Moraes. *DJU* em 06/03/2019.
- STF, Tribunal Pleno. *ADI nº 2.566*. Relator Min. Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão Min. Edson Fachin. *DJU* 23/10/2018.
- STF, decisão monocrática. *INQ 870*. Relator Min. Celso de Mello, *DJU* 15/04/1996.
- STF, Primeira Turma. RHC 134682. Rel. Ministro Edson Fachin. Primeira Turma. Julgado em 29/11/2016.
- STRECK, Lenio. MORBACH, Gilberto. NEIVA, Horário. *Por que é inepta e abusiva a denúncia do MPF contra Glenn Greenwald*. Consultor Jurídico. Disponível < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/opiniaio-inepta-abusiva-denuncia-glenn> >. Acesso em: 23 abr. 2020.
- SULLIVAN, Kathleen M e GUNTHER, Gerald. *First Amendment Law*, New York: Foundation Press, 2007.
- TUROLLO JR., Reynaldo. *PF diz ao STF que jornalista Glenn Greenwald, do Intercept, não é investigado*. Folha de S. Paulo. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/pf-diz-ao-stf-que-jornalista-glenn-greenwald-do-intercept-nao-e-investigado.shtml?origin=folha> >. Acesso em: 23 abr. 2020.
- URIAS, Joaquín. *Libertad de expresión. Uma imersión rápida*. Barcelona: Tibidabo, 2019.
- VEJA. *Coaf aponta R\$ 2,5 milhões em 'movimentações atípicas' de David Miranda*. Disponível em < <https://veja.abril.com.br/politica/coaf-aponta-r-25-milhoes-em-movimentacoes-atipicas-de-david-miranda/> >. Acesso em: 23 abr. 2020.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2012.