

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*

CASO KIMEL VS. ARGENTINA

**SENTENÇA DE 2 DE MAIO DE 2008
(MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS)**

No caso *Kimel*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes:

Cecilia Medina Quiroga, Presidenta;
Diego García-Sayán, Vice-Presidente;
Sergio García Ramírez, Juiz;
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;
Margarette May Macaulay, Juíza, e
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada "a Convenção" ou "a Convenção Americana") e com os artigos 29, 31, 53.2, 55, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado "o Regulamento"), profere a presente Sentença.

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 19 de abril de 2007, de acordo com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Comissão" ou "a Comissão Interamericana") submeteu à Corte uma demanda contra a República Argentina (doravante denominada "o Estado" ou "Argentina"), a qual se originou

* Em 7 de maio de 2007, o Juiz Leonardo A. Franco, de nacionalidade argentina, informou ao Tribunal sobre seu impedimento para conhecer do presente caso. Este impedimento foi aceito nesse mesmo dia pela Presidência, em consulta aos Juízes da Corte. Em virtude do anterior, em 7 de maio de 2007 foi informado ao Estado que, dentro do prazo de 30 dias, poderia designar um juiz *ad hoc* para que participasse deste caso. Este prazo venceu sem que o Estado realizasse tal designação.

na denúncia apresentada em 6 de dezembro de 2000 pelo Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Em 24 de fevereiro de 2004, a Comissão aprovou o Relatório nº 5/04, mediante o qual declarou admissível a petição do senhor Kimel. Posteriormente, em 26 de outubro de 2006, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 111/06, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual continha determinadas recomendações para o Estado. O Estado foi notificado deste relatório em 10 de novembro de 2006. Depois de considerar a informação apresentada pelas partes após a adoção do Relatório de Mérito e diante “da falta de avanços substantivos no efetivo cumprimento de [suas recomendações]”, a Comissão decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte.¹

2. Segundo a demanda da Comissão, o senhor Eduardo Gabriel Kimel é um “conhecido jornalista, escritor e pesquisador histórico”, que tinha publicado vários livros relacionados à história política argentina, entre eles “O massacre de San Patricio”, no qual expôs o resultado de sua investigação sobre o assassinato de cinco religiosos. O livro criticou a atuação das autoridades encarregadas da investigação dos homicídios, entre elas um juiz. Segundo a Comissão, em 28 de outubro de 1991, o Juiz mencionado pelo senhor Kimel promoveu uma queixa criminal contra ele pelo delito de calúnia, afirmando que, “apesar de a acusação desonrosa feita a um Magistrado por motivo ou ocasião do exercício de suas funções constituir desacato nos termos do art[igo] 244 do Código Penal, hoje derogado, a acusação específica referente a um delito de ação pública configura sempre calúnia”. Após concluído o processo penal, o senhor Kimel foi condenado pela Sala IV da Câmara de Apelações a um ano de prisão e a uma multa de vinte mil pesos pelo delito de calúnia.

3. A Comissão solicitou à Corte que determine que o Estado descumpriu suas obrigações internacionais ao violar os artigos 8 (Garantias Judiciais) e 13 (Liberdade de Expressão) da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e o dever de adotar disposições de direito interno estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 da Convenção. Além disso, solicitou que fossem determinadas medidas de reparação.

4. Em 23 de junho de 2007, os senhores Gastón Chillier, Andrea Pochak, Santiago Felgueras e Alberto Bovino, do CELS, e a senhora Liliana Tojo, do CEJIL, representantes da suposta vítima (doravante denominados “os representantes”), apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), nos termos do artigo 23 do Regulamento. Alegaram que o Estado “violou o direito de que gozam os indivíduos de expressar suas ideias através da imprensa e do debate de assuntos públicos”, ao utilizar certos tipos penais como forma de criminalizar essas condutas. Acrescentaram que não foram respeitadas as garantias judiciais que integram o devido processo e a proteção judicial efetiva. Por isso, solicitaram que o Estado seja declarado responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos, 13, 8.1, 8.2.h) e 25 da Convenção, todos eles em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma.

5. Em 24 de agosto de 2007, o Estado apresentou seu escrito de contestação da demanda e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “contestação da demanda”),² no qual “assu[m]iu sua] responsabilidade internacional” pela violação dos artigos 8.1 e 13 da Convenção; realizou algumas observações à violação do artigo 8.2.h) deste tratado e à violação do direito a ser ouvido por um juiz imparcial.

¹ A Comissão designou como delegados os senhores Florentín Meléndez, Comissário, Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e Ignacio J. Álvarez, Relator Especial para a Liberdade de Expressão, e como assessores jurídicos os advogados Elizabeth Abi-Mershed, Juan Pablo Albán Alencastro e Alejandra Gonza.

² Em 28 de maio de 2007, o Estado designou o senhor Jorge Cardozo como Agente e o senhor Javier Salgado como Agente Assistente.

6. Nos dias 4 e 11 de setembro de 2007, a Comissão e os representantes apresentaram, respectivamente, suas observações ao reconhecimento de responsabilidade realizado pelo Estado (par. 5 *supra*).

II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

7. O Estado foi notificado da demanda em 26 de abril de 2007 e os representantes, em 27 de abril de 2007. Durante o processo perante este Tribunal, além da apresentação dos escritos principais remetidos pelas partes (pars. 1, 4 e 5 *supra*), o Presidente da Corte³ (doravante denominado "o Presidente") ordenou receber, através de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*), as declarações prestadas oportunamente pelos representantes, a respeito das quais as partes tiveram a oportunidade de apresentar observações. Ademais, em consideração das circunstâncias particulares do caso, o Presidente convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública com o objetivo de ouvir as declarações da suposta vítima, de uma testemunha e de um perito, assim como as alegações finais orais das partes sobre o mérito e as eventuais reparações e custas.

8. Em 9 de outubro de 2007, os representantes informaram que haviam iniciado um acordo de solução amistosa com o Estado, o qual seria "assinado antes da audiência convocada" e que, em vista disso, "desist[iam] da reclamação" pela suposta violação dos direitos consagrados nos artigos 8.2.h) e 25 da Convenção e do direito a ser ouvido por um juiz imparcial estabelecido no artigo 8.1 da mesma. Por esta razão, os representantes renunciaram às declarações do perito e da testemunha convocados para a audiência pública (par. 7 *supra*).

9. A audiência pública foi celebrada em 18 de outubro de 2007, durante o XXXI Período Extraordinário de Sessões da Corte, levado a cabo na cidade de Bogotá, Colômbia.⁴ Nesta audiência, os representantes, a Comissão e o Estado apresentaram uma "ata de acordo", mediante a qual o Estado ratificou seu reconhecimento de responsabilidade internacional (par. 5 *supra*) e os representantes ratificaram a desistência de parte de suas alegações (par. 8 *supra*).

10. Em 8 de novembro de 2007, o Tribunal solicitou ao Estado e aos representantes que apresentassem, junto com suas alegações finais escritas, determinada prova para melhor resolver.⁵

11. Em 27 de novembro de 2007, a Comissão e o Estado remeteram suas respectivas alegações finais escritas. Os representantes apresentaram suas alegações finais escritas em 29 de novembro de 2007,⁶ às quais anexaram determinada prova documental. Tanto os

³ Resolução do Presidente da Corte de 18 de setembro de 2007.

⁴ Compareceram a esta audiência: a) pela Comissão Interamericana: Juan Pablo Albán Alencastro, Lilly Ching Soto e Alejandra Gonza, assessores; b) pelos representantes da suposta vítima: Andrea Pochak, e c) pelo Estado: Jorge Cardozo, Agente, Javier Salgado, Agente Assistente, Andrea Gualde, Julia Loreto, Josefina Comune e Natalia Luterstein, assessores.

⁵ A prova solicitada consistia em informação e documentação relacionada à a) força vinculante das decisões judiciais na Argentina, particularmente as da Corte Suprema de Justiça da Nação; b) cópia das decisões judiciais relacionadas à questão da liberdade de expressão que sustentam as alegações das partes em relação à implementação judicial, no âmbito interno, dos padrões internacionais de direitos humanos, e c) as taxas oficiais de conversão do peso argentino ao dólar estadunidense que sejam relevantes para o presente caso.

⁶ Em 27 de novembro de 2007, os representantes solicitaram uma prorrogação de três dias para apresentar suas alegações finais escritas. Em 4 de dezembro de 2007, os representantes indicaram que haviam solicitado uma prorrogação "no entendimento de que a comunicação enviada pel[a] Corte em [...] 8 de novembro de 2007 [(par. 10 *supra*)] modificaria de alguma maneira a [R]esolução do [...] Presidente [...], de 18 de setembro [de 2007] (par.

representantes como o Estado apresentaram a prova para melhor resolver solicitada pelo Tribunal (par. 10 *supra*).

12. Quanto à demora de dois dias dos representantes para a apresentação de suas alegações finais escritas, a Corte entende que, conforme sua jurisprudência, “as formalidades características de certos ramos do direito interno não se aplicam ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo principal e determinante cuidado é a devida e completa proteção destes direitos”.⁷ Consequentemente, considera que o mencionado atraso não significa um prazo excessivo que justifique a rejeição do escrito; considera-se, ademais, que o acesso do indivíduo ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos possui especial importância para o esclarecimento dos fatos⁸ e a determinação das eventuais reparações.

13. Nos dias 2 de julho de 2007, 12 de outubro de 2007 e 28 de dezembro de 2007, o Tribunal recebeu, respectivamente, escritos na qualidade de *amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos do Mestrado de Direitos Fundamentais da Universidade Carlos III de Madri, do Comitê Mundial para a Liberdade de Imprensa e da Associação pelos Direitos Civis (ADC).

14. Em 21 de janeiro de 2008, o Estado apresentou observações às alegações finais escritas dos representantes. Assinalou que estas continham um parágrafo que, segundo os representantes, formava parte do acordo que as partes alcançaram neste caso (par. 9 *supra*), quando, em realidade, não formaria parte dele. Além disso, o Estado questionou o *amicus curiae* da Associação pelos Direitos Civis (par. 13 *supra*). Afirmou, *inter alia*, que o mesmo seria intempestivo, toda vez que já [...] tiveram lugar todos os momentos processuais contemplados no [R]egulamento d[a] Corte para a exposição e defesa dos argumentos relacionados com o mérito do caso”.

15. Em 29 de janeiro de 2008, os representantes “asumi[ram] que [existiu] uma inexatidão na transcrição de um parágrafo do acordo de solução amistosa assinado pelas partes”, o que, a critério da Corte, resolve o problema indicado pelo Estado (par. 14 *supra*).

16. Em relação à suposta intempestividade do escrito da Associação pelos Direitos Civis, o Tribunal observa que os *amici curiae* são contribuições de terceiros alheios à disputa que apresentam à Corte argumentos ou opiniões que podem servir como elementos de juízo relativos a aspectos de direito que se discutem perante a mesma. Nesse sentido, podem ser apresentados a qualquer momento antes da decisão da sentença correspondente. Ademais, conforme a prática desta Corte, os *amici curiae* podem, inclusive, referir-se a questões relacionadas com o próprio cumprimento da sentença.⁹ Por outro lado, a Corte ressalta que os assuntos que são de sua competência possuem uma transcendência ou interesse geral que justifica a maior deliberação possível sobre argumentos publicamente ponderados,

7 *supra*)]”, que estabelecia como prazo improrrogável o dia 27 de novembro de 2007 para a apresentação do alegações finais escritas. Em 5 de dezembro de 2007, o Tribunal informou aos representantes que conforme se desprendia do ponto resolutivo décimo segundo da Resolução do Presidente de 18 de setembro de 2007, o prazo concedido às partes para a remissão de seus escritos de alegações finais era improrrogável, e que a nota de 8 de novembro de 2007, na qual se solicitou determinada prova para melhor resolver, estabelecia que os representantes deveriam incluir “em suas alegações finais escritas” a informação e a documentação requerida. Consequentemente, esta nota não modificou de nenhuma maneira a Resolução do Presidente.

⁷ Cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C Nº 41, par. 77, e *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C Nº 144, par. 137.

⁸ Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia*. Resolução de 20 de dezembro de 2006, considerando décimo.

⁹ Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte de 28 de novembro de 2005, visto décimo quarto, e *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte de 22 de setembro de 2006, visto décimo.

razão pela qual os *amici curiae* têm um importante valor para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através de reflexões apresentadas por membros da sociedade, que contribuem com o debate e ampliam os elementos de juízo de que dispõe a Corte. Consequentemente, o Tribunal rejeita a objeção de intempestividade apresentada pelo Estado (par. 14 *supra*). As observações da Argentina relativas ao conteúdo do *amicus curiae* serão levadas em consideração pelo Tribunal quando examinar os temas correspondentes.

III COMPETÊNCIA

17. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer do presente caso, dado que a Argentina é Estado Parte da Convenção Americana desde 5 de setembro de 1984 e reconheceu a competência contenciosa da Corte nessa mesma data.

IV RECONHECIMENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DESISTÊNCIA PARCIAL DE ALEGAÇÕES DOS REPRESENTANTES

18. Em seu escrito de contestação à demanda, o Estado efetuou um reconhecimento de responsabilidade nos seguintes termos:

[o] Estado argentino manteve, durante todas as etapas do processo, uma atitude de clara vontade conciliatória com o objetivo de alcançar uma solução amistosa no caso. Esta vontade política foi refletida nas distintas respostas às observações do peticionário, em cujo contexto poder[á] a Honorable Corte notar que, em nenhuma das etapas procedimentais desenvolvidas perante a Ilustre Comissão, o Estado argentino interpôs argumento algum, nem de fato nem de direito, orientado a controverter a alegada violação do direito à liberdade de expressão em prejuízo do senhor Eduardo Gabriel Kimel. Ao contrário, a simples leitura dos documentos apresentados no caso permite perceber a permanente vontade demonstrada pelo Estado de recriar o processo amistoso e de buscar fórmulas satisfatórias para ambas as partes.

[...]

[O] Estado argentino concorda com a Ilustre Comissão que, no caso em espécie, a aplicação de uma sanção penal ao senhor Eduardo Gabriel Kimel constituiu uma violação de seu direito à liberdade de expressão, consagrado pelo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Além disso, e tomando em consideração as dimensões de análise geralmente aceitas para determinar a razoabilidade do prazo de duração de um processo -complexidade do assunto, diligência das autoridades judiciais e atividade processual do interessado, o Estado argentino concorda com a Ilustre Comissão que o senhor Eduardo Gabriel Kimel não foi julgado dentro de um prazo razoável, conforme prevê o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Finalmente, e tendo em conta que, até a presente data, as distintas iniciativas legislativas vinculadas com a legislação penal em matéria de liberdade de expressão não foram convertidas em lei, o Estado argentino concorda com a Ilustre Comissão que, no caso em espécie, a falta de precisões suficientes no marco da legislação penal que estabeleça as calúnias e as injúrias, de modo a impedir que se afete a liberdade de expressão, significa o descumprimento da obrigação de adotar medidas contempladas no artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em consequência, o Estado argentino assume a responsabilidade internacional e suas consequências jurídicas pela violação do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações gerais de respeito e garantia, como também de adotar as medidas legislativas ou de outro caráter que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos protegidos, de acordo com os artigos 1 (1) e 2 da Convenção[.]

Além disso, o Estado argentino assume a responsabilidade internacional e suas consequências jurídicas pela violação do artigo 8 (1) da Convenção Americana, em relação ao artigo 1(1) deste instrumento, pois o senhor Eduardo Gabriel Kimel não foi julgado dentro de um prazo razoável.

19. No mesmo escrito, o Estado fez algumas observações às alegações dos representantes, à respeito das supostas violações do direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior (artigo 8.2.h) e da garantia de imparcialidade do juiz (artigo 8.1).

20. Quanto às reparações solicitadas, o Estado manifestou que “concorda com a [C]omissão e com os [representantes] quanto ao direito do senhor Kimel a uma reparação integral”; fez algumas observações sobre os danos imateriais alegados e sobre as custas e gastos solicitadas, e, finalmente, “deix[ou] à prudente decisão d[a C]orte a determinação do conteúdo e alcance” das medidas de reparação “não pecuniárias”.

21. Em seu escrito de observações ao reconhecimento do Estado (par. 6 *supra*), a Comissão manifestou, *inter alia*, que “aprecia positivamente a aceitação da responsabilidade internacional [...] efetuada pela [...] Argentina [e], diante de tal declaração, cabe ressaltar a vontade manifestada pelo Estado [...] e a importância deste pronunciamento que é um passo positivo para o cumprimento de suas obrigações internacionais”. Da mesma forma, os representantes, em seu respectivo escrito (par. 6 *supra*), apreciaram o reconhecimento estatal.

22. Na “ata de acordo” alcançada pelas partes na audiência pública (par. 9 *supra*) se estabelece:

1) [...] o ESTADO ratifica que assume a responsabilidade internacional pela violação, no caso em espécie, dos artigos 8.1 [...] e 13 [...] da Convenção Americana [...], em relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e ao dever de adotar medidas legislativas ou de outro caráter estabelecidos nos artigos 1(1) e 2 da Convenção, em detrimento do senhor Eduardo Kimel.

Para efeitos de especificar os alcances do reconhecimento de responsabilidade internacional do ESTADO, reitera-se que Eduardo Kimel foi condenado injustamente a um ano de prisão com suspensão condicional e ao pagamento de uma indenização de vinte mil pesos (\$ 20.000). Ainda que a referida indenização nunca tenha sido efetivamente executada, no caso em espécie a condenação foi imposta em clara violação de seu direito a se expressar livremente, a partir de um processo penal por calúnias e injúrias promovido por um ex-juiz criticado no livro “O massacre de San Patricio” por sua atuação na investigação da morte de cinco religiosos cometida durante a época da ditadura militar. Em virtude do exposto, o ESTADO assume a responsabilidade internacional pela violação do direito a se expressar livremente, no caso em espécie, tanto em virtude da injusta sanção penal imposta ao senhor Kimel como a respeito da indenização exigida a favor do denunciante.

Por isso e considerando as consequências jurídicas e o compromisso do Estado argentino de cumprir integralmente as normas de direitos humanos às quais se obrigou nacional e internacionalmente, e tal como indicado anteriormente, o ESTADO resolveu assumir a responsabilidade internacional e sujeitar-se às reparações correspondentes que determine a [...] Corte Interamericana [...].

2) Além disso, como demonstração da boa vontade dos REPRESENTANTES DA VÍTIMA e com vistas a alcançar um acordo com o ESTADO, os REPRESENTANTES DA VÍTIMA desistem de reclamar a alegada violação dos direitos a impugnar a sentença penal condenatória (artigo 8.2.h da Convenção Americana); da garantia de imparcialidade do juiz (art. 8.1 da Convenção Americana); e do direito à tutela judicial efetiva (artigo 25 da Convenção Americana).

3) O ESTADO, A COMISSÃO E OS REPRESENTANTES DA VÍTIMA solicitam à [...] Corte Interamericana de Direitos Humanos que respeitosamente se manifeste –conforme o estabelecido no artigo 63 da Convenção Americana– sobre o alcance das reparações a favor da vítima Eduardo Kimel, as quais devem incluir a indenização pelos danos materiais e imateriais, assim como as garantias de satisfação e medidas de não repetição.

23. Em relação ao encerramento antecipado do processo, os artigos 53, 54 e 55 do Regulamento prevêem as figuras da desistência, solução amistosa e prosseguimento do exame do caso.¹⁰

¹⁰ Artigo 53. Desistência do caso

1. Quando a parte demandante notificar a Corte de sua desistência, esta decidirá, ouvida a opinião das outras partes no caso, se cabe ou não a desistência e, em consequência, se procede a cancelar e declarar encerrado o assunto.

24. A Corte observa que as frases “se cabe ou não a desistência”, “a procedência do acatamento”, “poderá declarar encerrado o assunto”, assim como o texto, em sua íntegra, do artigo 55 do Regulamento, indicam que estes atos não são, por si mesmos, vinculantes para o Tribunal. Dado que os processos perante esta Corte se referem à tutela dos direitos humanos, questão de ordem pública internacional que ultrapassa a vontade das partes, a Corte deve velar para que tais atos sejam aceitáveis para os fins que busca cumprir o Sistema Interamericano. Nesta tarefa, o Tribunal não se limita unicamente a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas deve confrontá-los com a natureza e gravidade das violações alegadas, as exigências e o interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes.

25. Nesse sentido, a Corte constata que o reconhecimento de responsabilidade estatal (pars. 18 e 22 *supra*) está embasado em fatos claramente estabelecidos; é coerente com a preservação dos direitos à liberdade de expressão e a ser ouvido em um prazo razoável, e com as obrigações gerais de respeito e garantia e de adotar disposições de direito interno; e não limita as reparações justas a que tem direito a vítima, mas se remete à decisão da Corte. Em consequência, o Tribunal decide aceitar o reconhecimento estatal e qualificá-lo como uma confissão dos fatos e acatamento das pretensões de direito contidos na demanda da Comissão, e uma admissão dos argumentos formulados pelos representantes. Além disso, a Corte considera que a atitude do Estado constitui uma contribuição positiva para o desenvolvimento deste processo, a boa prestação da jurisdição interamericana sobre direitos humanos, a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana e a conduta à qual estão obrigados os Estados nesta matéria,¹¹ em virtude dos compromissos que assumem como partes dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos.

26. Quanto à desistência parcial de alegações efetuada pelos representantes, o Tribunal observa que os direitos em relação aos quais aquela se formula foram unicamente alegados pelos representantes e que são estes que desistem; que todas as partes estiveram em conformidade com a desistência, o que fica demonstrado com suas assinaturas na “ata de acordo”; que o senhor Kimel manifestou expressamente sua conformidade e não fica em desvantagem processual ou material; que os fins do presente procedimento não se demonstram afetados; e que os temas sobre os quais versa a desistência de alegações já foram tratados em oportunidades anteriores pela Corte.¹² Em consequência, decide aceitar a desistência das alegações dos representantes.

2. Se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às das supostas vítimas, ou seus representantes, a Corte, ouvido o parecer das partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos. Nesse contexto, a Corte determinará, se for o caso, as reparações e as custas correspondentes.

Artigo 54. Solução amistosa

Quando as partes no caso perante a Corte comunicarem a esta a existência de uma solução amistosa, de um acordo ou de outro fato capaz de dar solução ao litígio, a Corte poderá declarar encerrado o processo.

Artigo 55. Prosseguimento do exame do caso

A Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes.

¹¹ Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 163, par. 29; *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 164, par. 34, e *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 166, par. 30.

¹² A Corte se pronunciou sobre a independência e a imparcialidade do juiz (artigo 8.1 da Convenção Americana) em, *inter alia*: *Caso Castillo Petrucci e outros Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C Nº 52; *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*.

27. Em virtude do exposto, a Corte declara que cessou a controvérsia a respeito dos fatos e suas consequências jurídicas no que se refere aos artigos 13, 8.1, 1.1 e 2 da Convenção. A Corte analisará no capítulo correspondente às medidas reparatórias que sejam adequadas para o presente caso.

28. Finalmente, tendo em conta as atribuições que incumbem a este Tribunal como órgão internacional de proteção dos direitos humanos, considera necessário proferir uma sentença na qual se determinem os fatos e os elementos de mérito relevantes, assim como as correspondentes consequências, uma vez que a emissão da sentença contribui para a reparação do senhor Kimel, para evitar que se repitam fatos similares e para satisfazer, em suma, os fins da jurisdição interamericana sobre direitos humanos.¹³

V PROVA

29. Com base nos artigos 44 e 45 do Regulamento, assim como na jurisprudência do Tribunal a respeito da prova e de sua apreciação,¹⁴ a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais remetidos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado em diversas oportunidades processuais ou como prova para melhor resolver solicitada pelo Presidente, assim como os pareceres apresentados por escrito e o testemunho prestado em audiência pública, conforme os princípios da crítica sã e dentro do marco normativo correspondente.¹⁵

A) PROVA DOCUMENTAL, TESTEMUNHAL E PERICIAL

30. Por decisão do Presidente, foram recebidas as declarações escritas das seguintes pessoas, propostas pelos representantes:

- a) *Adrián Sapeti*, testemunha. Em sua qualidade de médico psiquiatra do senhor Kimel, declarou sobre os efeitos que o processo judicial contra a vítima produziu em seu estado emocional e saúde física.
- b) *Juan Pablo Olmedo Bustos*, perito. Declarou sobre a incorporação dos padrões internacionais em matéria de liberdade de expressão nos tribunais da Argentina e

Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C Nº 119, e *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C Nº 135. Quanto ao direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior (artigo 8.2.h da Convenção), a Corte tratou o tema no *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107. Finalmente, o artigo 25 da Convenção foi um dos mais analisados pelo Tribunal em sua jurisprudência, entre as quais se destacam: *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, e *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79.

¹³ Cf. *Caso La Cantuta Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162, par. 57; *Caso do Massacre de La Rochela*, nota 11 *supra*, par. 54, e *Caso Bueno Alves*, nota 11 *supra*, par. 35.

¹⁴ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 50; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, pars. 183 e 184, e *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C Nº 172, par. 63.

¹⁵ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros)*, nota 12 *supra*, par. 76; *Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C Nº 167. par. 38, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 63.

afirmou que este direito encontra sua principal restrição nos tipos penais de calúnia e injúrias, já que "depois da derrogação do delito de desacato, a maioria dos casos judiciais referidos à restrição do direito de crítica e do direito a difundir informação de interesse público resultaram em julgamentos por violação ao direito à honra ou à intimidade". Além disso, explicou que "a aplicação do sistema geral de responsabilidade do Código Civil também é inadequad[a] para regulamentar um tema como o da liberdade de expressão, que requer critérios mais rígidos e previsíveis para a atribuição de responsabilidades ulteriores".

31. Por outro lado, a Corte ouviu em audiência pública a declaração do senhor Kimel, a qual se referiu ao processo judicial movido contra ele, aos antecedentes do mesmo e seus resultados, assim como às supostas consequências da condenação penal e civil imposta pela justiça argentina em sua vida pessoal e desempenho profissional.

B) APRECIÇÃO DA PROVA

32. Neste caso, como em outros,¹⁶ o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua oportunidade processual que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida. Em relação aos documentos remetidos como prova para melhor resolver (par. 11 *supra*), a Corte os incorpora ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 45.2 do Regulamento.

33. Além disso, o Tribunal admite os documentos apresentados pelo Estado e pelos representantes no transcurso da audiência pública, posto que os considera úteis para a presente causa e, ademais, não foram objetados, tampouco sua autenticidade ou veracidade foram postas em dúvida.

34. No que se refere aos documentos adicionais remetidos pelos representantes junto com suas alegações finais escritas (par. 11 *supra*), referentes às custas e gastos processuais, a Corte reitera que, conforme o artigo 44.1 do Regulamento, "[a]s provas produzidas pelas partes só serão admitidas se forem propostas na demanda [...], nas petições e argumentos [e] na contestação". Ademais, este Tribunal indicou que "as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos e as provas que as sustentam devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos realizados com ocasião do procedimento perante esta Corte".¹⁷ Não obstante, considera que estes documentos são úteis para resolver a presente causa e os analisará em conjunto com o restante do acervo probatório.

35. A respeito dos testemunhos e da perícia, a Corte os considera pertinentes na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente na Resolução em que ordenou recebê-los (par. 7 *supra*). Este Tribunal considera que a declaração testemunhal prestada pelo senhor Kimel não pode ser analisada isoladamente, dado que o declarante tem um interesse direto neste caso, razão pela qual será apreciada dentro do conjunto das provas do processo.¹⁸

¹⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140; *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 11 *supra*, par. 37, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 67.

¹⁷ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 275.

¹⁸ Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43; *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 11 *supra*, par. 40, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 69.

36. Efetuado o exame dos elementos probatórios que constam nos autos, a Corte passa a analisar as violações alegadas, considerando os fatos já reconhecidos e os que sejam provados,¹⁹ incluídos no capítulo correspondente. Além disso, a Corte reunirá as alegações das partes que sejam pertinentes, tomando em conta a confissão de fatos e o acatamento formulados pelo Estado, assim como a desistência das alegações efetuada pelos representantes.

VI

ARTIGO 13 (LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO),²⁰ E ARTIGO 9 (PRINCÍPIO DE LEGALIDADE),²¹ EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 1.1 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS)²² E 2 (DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO)²³ DA CONVENÇÃO AMERICANA

37. A Comissão solicitou à Corte que “declare que o processo penal, a condenação penal e suas consequências –incluindo a sanção civil acessória - aos que foi submetido o senhor Eduardo Kimel por realizar uma pesquisa, escrever o livro e publicar informação[,] necessariamente inibe[m] a difusão e a reprodução de informação sobre temas de interesse público, desencorajando o debate público sobre assuntos que afetam a sociedade Argentina”. Ademais, solicitou que se declare a violação do dever de adequação do ordenamento interno “ao manter vigentes disposições que restringem injustificadamente a livre circulação de opiniões sobre a atuação das autoridades públicas”.

38. Os representantes concordaram com a Comissão e consideraram que os tipos penais utilizados neste caso são “suscetíveis de serem aplicados para perseguir criminalmente a crítica política”, razão pela qual “são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção”.

¹⁹ Doravante, a presente Sentença contém fatos que este Tribunal considera estabelecidos com base na confissão efetuada pelo Estado. Alguns destes fatos foram completados com elementos probatórios, em cujo caso são indicados nas respectivas notas de rodapé.

²⁰ O artigo 13 da Convenção afirma em sua parte pertinente que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. [...]

²¹ O artigo 9 da Convenção estabelece:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

²² O artigo 1.1 da Convenção estabelece que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

²³ O artigo 2 da Convenção dispõe que:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

39. O Estado acatou as pretensões das partes afirmando que “[a] sanção penal ao senhor [...] Kimel constituiu uma violação a seu direito à liberdade de expressão” e que “a falta de precisões suficientes no marco da normativa penal que sanciona as calúnias e as injúrias que impeçam que a liberdade de expressão seja afetada, significa o descumprimento do [artigo 2 da Convenção]”. Em audiência pública, o Estado “deplor[ou...] que o único condenado pelo massacre dos *palotinos* tenha sido justamente quem realizou uma investigação jornalística exaustiva sobre tão terrível crime e seu tratamento judicial”.

40. A Corte observa que, apesar da confissão de fatos e da admissão de diversas pretensões por parte do Estado, subsiste a necessidade de precisar o tipo e a gravidade das violações ocorridas, assim como os alcances das normas sancionatórias persistentes na ordem interna e que podem ser aplicadas para restringir a liberdade de expressão. Estas precisões contribuirão com o desenvolvimento da jurisprudência sobre a matéria e com a correspondente tutela dos direitos humanos.

41. Eduardo Kimel é um historiador graduado na Universidade de Buenos Aires, Argentina. Trabalhou também como jornalista, escritor e pesquisador histórico.²⁴ Em novembro de 1989, publicou um livro intitulado “O massacre de San Patricio”.²⁵ Este livro analisa o assassinato de cinco religiosos pertencentes à ordem *palotina*, ocorrido na Argentina em 4 de julho de 1976, durante a última ditadura militar.²⁶

42. Neste livro, o senhor Kimel analisou, *inter alia*, as atuações judiciais dirigidas a investigar o massacre. Em relação a uma decisão judicial adotada em 7 de outubro de 1977, afirmou que o Juiz federal que conhecia da causa

realizou todos os trâmites necessários. Coletou os relatórios policiais com as primeiras informações, solicitou e obteve as perícias forenses e balísticas. Fez comparecer uma boa parte das pessoas que podiam apresentar dados para o esclarecimento. No entanto, a leitura dos autos judiciais conduz a uma primeira pergunta: Queria-se realmente chegar a uma pista que conduzisse aos assassinos? A atuação dos juízes durante a ditadura foi, em geral, conivente, quando não, cúmplice da repressão ditatorial. No caso dos *palotinos*, o [J]uiz [...] cumpriu a maioria dos requisitos formais da investigação, ainda que seja evidente que uma série de elementos decisivos para a elucidação do assassinato não foram levados em consideração. A prova de que a ordem para o crime havia partido de dentro do poder militar paralisou a investigação, levando-a a um ponto morto.²⁷

43. Em 28 de outubro de 1991, o Juiz mencionado pelo senhor Kimel em seu livro (doravante denominado “o denunciante”) interpôs uma ação penal contra o autor pelo delito de calúnia.²⁸ Posteriormente, o denunciante solicitou que, caso não se concordasse com esta qualificação, “se condene o acusado Kimel [pelo delito de injúrias²⁹]”. Em 25 de

²⁴ Cf. declaração testemunhal prestada por Eduardo Kimel em audiência pública (par. 9 *supra*).

²⁵ Cf. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio* (O Massacre de San Patricio), Ediciones Lohlé-Lumen, segunda edição, 1995 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 8, folha 217).

²⁶ Cf. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, nota 25 *supra* (p. 13).

²⁷ Cf. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, nota 25 *supra* (p. 125).

²⁸ O artigo 109 do Código Penal argentino estipula:

A calúnia ou falsa imputação de um delito que dê lugar à ação pública, será reprimida com prisão de um a três anos.

²⁹ O artigo 110 do Código Penal argentino estabelece:

Aquele que desonre ou desacredite a outro, será reprimido com multa de mil e quinhentos a noventa mil pesos ou prisão de um mês a um ano.

setembro de 1995, o Juízo Nacional de Primeira Instância Criminal e Correccional nº 8 de Buenos Aires decidiu que o senhor Kimel não havia cometido o delito de calúnia, mas o de injúrias. Ao analisar o tipo penal de calúnia, estabeleceu que:

[o] trabalho que a defesa qualifica como de “investigação, informação e opinião” transcendeu este âmbito [...] para irromper no terreno da desnecessária e exagerada crítica e opinião desqualificadora e pejorativa, a respeito do trabalho de um Magistrado, que em nada contribui à função informativa, à formação social ou à difusão cultural e, muito menos, ao esclarecimento dos fatos ou da consciência social [...] tais excessos, que não são maiores e são, precisamente, transbordamentos dos limites próprios da liberdade de imprensa, não chegam a constituir, por ausência de dolo essencial e por falta de acusação concreta e precisa, a figura [de calúnia].³⁰

44. Em seguida, o Juízo analisou a possibilidade de enquadrar os fatos dentro do tipo de injúrias e expressou que, “[c]onforme nosso ordenamento jurídico, tudo o que ofende a honra, não sendo calúnia, é uma injúria”, razão pela qual considerou que:

A dúvida ou suspeita que veicula Kimel sobre a eficácia da atuação do Magistrado em uma causa de transcendência internacional, e diante da gravidade dos fatos investigados, constitui por si mesma um ataque à *honra* subjetiva do acusado –desonra-, agravado pelo alcance massivo da publicação –descrédito-, que configuram o ilícito punido pelo art. 110 do C. Penal.

[...] tampouco podia ignorar o acusado que as afirmações, sugestões e dúvidas que propõe em torno, concretamente, do [denunciante], podiam manchar a dignidade do Magistrado e do homem comum que repousa detrás do cargo. Sem dúvida, Kimel, incorreu em um excesso injustificado, arbitrário e desnecessário, sob o pretexto de informar o público em geral, sobre certos e determinados acontecimentos históricos [...]. Kimel não se limitou a informar, mas, além disso, emitiu sua opinião sobre os fatos em geral e sobre a atuação do [denunciante], em particular. E neste excesso, por si próprio dilacerante, se encontra precisamente o delito que qualifico “*ut supra*”. [...] nada modifica a situação o fato de Kimel ter sustentado que carecia de intenção de lesar a *honra* do denunciante [...] [o] único dolo requerido é o conhecimento, por parte do sujeito ativo, do caráter de potencial desonra ou descrédito da ação ou omissão executada.

45. A referida sentença condenou o senhor Kimel à pena de prisão de um ano, com suspensão condicional, assim como ao pagamento de \$20.000,00 (vinte mil pesos argentinos) a título de indenização por reparação do dano causado, mais custas.³¹

46. Esta sentença foi apelada perante a Sala VI da Câmara Nacional de Apelações Criminal e Correccional, a qual, mediante decisão de 19 de novembro de 1996, revogou a condenação imposta nos seguintes termos:

quanto à seção acima que se refere à investigação judicial, [Kimel] deixa registrada sua própria opinião, a qual é criticada pela [instância] *a quo*, que interpreta que isso lhe estaria vedado e deveria limitar-se a informar. Não concordo com este critério[...] o importante é determinar se esta opinião produz resultados desonrosos sobre terceiros ou está animada por fins secretos setoriais ou tendenciosos, porque caso não seja assim, estaria apenas a serviço do esclarecimento e orientação do leitor sobre um tema de interesse público, sempre e quando tenha sido expressada com responsabilidade profissional e com consciência da veracidade de suas afirmações. Atualmente, não se pode conceber um jornalismo dedicado à tarefa automática de informar sem opinar [...] isso não significa que estes conceitos não possuam limites impostos pela ética e pelas leis penais que as repudiam e reprimem respectivamente, na medida em que ofendam a honra, a privacidade ou a dignidade de terceiros, entre outros valores.³²

[...] Este isolado juízo de valor[, concretamente a frase “a atuação dos juízes durante a ditadura foi, em geral, conivente, quando não cúmplice da repressão ditatorial”] não possui a característica de uma calúnia, porque esta requer a falsa acusação de um delito concreto a uma pessoa determinada, que dê motivo à ação pública³³ [...]. [A] crítica na pessoa do Magistrado [...] apenas consiste em uma consideração realizada por um leigo na matéria sobre o desenvolvimento da pesquisa, que este teria

³⁰ Cf. sentença de 25 de setembro de 1995 proferida pelo Juízo Nacional de Primeira Instância Criminal e Correccional nº 8 de Buenos Aires (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 1, folha 62).

³¹ Cf. sentença de 25 de setembro de 1995, nota 30 *supra*.

³² Cf. sentença de 19 de novembro de 1996 proferida pela Câmara Nacional de Apelações Criminal e Correccional (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 2, folhas 85 e 86).

³³ Cf. sentença de 19 de novembro de 1996, nota 32 *supra*, folha 87.

conduzido de outro modo se estivesse no lugar do ofendido[. C]omo tal, isso tampouco pode afetar a *honra* do funcionário [...] e ainda que Kimel não concorde com sua forma de atuação, não se extrai deste parágrafo que tenha querido expressar-se com o dolo que requer a figura [de calúnia].³⁴

47. Ao referir-se ao delito de injúria, o tribunal de apelação qualificou o trabalho de Kimel como "uma breve crítica histórica" e acrescentou que "nesse trabalho não excede os limites éticos de sua profissão".³⁵ Além disso, estabeleceu que "o denunciado exerceu seu direito a informar de maneira não abusiva e legítima e sem intenção de lesar a *honra* do [denunciante], já que não se evidencia sequer dolo genérico, elemento suficiente para a configuração do fato ilícito sob análise".³⁶

48. Esta última decisão foi impugnada pelo denunciante por meio de recurso extraordinário perante a Corte Suprema de Justiça da Nação. Em 22 de dezembro de 1998, a Corte Suprema revogou a sentença absolutória de segunda instância e remeteu a causa à Câmara de Apelações Criminal para que proferisse nova sentença. A Corte Suprema considerou que a sentença recorrida havia sido arbitrária ao afirmar que:

No caso, carecem de sustentação os argumentos expostos pelos juízes que decidiram pela absolvição com o objetivo de estabelecer a atipicidade da calúnia. Isso é especialmente assim, pois unicamente de uma leitura fragmentária e isolada do texto incriminado se pode dizer -como faz [a instância] *a quo*- que a imputação delituosa não se dirige ao denunciante. No livro escrito pelo acusado, depois de mencionar o [denunciante] e dizer que a atuação dos juízes durante a ditadura foi, em geral, cúmplice da repressão ditatorial, expressa que no caso dos *palotinos* o [juiz denunciante] cumpriu a maioria dos requisitos formais da investigação, ainda que seja evidente que uma série de elementos decisivos para a elucidação do assassinato não foram levados em consideração. A prova [de] que a ordem do crime havia partido de dentro do poder militar paralisou a investigação, levando-a a um ponto morto' [...] [P]or outra parte, carece de sustentação jurídica a afirmação referente a que, por tratar-se o denunciado de um "leigo" na pesquisa do caso, não teria caráter calunioso o parágrafo que, ao referir-se ao magistrado, expressa que "é evidente que uma série de elementos decisivos para a investigação não foram levados em consideração".

Ao decidir assim, a câmara omitiu ter em conta as características especiais do elemento subjetivo doloso nos delitos contra a *honra* e, sem sustentação jurídica, considerou a condição de leigo como uma causa de inculpabilidade. Tão absurda afirmação desqualifica a decisão por sua evidente arbitrariedade. [...] Ou]tra causa de arbitrariedade se deriva da omissão de considerar o argumento da denúncia referente a que das constâncias da causa "Barbeito, Salvador e outros, vítimas de homicídio (art. 79 C. Penal)", surgiria não apenas a falsidade das imputações delituosas formuladas à conduta do magistrado, mas, especialmente, o dolo, que -a critério do apelante- se encontraria configurado pelo fato de que o denunciado, com a única intenção de desqualificar o juiz, teria omitido mencionar na publicação que o [denunciante] teria sido omisso diante dos reiterados requerimentos de arquivamento provisório do inquérito formulados pelo promotor[.]³⁷

49. Em 17 de março de 1999, a Sala IV da Câmara de Apelações, seguindo as diretrizes traçadas pela Corte Suprema, confirmou parcialmente a sentença condenatória de primeira instância em relação às penas, mas, ao invés de condenar o senhor Kimel por injúrias, considerou que se configurou o delito de calúnia.³⁸ A Câmara afirmou que,

Em atenção aos argumentos aduzidos por nosso máximo tribunal, as manifestações expressadas pelo jornalista [Kimel] dirigidas ao denunciante possuem conteúdo calunioso, carecendo, deste modo, de sustentação os argumentos expostos pela Sala VI [da Câmara de Apelações] que decidiu pela absolvição baseada na atipicidade da calúnia.³⁹

³⁴ Cf. sentença de 19 de novembro de 1996, nota 32 *supra*, folhas 88 e 89.

³⁵ Cf. sentença de 19 de novembro de 1996, nota 32 *supra*, folha 92.

³⁶ Cf. sentença de 19 de novembro de 1996, nota 32 *supra*, folha 95.

³⁷ Cf. sentença de 22 de dezembro de 1998 proferida pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 3, folhas 114 a 116).

³⁸ Cf. sentença de 17 de março de 1999 proferida pela Sala IV da Câmara de Apelações Criminal e Correccional (expediente de anexos à demanda, tomo 1, anexo 4, folha 134).

³⁹ Cf. sentença de 17 de março de 1999, nota 38 *supra*, folha 132.

50. Contra a sentença pronunciada pela Câmara de Apelações, o senhor Kimel interpôs um recurso extraordinário perante a Corte Suprema,⁴⁰ o qual foi declarado improcedente. Posteriormente, a vítima apresentou um recurso de queixa perante a mesma Corte, o qual foi rechaçado *in limine* em 14 de setembro de 2000, com o que a condenação transitou em julgado.⁴¹

51. Em torno destes fatos, as partes apresentaram diversas alegações nos quais subjaz um conflito entre o direito à liberdade de expressão em temas de interesse público e a proteção da honra dos funcionários públicos. A Corte reconhece que tanto a liberdade de expressão como o direito à honra, acolhidos pela Convenção, revestem-se de suma importância. É necessário garantir o exercício de ambos. Nesse sentido, a prevalência de algum em determinado caso dependerá da ponderação que se faça através de um juízo de proporcionalidade. A solução do conflito que se apresenta entre certos direitos requer o exame de cada caso, conforme suas características e circunstâncias, para apreciar a existência e intensidade dos elementos em que se sustenta este julgamento.

52. A Corte esclareceu as condições que se devem cumprir no momento de suspender, limitar ou restringir os direitos e liberdades consagrados na Convenção.⁴² Em particular, analisou a suspensão de garantias em estados de exceção⁴³ e as limitações à liberdade de expressão,⁴⁴ propriedade privada,⁴⁵ liberdade de locomoção⁴⁶ e liberdade pessoal,⁴⁷ entre outros.

53. Com relação ao conteúdo da liberdade de pensamento e de expressão, a Corte indicou que aqueles que estão sob a proteção da Convenção têm o direito de buscar, receber e difundir ideias e informações de toda índole, assim como o de receber e conhecer as informações e ideias difundidas pelos demais. É por isso que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social:

esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas implica também,

⁴⁰ Cf. petição de interposição do recurso extraordinário perante a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (expediente de anexos à demanda, tomo 1, anexo 5, folha 140).

⁴¹ Cf. resolução de 14 de setembro de 2000 emitida pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (expediente de anexos à demanda, tomo 1, anexo 6, folha 175).

⁴² Cf. *A Expressão "Leis" no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6.

⁴³ Cf. *O Habeas Corpus sob Suspensão de Garantias (arts. 27.2, 25.1.e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A Nº 8, e *Caso Zambrano Vélez*, nota 11 *supra*, pars. 45 a 47.

⁴⁴ Cf. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C Nº 111, par. 96; *Caso Palamara Iribarne*, nota 12 *supra*, pars. 68 e 79, e *Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, pars. 88 a 91.

⁴⁵ Cf. *Caso Ivcher Bronstein*, nota 12 *supra*, par. 128; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, par. 145; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, par. 93, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 127.

⁴⁶ Cf. *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, pars. 113 a 135.

⁴⁷ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, pars. 51a 54.

por outro lado, um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio.⁴⁸

54. Entretanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13.2 da Convenção, que proíbe a censura prévia, também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades ulteriores pelo exercício abusivo deste direito. Estas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia.⁴⁹

55. Por sua vez, o artigo 11 da Convenção estabelece que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Isso implica em limites às ingerências dos particulares e do Estado. Por isso, é legítimo que quem se considere afetado em sua *honra* recorra aos meios judiciais que o Estado disponha para sua proteção.⁵⁰

56. A necessidade de proteger os direitos à honra e à reputação, assim como outros direitos que possam ser afetados por um exercício abusivo da liberdade de expressão, requer a devida observância dos limites determinados a esse respeito pela própria Convenção. Estes devem responder a um critério de estrita proporcionalidade.

57. Considerando a importância da liberdade de expressão em uma sociedade democrática e a elevada responsabilidade que isso significa para quem exerce profissionalmente trabalhos de comunicação social, o Estado não apenas deve minimizar as restrições à circulação da informação, mas também equilibrar, na maior medida possível, a participação das distintas informações no debate público, promovendo o pluralismo informativo. Em consequência, a equidade deve reger o fluxo informativo. Nestes termos, pode explicar-se a proteção dos direitos humanos de quem enfrenta o poder dos meios de comunicação e a tentativa de assegurar condições estruturais que permitam a expressão equitativa das ideias.⁵¹

58. Levando em consideração o anterior, para resolver o caso concreto, a Corte: i) verificará se a tipificação dos delitos de injúria e calúnia afetou a legalidade estrita que é preciso observar ao restringir a liberdade de expressão pela via penal; ii) estudará se a proteção da reputação dos juízes serve a uma finalidade legítima de acordo com a Convenção e determinará, se for o caso, a idoneidade da sanção penal para alcançar a finalidade perseguida; iii) avaliará a necessidade de tal medida, e iv) analisará a estrita proporcionalidade da medida, isto é, se a sanção imposta ao senhor Kimel garantiu de forma ampla o direito à reputação do funcionário público mencionado pelo autor do livro, sem negar o direito deste de manifestar sua opinião.

i) Estrita formulação da norma que consagra a limitação ou restrição (legalidade penal)

59. A Comissão argumentou que “se utilizaram os delitos contra a honra com o claro propósito de limitar a crítica a um funcionário público”. Nesse sentido, afirmou que “a descrição das condutas de [calúnia e injúrias] tem [...] tal ambiguidade, amplitude e

⁴⁸ Cf. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*, nota 44 *supra*, par. 30; *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 64; *Caso Ivcher Bronstein*, nota 12 *supra*, par. 146; *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 108, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 77.

⁴⁹ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 120; *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 95, e *Caso Palamara Iribarne*, nota 12 *supra*, par. 79.

⁵⁰ Cf. *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 101.

⁵¹ O Tribunal indicou que “é indispensável[...]a pluralidade de meios de comunicação, a proibição de todo monopólio a respeito deles, qualquer que seja a forma que pretenda adotar”. Cf. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*, nota 44 *supra*, par. 34.

abertura que permite[...] que as condutas anteriormente consideradas como desacato sejam sancionadas indevidamente através destes tipos penais”. Ademais, a Comissão opinou que a “mera existência [dos tipos penais aplicados ao senhor Kimel] inibe as pessoas de emitir opiniões críticas a respeito da atuação das autoridades, em virtude da ameaça de sanções penais e pecuniárias”. A esse respeito, assinalou que “[s]e o Estado decide conservar a normativa que sanciona as calúnias e injúrias, deverá precisá-la de forma tal que não se afete a livre expressão de inconformidades e protestos sobre a atuação dos órgãos públicos e seus integrantes”.

60. Os representantes indicaram que a figura da injúria “se refere a uma conduta absolutamente indeterminada”, uma vez que “a expressão ‘desonrar’ como ‘desacreditar’ a outro não descreve conduta alguma”. Por isso, consideraram que “não existe um parâmetro objetivo para que a pessoa possa medir e pré determinar a possível ilicitude de suas expressões, mas, em todo caso, se refere a um juízo de valor subjetivo do julgador”. Acrescentaram que a figura da calúnia “também é excessivamente vag[a]”. Concluíram que a “vagueza de ambas as figuras foi manifesta”, dado que o senhor Kimel “foi condenado em primeira instância por injúrias, e depois [por] calúnias”.

61. Esta Corte tem competência – à luz da Convenção Americana e com base no princípio *iura novit curia*, que se encontra solidamente respaldado na jurisprudência internacional– para estudar a possível violação das normas da Convenção que não foram alegadas nos escritos apresentados ante si, na compreensão de que as partes tiveram a oportunidade de expressar suas respectivas posições em relação aos fatos que as sustentam.⁵²

62. No presente caso, nem a Comissão nem os representantes alegaram a violação do artigo 9 da Convenção Americana, que consagra o princípio de legalidade. No entanto, o Tribunal considera que os fatos deste caso, aceitos pelo Estado e sobre os quais as partes tiveram ampla possibilidade de fazer referência, mostram uma afetação deste princípio nos termos expostos a seguir.

63. A Corte indicou que “é a lei que deve estabelecer as restrições à liberdade de informação”.⁵³ Nesse sentido, qualquer limitação ou restrição deve estar prevista na lei, tanto em sentido formal como material. Agora, se a restrição ou limitação provém do direito penal, é preciso observar os estritos requerimentos característicos da tipificação penal para satisfazer, neste âmbito, o princípio de legalidade. Assim, devem ser formuladas de forma expressa, precisa, taxativa e prévia. O marco legal deve oferecer segurança jurídica ao cidadão. A esse respeito, este Tribunal indicou que:

A Corte entende que na elaboração dos tipos penais é preciso utilizar termos estritos e unívocos, que restrinjam claramente as condutas puníveis, dando pleno sentido ao princípio de legalidade penal. Este implica uma clara definição da conduta incriminada, que fixe seus elementos e permita distingui-las de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre espaço para o arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal dos indivíduos e sancioná-la com penas que afetam severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade. Normas como as aplicadas no presente caso, que não delimitam estritamente as condutas delitivas, são violatórias do princípio de legalidade estabelecido no artigo 9 da Convenção Americana.⁵⁴

⁵² Cf. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C Nº 5, par. 172; *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 54, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146, par. 186.

⁵³ Cf. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*, nota 44 *supra*, par. 40, e *Caso Claude Reyes e outros*, nota 44 *supra*, par. 89.

⁵⁴ Cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros*, nota 12 *supra*, par. 121, e *Caso Lori Berenson*, nota 12 *supra*, par. 125. Além disso, o Tribunal ressaltou que as leis que prevejam restrições “devem utilizar critérios precisos e não

64. Como estabelecido anteriormente, o senhor Kimel foi condenado em primeira instância pelo delito de injúria. O tipo penal aplicado foi o artigo 110 do Código Penal que estabelece:

Aquele que desonre ou desacredite a outro será reprimido com multa de mil e quinhentos a noventa mil pesos ou prisão de um mês a um ano.

65. Posteriormente, foi absolvido pela Sala VI da Câmara Nacional de Apelações Criminal e Correccional. Por último, a Corte Suprema de Justiça se afastou da qualificação originária do delito e decidiu que os fatos acusados ao senhor Kimel configuravam o ilícito tipificado no artigo 109 do Código Penal, que estabelece:

A calúnia ou falsa imputação de um delito que dê lugar à ação pública será reprimida com prisão de um a três anos.

66. A Corte ressalta que, no presente caso, o Estado assinalou que "a falta de precisões suficientes no marco da normativa penal que sanciona as calúnias e as injúrias que impeçam que se afete a liberdade de expressão implica no descumprimento da obrigação de adotar as medidas contempladas no artigo 2 da Convenção Americana" (par. 18 *supra*).

67. Em razão do anterior e tendo em conta as manifestações formuladas pelo Estado sobre a deficiente regulamentação penal desta matéria, a Corte considera que a tipificação penal correspondente contravém os artigos 9 e 13.1 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma.

ii) Idoneidade e finalidade da restrição

68. A Comissão argumentou que a sanção imposta ao senhor Kimel teve "o propósito legítimo de proteger a honra de um funcionário público". Porém, assinalou que "os funcionários públicos devem ser mais tolerantes às críticas que os particulares" e que o controle democrático fomenta a transparência das atividades estatais, promove a responsabilidade dos funcionários públicos e que "em um Estado de direito não existe fundamento válido que permita subtrair desta consideração os que trabalham na administração da justiça".

69. Os representantes indicaram que "a Convenção Americana não distingue o [P]oder [J]udiciário do resto dos poderes públicos, nem estabelece nenhuma norma específica relacionada com a proteção da reputação dos juízes". Ao contrário, "em casos como o presente apenas vige a norma geral que permite restringir a liberdade de expressão para proteger os direitos ou a reputação dos demais".

70. Neste passo da análise, o primeiro que se deve indagar é se a restrição constitui um meio idôneo ou adequado para contribuir à obtenção de uma finalidade compatível com a Convenção.

71. Como foi estabelecido no parágrafo 55 *supra*, os juízes, assim como qualquer outra pessoa, estão amparados pela proteção oferecida no artigo 11 da Convenção que consagra o direito à honra. Por outro lado, o artigo 13.2.a) da Convenção estabelece que a "reputação das demais pessoas" pode ser motivo para fixar responsabilidades ulteriores no exercício da liberdade de expressão. Em consequência, a proteção da honra e da reputação de toda pessoa é um fim legítimo em conformidade com a Convenção. Além disso, o instrumento penal é idôneo porque serve ao fim de salvaguardar, através da cominação de pena, o bem jurídico que se quer proteger, isto é, poderia estar em capacidade de contribuir à realização deste objetivo. No entanto, a Corte adverte que isso não significa que, no caso específico que se analisa, a via penal seja necessária e proporcional, como se verá abaixo.

conferir uma discricionariedade sem limites aos encarregados de sua aplicação". Cf. *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 124.

iii) Necessidade da medida utilizada

72. A Comissão considera que “o Estado tem outras alternativas de proteção da privacidade e da reputação menos restritivas que a aplicação de uma sanção penal”. Nesse sentido, “[a] proteção à reputação deve estar garantida apenas através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou pessoa pública ou de particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público” e através de “leis que garantam o direito de retificação ou resposta”.

73. Os representantes afirmaram que “quando a conduta de uma pessoa configura o exercício regular de um direito [...], a mera existência de uma sanção —qualquer que seja— representa uma violação à Convenção”. A respeito das sanções penais, alegaram que, “[a]o menos na área da crítica aos funcionários públicos por seus atos funcionais ou a quem se vincula voluntariamente a assuntos de interesse público, o recurso ao direito penal é contrário à possibilidade de promover um debate amplo, já que desestimula a participação da população, inclusive dos jornalistas profissionais na discussão dos assuntos públicos”. Assim, o “recurso penal gera um forte efeito inibidor”. Por outro lado, se manifestaram contra a existência de sanções civis, toda vez que estas também “têm um forte efeito inibidor, em particular para as pessoas que desempenham a função de jornalista”, em razão “dos relativamente baixos salários que recebem nos meios de imprensa”; porque “é virtualmente impossível enfrentar as condenações que se estabelecem nos julgamentos por danos e prejuízos, sem que se gere um colapso na economia pessoal do jornalista ou do cidadão comum”, e porque, “exceto no caso dos grandes meios de comunicação, nenhum meio de comunicação oferece garantias a seus trabalhadores a respeito de sua capacidade de pagamento”.

74. Na análise deste tema, a Corte deve examinar as alternativas existentes para alcançar o fim legítimo perseguido e precisar a maior ou menor lesividade daquelas.⁵⁵

75. O exercício de cada direito fundamental tem de ser feito com respeito e proteção dos demais direitos fundamentais. Nesse processo de harmonização, cabe um papel medular ao Estado buscando estabelecer as responsabilidades e sanções que sejam necessárias para obter tal propósito. O uso da via civil ou penal dependerá das considerações que abaixo se mencionam.

76. A Corte indicou que o Direito Penal é o meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades a respeito de uma conduta ilícita.⁵⁶ A tipificação ampla de delitos de calúnia e injúrias pode resultar contrária ao princípio de intervenção mínima e de *ultima ratio* do direito penal. Em uma sociedade democrática, o poder punitivo apenas se exerce na medida estritamente necessária para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves que causem dano ou os ponham em perigo. O contrário conduziria ao exercício abusivo do poder punitivo do Estado.

77. Tomando em conta as considerações formuladas até agora sobre a proteção devida da liberdade de expressão, a razoável conciliação das exigências de tutela daquele direito, por uma parte, e da honra, por outra, e o princípio de mínima intervenção penal característico de uma sociedade democrática, o emprego da via penal deve corresponder à necessidade de tutelar bens jurídicos fundamentais diante de condutas que impliquem graves lesões a estes bens, e possuam relação com a magnitude do dano causado. A tipificação penal de uma conduta deve ser clara e precisa, como determinou a jurisprudência deste Tribunal no exame do artigo 9 da Convenção Americana.

⁵⁵ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, par. 93.

⁵⁶ Cf. *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 104, e *Caso Palamara Iribarne*, nota 12 *supra*, par. 79.

78. A Corte não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais. Em todo o momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação. Nesta ordem de considerações, a Corte observa os movimentos na jurisprudência de outros Tribunais encaminhados a promover, com racionalidade e equilíbrio, a proteção que merecem os direitos em aparente disputa, sem debilitar as garantias que a livre expressão requer como sustentáculo do regime democrático.⁵⁷

79. De outro lado, no âmbito da liberdade de informação, o Tribunal considera que existe um dever do jornalista de constatar de forma razoável, ainda que não necessariamente exaustiva, os fatos em que fundamenta suas opiniões. Ou seja, é válido reclamar equidade e diligência na confrontação das fontes e na busca de informação. Isso implica no direito das pessoas de não receber uma versão manipulada dos fatos. Em consequência, os jornalistas têm o dever de tomar alguma distância crítica a respeito de suas fontes e contrastá-las com outros dados relevantes.

80. No tocante ao presente caso, é notório o abuso no exercício do poder punitivo –como reconheceu o próprio Estado- tomando em conta os fatos imputados ao senhor Kimel, sua repercussão sobre os bens jurídicos do denunciante e a natureza da sanção –privação de liberdade- aplicada ao jornalista.

iv) Estrita proporcionalidade da medida

81. A Comissão argumentou que “a conduta do senhor Kimel se enquadra dentro do âmbito razoável do exercício de seu direito a exercer o jornalismo investigativo, dado que se tratava de informação de evidente interesse para a opinião pública argentina, fundada em uma investigação prévia, que tinha por objeto contribuir com o debate e servir como meio fiscalizador de um funcionário público”. Nesse sentido, assinalou que, em “uma sociedade que viveu uma ditadura militar como a da Argentina de 1976 até 1983, a liberdade de pensamento e de expressão adquire uma importância fundamental para a reconstrução histórica do passado e a formação da opinião pública”. Em consequência, deve existir a

⁵⁷ No *Caso Mamere*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que “o valor preponderante da liberdade de expressão, especialmente em questões de interesse público, não pode prevalecer sempre em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de outros, seja de pessoas privadas ou de funcionários públicos”. A versão original em inglês é a seguinte: “the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials”. Cf. *Mamère v. France*, No. 12697/03, § 27, ECHR 2006.

Além disso, no *Caso Castells*, o Tribunal Europeu afirmou que “permanece aberta a possibilidade para as autoridades competentes do Estado de adotar, em sua condição de garantes da ordem pública, medidas, ainda que de natureza penal, destinadas a reagir de maneira adequada e não excessiva frente a imputações difamatórias desprovidas de fundamento ou formuladas de má fé”. A versão original em inglês indica: “it remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith”. Cf. *ECHR, Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A nº 236, § 46.

Em um pronunciamento recente, sustentou que “a imposição de uma pena de prisão por uma ofensa difundida pela imprensa será compatível com a liberdade de expressão dos jornalistas tal como está garantida no artigo 10 da Convenção apenas em circunstâncias excepcionais, especialmente quando outros direitos fundamentais foram seriamente afetados, como, por exemplo, nos casos de discurso do ódio ou de incitação à violência”. A versão original em inglês é a seguinte: “the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists’ freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence”. Cf. *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], nº 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

“possibilidade de que qualquer pessoa expresse suas opiniões de acordo com o pensamento próprio, [...] de analisar com profundidade ou sem ela a atuação daqueles que detinham cargos públicos durante essa época, entre eles, do [P]oder [J]udiciário e de emitir críticas inclusive ofensivas e fortes sobre isso”. Acrescentou que o Juiz mencionado pelo senhor Kimel “deveria tolerar as opiniões críticas que se re[feriram] ao exercício de sua função jurisdicional”.

82. Os representantes concordaram com a Comissão e alegaram que “os fatos sobre os quais o senhor Kimel apresentou informação são de interesse público”, tendo em conta que a investigação se referia “a um caso paradigmático da repressão” e que a “investigação efetuada pelo jornalista é parte d[a] revisão que a sociedade argentina deve realizar e da discussão sobre as causas pelas quais o governo militar atuou sem ter encontrado obstáculos no Poder Judiciário”. Acrescentaram que o senhor Kimel “não utilizou linguagem alguma que pudesse ser considerada abusiva”, nem utilizou “palavras desmedidas, nem muito menos ultrajantes”; que se referiu ao juiz “única e exclusivamente em razão de sua atuação funcional e não entrou em nenhum aspecto de sua vida ou de sua personalidade que não possuísse relação com seu trabalho como funcionário público”; que, nos capítulos do livro onde manifesta afirmações de fato, “tudo o que sustentou se ajusta à realidade” e que “os parágrafos que formaram parte do julgamento penal” contêm “juízos de valor críticos sobre o Poder Judiciário daquela época”, razão pela qual “não são suscetíveis de serem verdadeiros ou falsos, nem podem justificar, por si mesmos, uma restrição à liberdade de expressão, na medida em que se trata do direito de toda pessoa de opinar livremente sobre assuntos de interesse público e sobre a atuação funcional de um juiz em um assunto da maior relevância pública”.

83. Neste último passo da análise, se considerará se a restrição é estritamente proporcional, de tal forma que o sacrifício inerente a aquela não resulte exagerado ou desmedido diante das vantagens que se obtêm mediante tal limitação.⁵⁸ A Corte já adotou este método ao indicar que:

para que sejam compatíveis com a Convenção as restrições devem justificar-se segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 da Convenção garante e não limitem, mais do que o estritamente necessário, o direito proclamado neste artigo. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e ajustar-se estritamente ao alcance desse objetivo legítimo, interferindo na menor medida possível no efetivo exercício do direito à liberdade de expressão.⁵⁹

84. Para o presente caso, a restrição teria que alcançar uma importante satisfação do direito à reputação sem desprezar o direito à livre crítica contra a atuação dos funcionários públicos. Para realizar esta ponderação deve-se analisar i) o grau de afetação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade dessa afetação foi grave, mediana ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro. Em alguns casos, a balança se inclinará para a liberdade de expressão e, em outros, à proteção do direito à honra.

85. Com respeito ao grau de afetação da liberdade de expressão, a Corte considera que as consequências do processo penal em si mesmo, a imposição da sanção, a inscrição no registro de antecedentes penais, o risco latente de possível perda da liberdade pessoal e o efeito estigmatizante da condenação penal imposta ao senhor Kimel demonstram que as responsabilidades ulteriores estabelecidas neste caso foram graves. Inclusive, a multa

⁵⁸ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, par. 93.

⁵⁹ Cf. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*, nota 44 *supra*, par. 46; *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, pars. 121e 123; *Caso Palamara Iribarne*, nota 12 *supra*, par. 85, e *Caso Claude Reyes e outros*, nota 44 *supra*, par. 91.

constitui, por si mesma, uma afetação grave da liberdade de expressão, em virtude de sua alta quantia em relação à renda do beneficiário.⁶⁰

86. Sobre o direito à honra, as manifestações dirigidas à idoneidade de uma pessoa para o desempenho de um cargo público ou aos atos realizados por funcionários públicos no desempenho de suas funções gozam de maior proteção, de maneira que se propicie o debate democrático.⁶¹ A Corte indicou que, em uma sociedade democrática, os funcionários públicos estão mais expostos ao escrutínio e à crítica do público.⁶² Este limite diferente de proteção se explica porque se expuseram voluntariamente a um escrutínio mais exigente. Suas atividades saem do domínio da esfera privada para inserir-se na esfera do debate público.⁶³ Este limite não se localiza na qualidade do sujeito, mas no interesse público das atividades que realiza,⁶⁴ como sucede quando um juiz investiga um massacre no contexto de uma ditadura militar, como ocorreu no presente caso.

87. O controle democrático através da opinião pública fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública. Daí a maior tolerância diante de afirmações e apreciações expressadas pelos cidadãos no exercício deste controle democrático.⁶⁵ Tais são as demandas do pluralismo próprio de uma sociedade democrática,⁶⁶ que requer a maior circulação de informação e opiniões sobre assuntos de interesse público.⁶⁷

88. Na arena do debate sobre temas de alto interesse público, não apenas se protege a emissão de expressões inofensivas ou bem recebidas pela opinião pública, mas também das que chocam, irritam ou inquietam os funcionários públicos ou um setor qualquer da população.⁶⁸ Em uma sociedade democrática, a imprensa deve informar amplamente sobre questões de interesse público, que afetam bens sociais, e os funcionários devem prestar contas de sua atuação no exercício de suas tarefas públicas.

89. A crítica realizada pelo senhor Kimel estava relacionada a temas de notório interesse público, se referia a um juiz no desempenho de seu cargo e se concretizou em opiniões que não significavam a imputação de delitos. Tal como assinalou a sentença de primeira instância (par. 43 *supra*), o parágrafo pelo qual foi processado o senhor Kimel envolvia uma opinião e não a indicação de um fato:

Kimel [...] se limita a fazer um questionamento [...]. De modo algum, conforme a doutrina e a jurisprudência imperantes na matéria, poderia sustentar-se validamente que tais epítetos possam constituir a atribuição de uma conduta criminoso, nos termos requeridos pela figura típica e antijurídica [da calúnia]. O questionamento, como tal, não pode implicar em uma imputação

⁶⁰ A sanção pecuniária imposta ao senhor Kimel chegou a \$ 20.000,00 (vinte mil pesos argentinos). Cf. sentença de 17 de março de 1999, nota 36 *supra*, folha 138. Segundo o tipo de câmbio vigente naquele momento, este montante era equivalente à mesma quantidade em dólares estadunidenses. Segundo o afirmado pelos representantes e não controvertido pelo Estado, a execução desta pena "representaria, simplesmente, [a] quebra econômica" do senhor Kimel, que "perderia todas os seus pertences, e ficaria endividado por um período muito longo".

⁶¹ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 128, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 98.

⁶² Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 129, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 103.

⁶³ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 129, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 103.

⁶⁴ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 129, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 103.

⁶⁵ Cf. *Caso Ivcher Bronstein*, nota 12 *supra*, par. 155; *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 127; *Caso Palamara Iribarne*, nota 12 *supra*, par. 83, e *Caso Claude Reyes e outros*, nota 44 *supra*, par. 87.

⁶⁶ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 113, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 83.

⁶⁷ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 127.

⁶⁸ Cf. *Caso "A Última Tentação de Cristo"* (Olmedo Bustos e outros), nota 48 *supra*, par. 69; *Caso Ivcher Bronstein*, nota 12 *supra*, par. 152, e *Caso Ricardo Canese*, nota 44 *supra*, par. 83.

concreta, mas em uma mera valoração perfeitamente subjetiva –e deixada ao subjetivismo também do leitor-, por parte do autor, de uma não menos subjetiva apreciação do valor probatório dos elementos de juízo, incorporados ao processo, por parte do [denunciante]. Trata-se, enfim, de uma crítica com opinião à atuação de um Magistrado, diante de um processo determinado. Mas a diferente apreciação dos fatos e circunstâncias não pode, de modo algum, implicar na clara e rotunda imputação de um delito de ação pública.⁶⁹

90. Sobre o notório interesse público dos temas em relação aos quais o senhor Kimel emitiu sua opinião, cabe ressaltar seu depoimento em audiência pública (par. 9 *supra*), não controvertido pelo Estado:

O massacre de San Patricio ha[via] sido considerado o fato de sangue mais importante que sofreu a Igreja Católica ao longo de vários séculos de existência na Argentina[.]. O único e principal objetivo do livro evidentemente ha[via] sido contar o assassinato dos religiosos *palotinos*, dar luz àquilo que havia permanecido obscuro e invisível à sociedade, a tremenda história do assassinato de cinco religiosos em sua casa, massacrados da maneira mais horrível.⁷⁰

91. O senhor Kimel emitiu uma opinião que não tinha relação com a vida pessoal do Juiz denunciante nem lhe imputava uma conduta ilícita, mas que se relacionava com a causa judicial sob sua responsabilidade.

92. A Corte observa que o senhor Kimel realizou uma reconstrução da investigação judicial do massacre e, a partir disso, emitiu um juízo de valor crítico sobre o desempenho do Poder Judiciário durante a última ditadura militar na Argentina. Na audiência pública do presente caso (par. 9 *supra*), o senhor Kimel ressaltou que o texto, no que se refere ao juiz denunciante, era “um parágrafo que devia estar no livro porque continha, apesar de sua brevidade, um dado significativo: qual havia sido a conduta da justiça argentina durante aqueles trágicos anos da ditadura militar para investigar o assassinato dos sacerdotes”. O senhor Kimel não utilizou uma linguagem desmedida e sua opinião foi construída tendo em conta os fatos verificados pelo próprio jornalista.

93. As opiniões expressadas pelo senhor Kimel não podem ser consideradas nem verdadeiras nem falsas. Como tal, a opinião não pode ser objeto de sanção, ainda mais quando se trata de um juízo de valor sobre um ato oficial de um funcionário público no desempenho de seu cargo. Em princípio, a verdade ou falsidade se predica apenas a respeito de fatos. Daí que a prova a respeito de juízos de valor não pode ser submetida a requisitos de veracidade.⁷¹

94. Tendo em conta o anterior, a Corte conclui que a violação à liberdade de expressão do senhor Kimel foi manifestamente desproporcional, por ser excessiva, em relação à alegada afetação do direito à honra no presente caso.

95. Em razão de todo o exposto no presente capítulo e tendo em conta a confissão de fatos e o acatamento do Estado, o Tribunal considera que este violou o direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 13.1 e 13.2 da Convenção Americana, em relação à obrigação geral contemplada no artigo 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Kimel.

VII

⁶⁹ Cf. sentença de 25 de setembro de 1995, nota 28 *supra*, folha 59.

⁷⁰ Cf. declaração testemunhal prestada por Eduardo Kimel em audiência pública (par. 9 *supra*).

⁷¹ Cf. *ECHR, Case Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A n° 103, § 46.

ARTIGO 8 (GARANTIAS JUDICIAIS),⁷² EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS) DA CONVENÇÃO AMERICANA

96. A Comissão argumentou que o processo penal contra a vítima durou quase nove anos; que o caso não era complexo, pois “não existia pluralidade de sujeitos processuais” e a prova consistia essencialmente no livro do senhor Kimel; que “não consta nos autos que o senhor Kimel houvesse mantido uma conduta incompatível com seu caráter de processado nem que tenha obstruído a tramitação do processo”; e que “as autoridades judiciais não atuaram com a devida diligência e celeridade”. Os representantes apresentaram argumentos no mesmo sentido e acrescentaram que “o procedimento aplicável aos delitos contra a honra, por serem delitos de ação privada, é um procedimento simplificado que carece da etapa de investigação”. Como se assinalou anteriormente, o Estado acatou a alegada violação do artigo 8.1 da Convenção.

97. Tendo em conta os fatos provados, o acatamento do Estado e os critérios estabelecidos por este Tribunal a respeito do princípio do prazo razoável,⁷³ a Corte considera que a duração do processo penal instaurado contra o senhor Kimel excedeu os limites razoáveis. Do mesmo modo, o Tribunal considera, conforme sua jurisprudência,⁷⁴ que o Estado não justificou essa duração tão prolongada. Em consequência, declara que o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Kimel.

**VIII
REPARAÇÕES
(APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)**

98. É um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.⁷⁵ Em suas decisões a esse respeito, a Corte se baseou no artigo 63.1 da Convenção Americana.⁷⁶

⁷² O artigo 8.1 da Convenção estabelece em sua parte pertinente que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁷³ Estes critérios são: i) complexidade do assunto, ii) atividade processual do interessado, e iii) conduta das autoridades judiciais. Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C Nº 30, par. 77; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 102, e *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 102.

⁷⁴ Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 145; *Caso Gómez Palomino Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C Nº 136, par. 85, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Itáñez*, nota 17 *supra*, par. 161.

⁷⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; *Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C Nº 171, par. 138, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 131.

⁷⁶ O artigo 63.1 da Convenção dispõe que:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

99. No âmbito do reconhecimento efetuado pelo Estado (pars. 18 e 22 *supra*), de acordo com as considerações sobre o mérito expostas e as violações à Convenção declaradas nos capítulos anteriores, assim como à luz dos critérios determinados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e aos alcances da obrigação de reparar,⁷⁷ a Corte se pronunciará sobre as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes e a postura do Estado a respeito das reparações, com o objetivo de ordenar as medidas dirigidas a reparar os danos.

A) PARTE LESADA

100. A Corte considera como "parte lesada", conforme o artigo 63.1 da Convenção, o senhor Eduardo Kimel, em seu caráter de vítima das violações declaradas, de modo que será credor das reparações que fixe o Tribunal a título de dano material e imaterial.

101. Quanto aos familiares do senhor Kimel, a Corte observa que a Comissão não os declarou vítimas de nenhuma violação à Convenção em seu relatório de Mérito (par. 1 *supra*); que na demanda identificou o senhor Kimel como o único beneficiário das reparações e não manifestou que seus familiares tivessem sido vítimas; que os representantes tampouco alegaram violação contra os familiares, e que a Comissão afirmou em suas alegações finais escritas que o dano derivado dos fatos do caso compreendem, *inter alia*, "o dano moral infligido às pessoas próximas" ao senhor Kimel, sem solicitar que se declare a violação de nenhum preceito convencional contra aqueles.

102. Nesse sentido, o Tribunal reitera que se considera parte lesada aquela declarada vítima da violação de algum direito consagrado na Convenção. A jurisprudência desta Corte indicou que as supostas vítimas devem estar indicadas na demanda e no relatório da Comissão adotado segundo o artigo 50 da Convenção. Ademais, de acordo com o artigo 33.1 do Regulamento da Corte, corresponde à Comissão, e não a este Tribunal, identificar as supostas vítimas com precisão e na devida oportunidade processual.⁷⁸

103. O anterior não ocorreu no presente caso e, deste modo, a Corte não declarou violação alguma em detrimento dos familiares do senhor Kimel.

B) INDENIZAÇÕES

104. Os representantes e a Comissão solicitaram ao Tribunal que fixe uma indenização tanto pelo dano material como pelo dano imaterial que o senhor Kimel sofreu como consequência dos fatos considerados no presente caso. O Tribunal analisará agora as alegações e as provas pertinentes.

a) Dano material

105. A Corte desenvolveu o conceito de dano material e as hipóteses em que corresponde indenizá-lo.⁷⁹

106. A Comissão argumentou que o senhor Kimel "realizou esforços econômicos importantes com o fim de alcançar justiça no âmbito doméstico e superar as consequências morais que as ações do Estado argentino lhe causaram".

⁷⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 75 *supra*, pars. 25 a 27; *Caso da "Panel Blanca"* (*Paniagua Morales e outros*), nota 14 *supra*, pars. 76 a 79; *Caso Albán Cornejo*, nota 75 *supra*, par. 139, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 187.

⁷⁸ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98; *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C Nº 153, par. 29, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez*, nota 17 *supra*, par. 224.

⁷⁹ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43; *Caso La Cantuta*, nota 13 *supra*, par. 213, e *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz*, nota 15 *supra*, par. 166.

107. Os representantes indicaram que o Estado deve indenizar a vítima pelo “dano emergente” e pelo “lucro cessante” sofridos. Quanto ao dano emergente, solicitaram a soma, fixada com base em critérios de equidade, de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) pelos “16 anos de litígio”, os gastos por “fotocópia, selos, diárias para comparecer aos tribunais”, e pelos gastos de difusão de “seu caso judicial para o conhecimento da opinião pública”. Quanto ao lucro cessante, alegaram que os fatos deste caso “inibiram Kimel de avançar em novas propostas e projetos laborais, causaram uma reviravolta no desenvolvimento de sua profissão, a perda de oportunidades, a impossibilidade de publicar o livro devido ao contexto histórico que se vivia na Argentina, assim como as limitações profissionais provocadas pelas restrições para sair do país”. Por este conceito, solicitaram uma indenização, fixada com base em critérios de equidade, de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América).

108. O Estado unicamente se referiu ao “lucro cessante”. Afirmou que os representantes “não apresentam, além de suas manifestações, provas documentais concretas” e solicitou à Corte que “recorra à equidade para determinar uma reparação em tal conceito”.

109. Quanto aos gastos feitos como consequência de 16 anos de litígio nacional e internacional e da “difusão” do assunto, esta Corte nota que em alguns casos⁸⁰ ordenou o pagamento de indenização pelos gastos nos quais as vítimas ou seus familiares incorreram como consequência das violações declaradas, sempre que tenham um nexo causal direto com os fatos violatórios e não se trate de gastos realizados em razão do acesso à justiça, já que estes se consideram como “reembolso de custas e gastos” e não como “indenizações”. No presente caso, os gastos mencionados derivam do acesso à justiça, de maneira que serão analisados na seção D) deste Capítulo.

110. No que diz respeito à inibição do senhor Kimel de avançar em novas propostas e projetos laborais e ao suposto prejuízo de seu desenvolvimento profissional, o Tribunal leva em consideração que o Estado não questionou estas alegações e inclusive solicitou que a Corte fixe com base em critérios de equidade a indenização correspondente. Em consequência, decide fixar com base em critérios de equidade a soma de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de indenização por dano material. Esta quantia deverá ser entregue diretamente ao senhor Kimel dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença.

b) *Dano imaterial*

111. A Corte determinará o dano imaterial conforme as diretrizes estabelecidas em sua jurisprudência.⁸¹

112. A Comissão considerou que “[a] existência de dano moral nestes casos é uma consequência necessária da natureza das violações que foram perpetradas”.

113. Os representantes afirmaram que “as decisões judiciais condenatórias puseram em dúvida a seriedade e a qualidade da investigação realizada por Eduardo Kimel”, que a justiça argentina lhe atribuiu negligência e temeridade, que a multa imposta “constituiu um fator de preocupação enorme e produziu uma ameaça séria à estabilidade econômica de seu grupo familiar”, e que a possibilidade de que fosse privado de sua liberdade implicou em um

⁸⁰ Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C Nº 120, par. 152; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 45 *supra*, par. 194; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, nota 14 *supra*, par. 427, e *Caso do Massacre de La Rochela*, nota 11 *supra*, par. 251.

⁸¹ Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparações e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C Nº 15, par. 52; *Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 295; *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 11 *supra*, par. 141, e *Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz*, nota 15 *supra*, par. 175.

“enorme sofrimento e instabilidade” para ele e sua família. Por este motivo, solicitaram como indenização a quantia de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América).

114. O Estado não apresentou alegações em relação ao dano imaterial.

115. Entre as provas apresentadas ao Tribunal, figura a declaração escrita do senhor Adrián Sapeti, médico psiquiatra do senhor Kimel, que não foi objetada ou posta em dúvida pelo Estado. Esta declaração indica que:

O longo processo judicial que *Eduardo Kimel* enfrentou e enfrenta, do qual tive conhecimento em 1990, lhe provocou um trauma psíquico prolongado, o que acarretou uma Síndrome de estresse pós-traumático com manifestações clínicas de ansiedade generalizada, sintomas depressivos e transtornos de somatização, o que se tornou mais agudo pela prolongação da situação traumática devido às decisões de 1998 e 1999.

[...]

Isso afetou sua capacidade laboral e produziu conflitos em seus vínculos sociais e familiares.

116. O senhor Kimel afirmou em audiência pública perante este Tribunal (par. 9 *supra*) que:

O mais paradoxal [é] que a única pessoa processada e castigada por um tema vinculado ao massacre de San Patricio foi o jornalista que escreveu o livro. Os assassinos, os instigadores deste horrível homicídio múltiplo nunca foram detectados e seguramente permanecem em liberdade [...]. Esta foi de alguma maneira a carta de apresentação com a qual eu tratei de explicar a arbitrariedade e o sentido realmente horrível que tinha para mim o julgamento e obviamente a sentença dele derivad[a]. Na esfera pessoal [...], fundamentalmente desde a sentença de primeira instância, o processo judicial constituiu um fator evidente de desequilíbrio, de intranquilidade, não apenas para mim, mas para todo o núcleo familiar. Constituiu de alguma maneira, e nisto quero ser preciso, um sentimento de muita angústia, um pensamento de tipo sombrio a respeito de qual seria o horizonte de minha vida em relação a esta questão.

[...]

Do ponto de vista laboral, este processo judicial me impôs uma série de limitações [...], uma delas foi meu [...] deslocamento do jornalismo investigativo [...] para, podemos dizer, gêneros do jornalismo menos comprometidos com a realidade ou, pelo menos para dizê-lo também com maior precisão, menos sujeitos à possibilidade de um julgamento.

[...]

Para mim hoje não é um dia qualquer, em minha vida este não é um dia qualquer, eu chego com um acordo e agradeço a disposição do Estado argentino para poder chegar a esse acordo, agradeço enormemente o reconhecimento que o Estado argentino faz a respeito da violação [...] de meus direitos, mas che[g]o a esta instância depois de 16 anos, muito tempo. Tenho uma filha de 20 anos, quando isto começou apenas havia completado quatro, compartilhei vinte anos de minha vida com minha companheira Griselda, lamentavelmente falecida no ano passado, e o que mais lamento é ter chegado a esta instância, que agradeço enormemente, sem que ela pudesse compartilhar este momento comigo, porque ela esteve profundamente comprometida com minha causa, inclusive com a realização do livro e gostaria muito que ela estivesse hoje conosco, lamentavelmente não foi possível.

[...] celebro poder dizer tudo isto que estou dizendo hoje perante este Honorable Tribunal porque é a culminação em meu caso de muitos anos de ter me sentido humilhado. Não sou um réu, não sou um criminoso, nunca tive outro processo de ordem penal antes deste, acredito que sou reconhecido por meus colegas, por meus companheiros de trabalho, [como] uma pessoa não responsável, mas excessivamente responsável, trabalho com plena consciência do que faço. Não sou um caluniador, não sou um injuriador, não é minha conduta, sou muito cuidadoso e lamentavelmente eu tive de sofrer, e também minha família, [...] as consequências de uma situação de natureza absolutamente injusta.

117. Este Tribunal estabeleceu reiteradamente que uma sentença declaratória da existência de violação constitui, *per se*, uma forma de reparação.⁸² Não obstante isso,

⁸² Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Reparaciones e Custas*. Sentença de 20 de janeiro de 1999. Série C Nº 44, par. 72; *Caso Albán Cornejo e outros*, nota 75 *supra*, par. 148, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 195.

considerando as circunstâncias do caso *sub judice*, os sofrimentos que as violações cometidas causaram à vítima, a mudança nas condições de vida e as demais consequências de ordem não pecuniária sofridas, a Corte considera pertinente determinar o pagamento de uma compensação a título de danos imateriais, fixada equitativamente.⁸³

118. À luz da prova apresentada, a Corte considera que, como consequência dos fatos, o senhor Kimel foi desacreditado em seu trabalho como jornalista; sofreu ansiedade, angústia e depressão; sua vida profissional foi prejudicada; afetou-se sua vida familiar e sua estabilidade econômica, e padeceu as consequências de um processo penal, entre elas sua incorporação ao registro de antecedentes penais.

119. Por todo o anterior a Corte fixa com base em critérios de equidade a quantia de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de indenização por dano imaterial. O Estado deverá realizar o pagamento deste montante diretamente ao beneficiário dentro do prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença.

C) MEDIDAS DE SATISFAÇÃO E GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO

120. O Tribunal determinará as medidas de satisfação que buscam reparar o dano imaterial e que não possuem natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.⁸⁴ Para isso, terá presente que o Estado “deix[ou] à prudente decisão d[a] Corte a determinação do conteúdo e do alcance” das reparações “não pecuniárias”.

a) Anulação dos efeitos da sentença penal

121. A Comissão Interamericana afirmou que o Estado deve “adotar medidas dirigidas à cessação das violações e à reabilitação da vítima”, entre elas, “a suspensão definitiva dos efeitos do processo penal movido contra a vítima, incluindo a sanção penal e a ordem de pagar uma indenização de 20.000,00 pesos por dano moral; assim como a eliminação do registro de antecedentes penais da vítima[...], e sua proibição de ausentar-se do país”.

122. Os representantes solicitaram, como medida de reparação, que “se anule a sentença penal e civil [contra o senhor Kimel], e que se suprimam seus antecedentes penais e, com isso, todos os efeitos que a sentença possa ter”.

123. A Corte determinou que a sentença condenatória emitida contra o senhor Kimel implicou na violação de seu direito à liberdade de expressão (par. 95 *supra*). Portanto, o Tribunal dispõe, conforme sua jurisprudência,⁸⁵ que o Estado deve deixar sem efeito esta sentença em todos os seus extremos, incluindo seus alcances a respeito de terceiros, a saber: 1) a qualificação do senhor Kimel como autor do delito de calúnia; 2) a imposição da pena de um ano de prisão com suspensão condicional, e 3) a condenação ao pagamento de \$ 20.000,00 (vinte mil pesos argentinos). Para isso, o Estado conta com um prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença. Além disso, o Estado deve eliminar imediatamente o nome do senhor Kimel dos registros públicos nos quais apareça com antecedentes penais relacionados com o presente caso.

b) Divulgação da Sentença e ato público

124. A Comissão e os representantes solicitaram como medidas de reparação a publicação da presente Sentença em um meio de circulação nacional e a realização de um ato público no qual o Estado reitere seu reconhecimento de responsabilidade internacional.

⁸³ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, par. 250, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 200 e 201.

⁸⁴ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 83 *supra*, par. 84; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, par. 254, e *Caso Albán Cornejo e outros*, nota 75 *supra*, par. 155.

⁸⁵ Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 12 *supra*, par. 195.

125. Como esta Corte ordenou em outros casos,⁸⁶ a título de medida de satisfação, o Estado deverá publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, por uma única vez, o capítulo VI da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes, e os pontos resolutivos da mesma. Para isso, o Estado conta com o prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença.

126. Por outro lado, o Tribunal considera que é oportuno que o Estado leve a cabo um ato público de reconhecimento de responsabilidade, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença.

c) Adequação do direito interno à Convenção

127. A Comissão assinalou que “é indispensável que o Tribunal ordene ao Estado argentino que adote, de forma prioritária, as reformas legislativas e de outro caráter que sejam necessárias para evitar que fatos similares se repitam”. Os representantes afirmaram que “se deve levar adiante uma reforma legal dos delitos de calúnia e injúria e das normas do Código Civil que regulamentam estas figuras –em virtude de sua redação e falta de precisão– autorizando os tribunais argentinos a decidir com critérios discricionários, fomentando o proferimento de numerosas sentenças violatórias à liberdade de expressão”.

128. Levando em consideração o indicado no Capítulo VI desta Sentença, o Tribunal considera pertinente ordenar ao Estado que adeque, em um prazo razoável, seu direito interno à Convenção, de tal forma que as imprecisões reconhecidas pelo Estado (pars. 18 e 66 *supra*) sejam corrigidas para satisfazer os requerimentos de segurança jurídica e, conseqüentemente, não afetem o exercício do direito à liberdade de expressão.

D) Custas e gastos

129. As custas e gastos estão incluídos no conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.⁸⁷

130. Os representantes solicitaram o reembolso da quantia de US\$ 6.000,00 (seis mil dólares dos Estados Unidos da América) ao senhor Kimel pelos gastos ocasionados como consequência do processo judicial instaurado na via interna, “tendo em conta que [...] foi assistido de maneira gratuita pela [União de Trabalhadores de Imprensa de Buenos Aires (UTPBA)] por mais de nove anos [e] gostaria de poder devolver à UTPBA um percentual representativo da tarefa realizada *ad honorem* por esta entidade a fim de que esta possa realizar um trabalho similar em outros casos”. Ademais, como se assinalou no parágrafo 107 *supra*, os representantes indicaram que o senhor Kimel havia incorrido em outros gastos. Os representantes não apresentaram nenhum documento probatório em relação a estas alegações. Por outro lado, solicitaram a quantia de US\$ 9.919,38 (nove mil novecentos e dezenove dólares dos Estados Unidos da América e trinta e oito centavos) por “gastos incorridos pelo CELS [...] no trâmite perante o sistema interamericano desde o ano 2000”. A prova disponível se refere principalmente aos gastos efetuados no procedimento perante esta Corte. Finalmente, os representantes solicitaram a quantia de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) por “gastos de assessoria e representação” do CEJIL. Não foram apresentadas provas destes gastos.

131. O Estado solicitou que “se aprecie o reconhecimento de responsabilidade internacional, no momento de determinar as eventuais custas”. Nesse sentido, citou o

⁸⁶ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 79; *Caso Albán Cornejo e outros*, nota 75 *supra*, par. 157, e *Caso do Povo Saramaka*, nota 14 *supra*, par. 196.

⁸⁷ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros)*, nota 14 *supra*, par. 212, e *Caso Albán Cornejo e outros*, nota 75 *supra*, par. 165.

seguinte parágrafo da Sentença de reparações e custas emitida no caso *Aloeboetoe e outros vs. Suriname*:

Tendo em consideração o anterior e o fato de que Suriname reconheceu expressamente sua responsabilidade internacional e não dificultou o procedimento para determinar as reparações, a Corte rejeita o pedido de condenação em custas feito pela Comissão.⁸⁸

132. A Corte considera que o citado parágrafo não possui aplicação no presente caso. Com efeito, apesar de ter considerado que Suriname reconheceu sua responsabilidade e não dificultou o procedimento interamericano, estes não foram os únicos elementos tomados em conta no momento de proferir a Sentença indicada. Assim, nos parágrafos anteriores ao citado pelo Estado, o Tribunal considerou que os fatos daquele caso foram postos em conhecimento da Comissão 15 dias depois de ocorridos; que os familiares das vítimas não necessitaram realizar prolongadas tramitações para submetê-lo à Comissão, pois ela se ocupou do assunto imediatamente; que não se viram obrigados a requerer o assessoramento de um profissional; e que os gastos em que incorreu a Comissão no trâmite do caso são financiados dentro do orçamento da Organização dos Estados Americanos. Nenhum destes elementos de juízo existe no presente caso.

133. Tendo em conta as considerações precedentes e a prova apresentada, a Corte determina, em equidade, que o Estado deve entregar a quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) ao senhor Kimel, a título de custas e gastos. Este montante inclui os gastos futuros em que possa incorrer o senhor Kimel no âmbito interno ou durante a supervisão do cumprimento desta Sentença. Esta quantia deverá ser entregue à vítima dentro do prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença. O senhor Kimel entregará, por sua vez, a quantia que considere adequada aos que foram seus representantes no foro interno e no processo perante o sistema interamericano, conforme a assistência que lhe tenham oferecido.

E) MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DOS PAGAMENTOS ORDENADOS

134. O pagamento das indenizações e o reembolso de custas e gastos serão feitos diretamente ao senhor Kimel. Caso venha a falecer antes do pagamento da respectiva indenização, esta será entregue a seus herdeiros, conforme o direito interno aplicável.⁸⁹

135. O Estado deve cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda argentina, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio entre ambas as moedas vigente na praça de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

136. Se por causas atribuíveis ao beneficiário dos pagamentos não for possível que os receba dentro do prazo indicado, o Estado depositará estes montantes a favor do beneficiário em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira argentina, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se, ao final de 10 anos, a indenização não for reclamada, as quantias depositadas serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.

137. As quantias devidas na presente Sentença como indenizações e reembolso de custas e gastos deverão ser entregues ao beneficiário integralmente conforme o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.

138. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório na Argentina.

⁸⁸ Cf. *Caso Aloeboetoe e outros*, nota 81 *supra*, par. 115.

⁸⁹ Cf. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C Nº 101, par. 294; *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 17 *supra*, par. 283, e *Caso Albán Cornejo e outros*, nota 75 *supra*, par. 169.

139. Conforme sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade, inerente a suas atribuições e derivada, além disso, do artigo 65 da Convenção Americana, de supervisionar o cumprimento da presente Sentença. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na presente decisão. Dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

IX PONTOS RESOLUTIVOS

140. Portanto,

A CORTE

DECLARA,

Por unanimidade, que:

1. Aceita o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado, nos termos dos parágrafos 18 a 28 desta Sentença, e manifesta que existiu violação do direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 13.1 e 13.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 deste tratado, em detrimento do senhor Eduardo Kimel, nos termos dos parágrafos 51 a 95 da presente Sentença.
2. Aceita o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado, nos termos dos parágrafos 18 a 28 desta Sentença, e manifesta que existiu violação ao direito a ser ouvido dentro de um prazo razoável, consagrado no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação à obrigação geral estabelecida no artigo 1.1 deste tratado, em detrimento do senhor Eduardo Kimel, nos termos dos parágrafos 96 e 97 da presente Sentença.
3. O Estado violou o princípio de legalidade consagrado no artigo 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento do senhor Eduardo Kimel, nos termos dos parágrafos 61 a 67 da presente Decisão.
4. Aceita a desistência das alegações dos representantes relativas ao direito a ser ouvido por um juiz imparcial, contemplado no artigo 8.1, ao direito a recorrer da decisão perante juiz ou tribunal superior, consagrado no artigo 8.2.h), e ao direito à proteção judicial, estipulado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do parágrafo 26 da presente Sentença.
5. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

E DECIDE:

Por unanimidade que:

6. O Estado deve realizar os pagamentos das quantias estabelecidas na presente Sentença a título de dano material, imaterial e reembolso de custas e gastos dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 110, 119 e 133 da mesma.

7. O Estado deve deixar sem efeito a condenação penal imposta ao senhor Kimel e todas as consequências que se derivem dela, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 121 a 123 da mesma.

8. O Estado deve eliminar imediatamente o nome do senhor Kimel dos registros públicos nos quais apareça com antecedentes penais relacionados ao presente caso, nos termos dos parágrafos 121 a 123 desta Sentença.

9. O Estado deve realizar as publicações indicadas no parágrafo 125 desta Sentença, no prazo de seis meses a partir da notificação da mesma.

10. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade, dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 126 da mesma.

11. O Estado deve adequar, em um prazo razoável, seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de tal forma que as imprecisões reconhecidas pelo Estado (parágrafos 18, 127 e 128 *supra*) sejam corrigidas para satisfazer os requerimentos de segurança jurídica e, conseqüentemente, não afetem o exercício do direito à liberdade de expressão.

12. Supervisionará a execução integral desta Sentença, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

Os Juízes Diego García-Sayán e Sergio García Ramírez comunicaram à Corte seus Votos Concordantes. Estes votos acompanham esta Sentença.

Cecilia Medina Quiroga
Presidenta

Diego García-Sayán

Sergio García Ramírez

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Cecilia Medina Quiroga
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO CONCORDANTE FUNDAMENTADO DO JUIZ DIEGO GARCÍA-SAYÁN
NO CASO KIMEL VS. ARGENTINA,
DE 2 DE MAIO DE 2008**

I. A liberdade de expressão no caso *Kimel vs. Argentina*

1. Na sentença no caso *Kimel vs. Argentina*, a Corte reafirma o conceito de que a liberdade de expressão é um direito fundamental em uma sociedade democrática. A conduta do senhor Eduardo Kimel, segundo todo o processo, configurou o exercício regular desse direito. No caso concreto, o trabalho de investigação jornalística efetuado pelo senhor Kimel apresentou importantes elementos de informação e de juízo sobre a conduta de um magistrado em relação à investigação sobre um grave caso de violação aos direitos humanos ocorrido durante a ditadura militar na Argentina. O denominado "massacre de San Patricio", no qual, durante a ditadura, foram assassinados em sua casa cinco religiosos da ordem palotina, era um fato sério ao qual o senhor Kimel dedicou este trabalho.

2. Segundo o constatado nos autos, é evidente que a informação e as apreciações expressadas pelo senhor Kimel se encontravam dentro do exercício regular de um direito e que a sanção penal estabelecida contra ele era desproporcional. Na ata [do acordo] assinada entre as partes e alcançada no processo, se referem à "*injusta sanção penal*" que é, sem dúvida, o aspecto medular da responsabilidade internacional do Estado neste caso. É um fato provado que o senhor Kimel não havia utilizado uma linguagem desmedida e que a crítica não tinha relação com aspectos da vida pessoal do juiz que o denunciou, mas com seu trabalho na causa judicial sob sua responsabilidade.

3. Neste caso, é um passo muito importante que o Estado tenha reconhecido sua responsabilidade, aceitando que violou o direito à liberdade de expressão do senhor Kimel e reconhecendo, ademais, a falta de precisões na normativa penal que sanciona a calúnia e as injúrias. Também é relevante que o Estado tenha deplorado o fato de "*que o único condenado pelo massacre dos palotinos tenha sido justamente quem realizou uma investigação jornalística exaustiva sobre tão terrível crime e seu tratamento judicial*". Como uma das consequências de tal acatamento, a Corte dispôs que o Estado deve adequar em um prazo razoável seu direito interno à Convenção, de tal forma que as imprecisões reconhecidas pelo Estado "*sejam corrigidas para satisfazer os requerimentos de segurança jurídica e, conseqüentemente, não afetem o exercício do direito à liberdade de expressão*" (par. 128).

4. A Corte estabelece, neste caso, que o poder punitivo do Estado foi abusivo, levando em consideração os fatos imputados ao senhor Kimel, sua repercussão sobre os bens jurídicos do juiz denunciante e a natureza da sanção –privação de liberdade- aplicada ao jornalista (par. 80).

II. A liberdade de expressão na Convenção Americana

5. A sentença recorda que o direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 13 da Convenção, não é um direito absoluto (par. 54). Isso se estabelece de acordo com a jurisprudência constante da Corte expressa nas sentenças proferidas nos casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (par. 120), *Ricardo Canese vs. Paraguai* (par. 95) e *Palamara Iribarne vs. Chile* (par. 79). Deve-se recordar, também, que, de acordo com o estabelecido na Carta Democrática Interamericana (art. 4), a liberdade de expressão e de imprensa é um dos componentes fundamentais do exercício da democracia. Sendo um direito que corresponde a todos, não cabe homologar –nem restringir- o direito à liberdade de expressão aos

direitos dos jornalistas ou ao exercício da profissão jornalística, pois tal direito têm todas as pessoas e não apenas os jornalistas através dos meios massivos de comunicação.

6. A Corte insistiu ao longo de sua jurisprudência constante que este direito pode ser objeto de responsabilidades ulteriores e de restrições, tal como se estipula no artigo 13 da Convenção (números 2, 4 e 5). Nessa perspectiva, a Corte indicou que estas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia.

7. Com efeito, o exercício do direito à liberdade de expressão se encontra limitado por outros direitos fundamentais. Nisso, o direito à honra aparece como o referente jurídico essencial para realizar tal ponderação. Este direito se encontra expressamente protegido pela Convenção no mesmo artigo 13 quando estipula que o exercício do direito à liberdade de expressão deve *"assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas"* (artigo 13.2). Assim como o direito à liberdade de expressão corresponde a todos e não apenas aos jornalistas ou aos meios massivos de comunicação, não só os jornalistas se encontram obrigados pela Convenção a assegurar o respeito aos direitos ou à reputação dos demais, respeitando o direito a honra, mas todos os que exerçam tal direito à liberdade de expressão.

8. O Estado deve garantir às pessoas que se sintam afetadas em seu direito à honra os meios judiciais apropriados para que se estabeleçam as responsabilidades e sanções correspondentes. Se não o fizer, o Estado incorreria em responsabilidade internacional. Nesta sentença, a Corte estabelece com clareza as obrigações do Estado nesta matéria como garante do conjunto de direitos fundamentais. Nessa ordem de ideias, é relevante que a Corte tenha reiterado sua jurisprudência constante segundo a qual corresponde ao Estado um *"papel medular [...] buscando estabelecer as responsabilidades e sanções que sejam necessárias para obter tal propósito. O uso da via civil ou penal dependerá das considerações que abaixo se mencionam"* (par. 75). Esse é, pois, o corolário específico do dever do Estado de garantir os direitos consagrados na Convenção.

9. No exercício do direito à liberdade de expressão, os meios massivos de comunicação não são o único ator, mas são, sem dúvida, um ator fundamental. Em sua jurisprudência, a Corte deixou estabelecido que os meios de comunicação social jogam um papel essencial como *"...veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão em uma sociedade democrática"*.¹ A Corte estabeleceu, entretanto, que *"... é indispensável que [os meios de comunicação] reúnam as mais diversas informações e opiniões. Os referidos meios de comunicação, como instrumentos essenciais da liberdade de pensamento e de expressão, devem exercer com responsabilidade a função social que desenvolvem"*.²

10. Nesta sentença, a Corte adverte sobre a necessidade de proteger os direitos humanos de quem *"enfrenta o poder dos meios de comunicação"* (par. 57). Estabeleceu, também, que o Estado *"não apenas deve minimizar as restrições à circulação da informação, mas também equilibrar, na maior medida possível, a participação das distintas informações no debate público, promovendo o pluralismo informativo"* (par. 57).

11. Este é um tema de crescente relevância nas sociedades nas quais, em algumas ocasiões, os direitos do indivíduo são afetados pelo poder fático de meios de comunicação em um contexto de assimetria no qual, como estabelece a sentença, o Estado deve

¹ Cf. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 117.

² Cf. *Caso Herrera Ulloa*, nota 1 *supra*, par. 117.

promover o equilíbrio. Como se diz claramente na sentença, a fim de que o Estado possa exercer seu direito de garantir o direito à honra em uma sociedade democrática, podem ser empregados os caminhos que a administração da justiça oferece –incluídas as responsabilidades penais– dentro do adequado marco de proporcionalidade e de razoabilidade, e o exercício democrático e respeitoso do conjunto dos direitos humanos por esta justiça.

12. Quando as expressões manifestadas por meios de comunicação massivos se referem a personagens públicos, ou de relevância pública, em favor do legítimo interesse geral em jogo, estes devem suportar certo risco de que seus direitos subjetivos sejam afetados por expressões ou informações desse calibre. Em tal ordem de ideias, nesta sentença se reitera o já mencionado em outros casos³ no sentido de que *"as expressões relativas à idoneidade de uma pessoa para o desempenho de um cargo público ou aos atos realizados por funcionários públicos no desempenho de suas funções gozam de maior proteção, de maneira que propicie o debate democrático"* (par. 86).

13. Não obstante isso, a Corte estabelece que o direito à honra de todas as pessoas é matéria de proteção e que os funcionários públicos se encontram *"amparados pela proteção oferecida no art. 11 da Convenção que consagra o direito à honra"* (par. 71) já que *"a proteção da honra e da reputação de toda pessoa é um fim legítimo em conformidade com a Convenção"* (par. 71). O limite diferente de proteção não é sinônimo de ausência de limites para quem comunica por um meio massivo, nem a carência de direitos para estes personagens públicos. O direito à honra é vigente para todos de maneira que, no exercício da liberdade de expressão, não se devem empregar frases injuriosas, insultos ou insinuações insidiosas e vexaminosas.

14. Em consequência, todas as pessoas –entre elas os jornalistas–, estão sujeitas às responsabilidades que se derivem da afetação de direitos de terceiros. Qualquer um que afete os direitos fundamentais de terceiros, seja jornalista ou não, deve assumir suas responsabilidades. O Estado, por sua vez, deve garantir que todos, jornalistas ou não, respeitem os direitos dos demais limitando qualquer conduta que possa conduzir a uma violação de direitos.

III. O direito à honra e a liberdade de expressão

15. O artigo 11 da Convenção consagra precisamente a proteção da honra e da dignidade como bens jurídicos aos que se refere o próprio artigo 13.2. Como direitos humanos protegidos pela Convenção, aplicam-se aos mesmos o dever de garantia do Estado já estabelecido na jurisprudência constante da Corte. O Estado, assim, se encontra obrigado a assegurar que o direito à honra possa ser protegido plenamente, colocando à disposição das pessoas os meios apropriados para esse efeito.

16. O direito à honra deve ser, pois, matéria de proteção. Em particular, a denominada *"honra objetiva"*, que tem a ver com o valor que os demais atribuem à pessoa em questão quando se afete a boa reputação ou a boa fama de que goza uma pessoa no entorno social no qual lhe corresponde desenvolver-se. Nessa ordem de ideias, dentro do marco jurídico da vigência do direito à honra, a liberdade de expressão como direito fundamental não sustenta nem legítimas frases e termos manifestamente injuriosos e que vão além do legítimo exercício do direito a opinar ou do exercício da crítica.

³ *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C Nº 111, par. 98 e *Caso Herrera Ulloa*, nota 1 *supra*, par. 128.

17. O Direito implica na capacidade de processar de maneira adequada os conflitos que podem se apresentar entre normas que protegem bens jurídicos diferentes. A liberdade de expressão e o direito à honra, dessa forma, são pólos de um importante emaranhado de conflitos. Nessa perspectiva, corresponde à magistratura o papel medular de determinar, de modo efetivo, os limites de cada um destes direitos cuidando da plena vigência e respeito de ambos. O Estado deve cumprir sua obrigação convencional de garantir, simultaneamente, o direito à liberdade de expressão e o direito à honra.

18. Não se trata de categorizar estes direitos, já que isso colidiria com a Convenção. O caráter unitário e interdependente dos direitos se veria confrontado com a tentativa de estabelecer direitos de "primeira" e de "segunda" categoria. Trata-se de definir os limites de cada qual buscando harmonizar ambos os direitos. O exercício de cada direito fundamental deve ser feito, assim, com respeito e salvaguarda dos demais direitos fundamentais. Nesse processo de harmonização, como se diz na sentença, cabe ao Estado um papel medular buscando estabelecer, através das vias judiciais adequadas, as responsabilidades e sanções que sejam necessárias para obter tal propósito.

IV. Legitimidade de diversas vias judiciais para a proteção do direito à honra

19. A dicotomia da via civil/via penal como suposto *divortium acquarum* do respeito ou não da liberdade de expressão no exercício das "responsabilidades ulteriores" a que se refere o artigo 13 da Convenção é rejeitada pela Corte nesta sentença. Apesar de a Corte estabelecer, no caso, que o poder punitivo do Estado foi abusado, o Tribunal estabelece que *"o instrumento penal é idôneo porque serve ao fim de salvaguardar, através da cominação de pena, o bem jurídico que se quer proteger, isto é, poderia estar em capacidade de contribuir à realização deste objetivo"* (par. 71). E mais, a Corte enfatiza que o Estado tem de dotar à sociedade dos meios para *"estabelecer as responsabilidades e sanções que sejam necessárias para obter tal propósito"* (par. 75).

20. Uma das rotas possível é a via penal já que a Corte deixa claramente estabelecido que *"... não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões"* (par. 78). A Corte estabelece, entretanto, o princípio de proporcionalidade e razoabilidade ao definir que *"... esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais"* (par. 78).

21. Dada a necessidade de garantir, simultaneamente, a liberdade de expressão e o direito à honra, a Corte deixa estabelecido que *"... o emprego da via penal deve corresponder à necessidade de tutelar bens jurídicos fundamentais diante de condutas que impliquem graves lesões a estes bens, e possuam relação com a magnitude do dano inferido. A tipificação penal de uma conduta deve ser clara e precisa, como determinou a jurisprudência deste Tribunal no exame do artigo 9 da Convenção Americana"* (par. 77).

22. De acordo com os parâmetros que a Corte define sobre uma conduta dolosa, nela é essencial a consciência, a vontade de caluniar, difamar ou injuriar. Na ausência disso se estaria diante de atos atípicos. O outro aspecto é que as afirmações realizadas publicamente sejam objetivamente ofensivas e que o sejam de maneira séria; isto é, que tenham a capacidade suficiente de causar dano ao bom nome do sujeito a que se referem ou que

corresponde provar em cada caso e avaliar pela justiça. É claro, por exemplo, que quando, através de um meio de comunicação social, se imputa a outro falsamente o cometimento de um delito, dadas as implicações que isso supõe desde o ponto de vista da própria reputação do sujeito, que, desta maneira, passa a ter a condição de criminoso aos olhos da opinião pública.

23. Na medida em que ocorram o que a Corte denomina "*graves lesões*", corresponderia o uso da via penal (par. 77). Isso porque certas afetações dolosas ao direito à honra podem gerar no indivíduo um grave dano; muito maior que o que pode derivar, por exemplo, de certos delitos contra o patrimônio ou contra a integridade pessoal. Para a Corte, pois, é perfeitamente compatível com a Convenção que o Estado garanta os meios mais apropriados –incluídos os penais– para que, dentro de marcos adequados de razoabilidade e proporcionalidade, cessem certas condutas danosas.

24. Em consequência, pois, a Corte estabelece a base e o critério fundamental a empregar na via judicial que se escolha para fazer valer as responsabilidades ulteriores em caso de afetações ao direito à honra. Nessa ordem de raciocínio, dadas certas condições de falta de razoabilidade e de proporcionalidade do procedimento ou da sanção, tanto através da via civil como da penal, podem ser afetados os direitos fundamentais.

25. O enfoque a enfatizar não é se a defesa e a proteção de um direito fundamental como a honra e a imagem de uma pessoa deve ser exercida, em abstrato, através da justiça penal ou da justiça civil. Mas que, qualquer que seja o caminho empregado, seja feito em perfeito cumprimento das normas do devido processo e das garantias judiciais. E, o que é mais importante, na perspectiva da proporcionalidade da resposta em função do dano causado. É ali onde corresponde aos juízes atuarem.

26. Nesta ordem de raciocínio, pois, a Corte estabeleceu que o meio penal, *per se*, não restringe a liberdade de expressão. A necessidade e proporcionalidade da via penal terá de corresponder à magnitude do dano inferido e não a uma consideração abstrata que a proíba por razões que não se derivam da Convenção. Esse é um dos caminhos legítimos expressamente reconhecidos pela Corte –dentro dos parâmetros definidos– quando estabeleceu que "*é legítimo que quem se considere afetado em sua honra recorra aos meios judiciais que o Estado disponha para sua proteção*" (par. 55).

Diego García-Sayán
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA SOBRE O CASO KIMEL,
DE 2 DE MAIO DE 2008**

1. Somei meu Voto ao de meus colegas porque concordo com as decisões de mérito adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no *caso Kimel*, as quais constam nos pontos resolutivos da Sentença proferida em 2 de maio de 2008. Por outro lado, difiro no que diz respeito a algumas considerações formuladas nesse documento (que não figuram naqueles pontos nem afetam as decisões com as quais concordo) em torno a possíveis restrições à liberdade de expressão e a responsabilidades ulteriores --como as denomina o artigo 13.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos-- que derivam da inobservância destas restrições ou do transbordamento dos limites que constituem o marco para o exercício daquela liberdade.

2. As exceções às quais me refiro, nas quais retomo uma posição anteriormente sustentada a propósito da liberdade de expressão e as responsabilidades que traz consigo a inobservância de seus limites legítimos, explicam este voto concordante. Emito-o, como sempre fiz, com o maior respeito e consideração aos que sustentam um ponto de vista diferente, sem incorrer em generalizações im procedentes nem questionar o sentido evolutivo --amplamente reconhecido-- da jurisprudência da Corte.

3. Neste voto, reitero a posição que adotei e os argumentos que expressei em meu parecer concordante à Sentença proferida pela Corte em 2 de julho de 2004 no *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Nessa decisão, o Tribunal abordou o direito à expressão do jornalista que publica notícias ou manifesta opiniões sobre a conduta de funcionários públicos, naturalmente sujeita a um limite de proteção menos exigente que o que prevalece quando se trata de particulares cuja conduta não afeta o interesse público. Os casos *Herrera Ulloa* e *Kimel* não são idênticos entre si, mas ambos suscitam reflexões semelhantes, que possuem relação com critérios expostos pela Corte no *Parecer Consultivo OC-5/85*, sobre *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)* de 13 de novembro de 1985.

4. Na Sentença correspondente ao *caso Kimel*, a Corte deixa a salvo a alta hierarquia da liberdade de expressão como pedra angular para o estabelecimento e a preservação da ordem democrática. A esse respeito, considero --como sinalizei em meu Voto sobre o *caso Herrera Ulloa*-- que essa liberdade, que inclui todas as pessoas e não se esgota no espaço de um grupo profissional, possui "características específicas [...] quando se exerce através de meios de comunicação social que permitem a transmissão de mensagens a um grande número de pessoas" (par. 2). O que se diz da comunicação jornalística se pode afirmar, com as mesmas razões, da recepção e difusão de mensagens através de obras com pretensão informativa ou histórica, que referem e avaliam acontecimentos relevantes para a sociedade.

5. Na Sentença correspondente ao *caso Kimel*, a Corte enfrenta a possível colisão entre direitos fundamentais previstos e protegidos pela Convenção Americana: por um lado, a liberdade de expressão, conforme o artigo 13 desse instrumento, e de outro, o direito à honra e à dignidade, previsto no artigo 11. Um e outro têm conexão --ainda que não é este o tema da sentença e de meu Voto-- com o direito de retificação ou resposta ao qual faz referência o artigo 14.1, a propósito de "informações inexatas ou ofensivas". A mencionada colisão possui especial importância na época atual, caracterizada pelo intenso uso de poderosos meios de comunicação social. Suscita distintas, e com frequência, encontradas opiniões, que resultam em soluções jurídicas variadas.

6. No debate sobre estas questões --que costuma propor dilemas de difícil solução, e em todo caso controvertida-- surgem apreciações relevantes sobre o papel que joga a liberdade de expressão em uma sociedade democrática, tema sobre o qual a Corte se pronunciou com firmeza e constância --como afirmei no par. 3--, e do respeito que merece o direito à intimidade, ao bom nome, ao prestígio, também concebidos como direito à honra ou à dignidade --conceitos que devem ser analisados à luz da cultura que os define e tutela-- e que podem ver-se afetados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão. As conexões existentes entre os temas daqueles casos contenciosos e a permanência de meus pontos de vista sobre estes temas explicam que no presente texto invoque com frequência meu Voto no citado caso em primeiro lugar.

7. Nos situamos em um ponto de encontro entre dois direitos que devem ser protegidos e harmonizados. Ambos têm a elevada condição de direitos humanos e se encontram sujeitos a exigências e garantias que figuram no "estatuto contemporâneo dos direitos e liberdades" das pessoas. Jamais pretenderíamos abolir a observância de um, aduzindo --como se faz com a argumentação autoritária-- que o exercício de alguns direitos reclama o desaparecimento ou prejuízo de outros. Assim avançaríamos a um destino tão obscuro como previsível.

8. Agora, os fatos do presente caso contencioso (isto é, as expressões proferidas pelo autor de um livro, a repercussão destas sobre a honra de um magistrado e a reação legal penal que este promoveu), analisados em seus próprios termos e em relação com o reconhecimento formulado pelo Estado, não possuem as características que poderiam determinar um debate a fundo sobre a colisão de direitos.

9. Ainda assim, a Corte estabeleceu, através de um metódico exame sobre a validade e a operação de restrições à liberdade de expressão, os elementos que poderiam justificar essas restrições à luz de princípios gerais prevalentes no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso contribui com a apreciação e caracterização de alguns requisitos acolhidos no artigo 13 --assim, legalidade, necessidade e idoneidade em função de certos fins lícitos--, que governam o tema das restrições e podem ser aplicados, além disso, ao exame dos artigos 31 e 32.2 da Convenção. Esta pauta para o exame de restrições --e a legitimação de reações jurídicas-- constitui uma útil contribuição metodológica da Sentença no *caso Kimel* ao desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana e à argumentação que explica e justifica as decisões do Tribunal.

10. A reflexão da Corte Interamericana leva em consideração, desde logo, que os direitos consagrados na Convenção não são absolutos, no sentido de que seu exercício se encontre isento de limites e controles legítimos. Semelhante concepção privaria a totalidade dos cidadãos do amparo da lei e deixaria a ordem social em mãos do poder e do arbítrio. Há fronteiras para o exercício dos direitos. Para além destas, aparece a ilicitude, que deve ser evitada e sancionada com os meios justos de que dispõe o Estado democrático, guardião de valores e princípios cuja tutela interessa ao indivíduo e à sociedade e compromete as ações do próprio Estado. Democracia não implica em tolerância ou leniência diante de condutas ilícitas, mas demanda racionalidade. A isso se referem, em essência, as restrições gerais e especiais previstas pela Convenção Americana: aquelas, nos artigos 30 e 32.2; estas, em preceitos referentes a certos direitos e liberdades, entre os quais figura o artigo 13.

11. Não é possível ignorar que no mundo moderno apareceram e cresceram --ao lado dos poderes formais, e inclusive por cima destes-- determinados poderes fáticos que podem ter ou têm efeitos tão devastadores sobre os bens e direitos dos indivíduos como os que alcançaria a ação direta do poder público no sentido tradicional da expressão. Daí a

mudança que tomou a análise dos sujeitos obrigados pelos valores e princípios constitucionais, também levados, com formas próprias, à cena internacional: vinculam a todas as pessoas, públicas ou privadas, porque são condições para a própria vida e a qualidade da vida de todos os cidadãos, que devem ficar a salvo, igualmente, de poderes formais ou informais, individuais ou coletivos.

12. A propósito do ponto que mencionei no parágrafo anterior, cabe observar que o tema do amparo internacional horizontal se encontra pendente de maior exame por parte da Corte Interamericana, mas esta já estabeleceu, com inteira clareza, que incumbe ao Estado velar pelo império dos direitos humanos no desenvolvimento das relações sociais entre particulares, e que não fazê-lo implica na inobservância de direitos individuais, na violação de deveres públicos e na responsabilidade internacional do Estado pela omissão em que incorre com respeito a sua função de garante frente às pessoas que se encontram sob sua jurisdição, conforme o artigo 1.1 da Convenção Americana.

13. Resulta atrativo avançar na análise destas questões, tão destacadas em nossos dias, diante da manifestação do poder político, que se quer justificar sob a ideia de retirar do Estado poderes excessivos, que deveriam encontrar-se em mãos da sociedade, mas significa o gravíssimo perigo --cujas aplicações estão à vista-- de subtrair, ao mesmo tempo, deveres estatais, com o conseqüente declínio de direitos (efetivos) daqueles que não podem resistir por si mesmos à força do mercado e ao vigor dos poderes fáticos. Agora, considero que o caso *Kimel* não constitui o espaço natural para o tratamento deste tema, cuja importância reconheço, porque naquele não se propõe o exercício de poderes fáticos imperiosos sobre os direitos e interesses de um ser humano, mas a manifestação de ações públicas formais do Estado através das faculdades persecutórias e jurisdicionais.

14. No caso *Kimel*, o próprio Estado admitiu que foi excessivo ou imoderado o uso da via penal para sancionar o autor da obra na qual figuram determinadas apreciações sobre o desempenho de um funcionário judicial. Com efeito, manifestou que "a aplicação de uma sanção penal ao senhor Eduardo Gabriel Kimel constituiu uma violação de seu direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (par. 18 da Sentença no caso *Kimel*). Essa admissão por parte do Estado (que não exclui a análise e a apreciação a cargo da Corte em relação aos fatos que lhe são apresentados, como compete fazê-lo conforme as características e objetivos do julgamento internacional sobre direitos humanos, onde o princípio dispositivo substantivo ou processual não freia a função jurisdicional, cujo impulso obedece a razões de interesse público), favorece a decisão judicial internacional, tanto no que se refere à existência de uma violação de direitos individuais como no que toca à necessidade de modificar o ordenamento interno aplicado, cujas deficiências o Estado reconheceu.

15. Aqui se propõe novamente, a propósito dos sucessos do caso particular e a partir deles, a necessidade de examinar uma vez mais qual é o meio legítimo, compatível com os valores e princípios que assegura a Convenção Americana, para combater condutas indevidas, lesivas de certos bens jurídicos e dos direitos de seus titulares. Já afirmei que não se trata de cancelar o rechaço --e a conseqüente reação-- diante de condutas ilícitas, mas de acusá-lo com estrita racionalidade em conformidade com estes valores e princípios. Também existe uma fronteira para a reação pública contra a conduta ilícita: esse caminho, que é garantia para todos, não significa indiferença, abandono ou impunidade, mas o exercício legítimo e pontual do poder. Obviamente, não se pretende autorizar a lesão do direito sob o argumento de que existe direito a causar dano. A liberdade não é salvo-conduto para a injúria, a difamação ou a calúnia, nem absolvição automática de quem causa, com uma conduta injusta, um dano moral.

16. Estabelecido o anterior, é preciso indagar a forma racional de prevenir e combater a violação dos direitos. Com alguma frequência --cujo crescimento deveria ser motivo de alarme e, em ocasiões de complacência, com escassa memória histórica e grave erro de previsão-- se acode à via penal para enfrentar condutas ilícitas. E, dentro dessa via, se opta pelas medidas mais rigorosas, que poderiam ser imoderadas ou excessivas em geral e, em particular, e que com frequência são ineficazes e contraproducentes. Em suma: desproporcionais se se aceita que deve existir proporcionalidade --que é, em essência, racionalidade-- entre a restrição autorizada e a medida que se aplica ao amparo daquela. É claro que o processo penal se encontra ao alcance da sociedade e do Estado para combater as afetações mais graves dos bens públicos e privados, que não podem ser protegidos com instrumentos e reações menos rigorosos. Mas o acesso a esse processo de controle social não significa, de nenhuma maneira, que seja o único praticável, nem o primeiro na cena, nem o mais adequado em todos os casos.

17. É preciso recordar constantemente --com a mesma constância que se observa nas tentações de criminalizar e penalizar um elevado número de condutas-- que o instrumento penal deve ser utilizado com grande restrição e cautela. Em diversas resoluções e opiniões, a Corte Interamericana destacou a compatibilidade entre o denominado direito penal mínimo e os valores e princípios da democracia, contemplados desde a perspectiva penal. O emprego do sistema de delitos --por incriminação das condutas-- e os castigos --por penalização de seus autores-- contribui a estabelecer a distância entre a democracia e a tirania, que sempre está à espreita. O desmedido uso penal viola o código jurídico e a sustentação política da sociedade democrática. Daí nossa oposição frontal ao direito penal máximo.

18. O Estado reconheceu que seu ordenamento regulamenta de maneira inadequada os tipos penais que poderiam ser aplicáveis à matéria que agora examino: "a falta de precisões suficientes no marco da normativa penal que sanciona as calúnias e as injúrias que impeçam que se afete a liberdade de expressão significa o descumprimento da obrigação de adotar medidas contempladas no artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (par. 18 da Sentença no *caso Kimel*), isto é, a adequação do marco jurídico nacional ao dever de garantia que estabelece o artigo 1.1 da Convenção. Em meu Voto concordante à Sentença do *caso Herrera Ulloa*, me ocupei deste tema e sustentei que, antes de discorrer sobre a melhor ou pior formulação de tipos penais com os quais se pretende combater os excessos no exercício do direito à expressão por parte de jornalistas --que foi o tema em *Herrera Ulloa*, e volta a sê-lo, de alguma forma, em *Kimel*-- , é preciso resolver se a via penal constitui o meio adequado --por ser único, necessário ou sequer conveniente-- para prover a reação jurídica que merece uma conduta indevida neste âmbito.

19. Acredito que a via penal não é esse meio adequado e admissível. Para afirmar isso, levo em consideração o fato de existir outros meios de controle e reação menos restritivos ou lesivos do direito que se pretende afetar e com os quais é possível alcançar o mesmo fim, de forma que resulta: a) conseqüente com o direito do ofendido pelo dano, e b) suficiente para demonstrar a reprovação social, que constitui um canal para a satisfação do agravado. Se a via penal não é esse meio adequado, seu emprego contravirá a exigência de "necessidade" que invoca o artigo 13.2, o imperativo de "interesse geral" que menciona o artigo 30, e as razões vinculadas à "segurança de todos e [às] justas exigências do bem comum" que menciona o artigo 32. Essa via será, portanto, incompatível com a Convenção Americana e deverá ser reconsiderada.

20. Em meu Voto sobre o *caso Herrera Ulloa*, ao que agora me remeto e cujas considerações reitero, manifestei que, "antes de resolver a melhor forma de tipificar penalmente estes ilícitos, haveria de decidir se é necessário e conveniente, para a adequada

solução de mérito do problema --coerente com o conjunto de bens e interesses em conflito e com o significado que têm as opções ao alcance do legislador--, recorrer à solução penal, ou basta prever responsabilidades de outra ordem e pôr em movimento reações jurídicas de natureza distinta: administrativas e civis, por exemplo, como ocorre em um grande número --de fato, no maior número-- de hipóteses de conduta ilícita, que o Direito não enfrenta com instrumentos penais, mas com medidas de gênero diferente" (par. 14 de meu Voto no *caso Herrera Ulloa*).

21. Essa outra "forma de enfrentar a ilicitude --sustentei então e afirmo agora-- parece especialmente adequada na hipótese de (algumas ou todas as) afetações à honra, à boa fama, ao prestígio dos particulares. Isso porque, através da via civil, se obtêm os resultados que se quer derivar da via penal, sem os riscos e desvantagens que esta apresenta. Com efeito, a sentença civil condenatória constitui, em si mesma, uma declaração de ilicitude não menos enfática e eficaz que a condenação penal: indica, sob um título jurídico diferente, o mesmo que se espera desta, a saber, que o demandado incorreu em um comportamento injusto em prejuízo do demandante, a quem lhe assiste o direito e a razão. Desta maneira, a sentença civil [...] provê as duas espécies de reparação que revestem maior interesse para o sujeito prejudicado e, ademais, significa, para satisfação social, a reprovação jurídica que merece uma conduta ilícita" (par. 18 de meu Voto no *caso Herrera Ulloa*).

22. No *caso Kimel*, o denunciante contra o autor da obra questionada era um funcionário judicial. Certamente, os funcionários públicos merecem a proteção da lei, que o Estado deve oferecer com diligência e eficácia através de normas e jurisdições. Não discuto, de nenhuma maneira. Seria insuportável, por ser injusto, privar o funcionário da possibilidade de buscar a proteção de seus direitos. O deixaria à mercê de ataques ilícitos e semearia a possibilidade, indesejável, de auto-justiça. A tutela legal deve correr, pois, em todas as direções.

23. Entretanto, também é preciso recordar que --como sinalizei em meu Voto relativo ao *caso Herrera Ulloa*-- "as atividades do Estado, através de seus diversos órgãos[,] não são indiferentes e muito menos deveriam ser inacessíveis ao conhecimento dos cidadãos comuns. A democracia se constrói a partir da opinião pública, devidamente informada, que, com base nessa informação, orienta seu juízo e toma suas decisões. Assim, o ingresso no âmbito dessas questões resultará muito mais amplo que o correspondente aos assuntos estritamente privados, próprios da vida pessoal ou íntima, que não ultrapassam seus estritos caminhos. A chamada 'transparência' tem naquele âmbito um de seus espaços naturais" (par. 23).

24. No voto que estou citando, mencionei que, "em alguns casos, foi prevista a possibilidade de sancionar penalmente o reiterado cometimento de ilícitos inicialmente sancionáveis sob o Direito civil ou administrativo. Em tais circunstâncias, a reiteração de uma falta implica o agravamento da ilicitude, até o extremo de que esta transite da ordem civil ou administrativa à ordem penal e seja sancionável com medidas deste último caráter" (par. 20 de meu Voto no *caso Herrera Ulloa*).

25. Na Sentença do *caso Kimel*, a Corte buscou restringir o espaço da solução punitiva, através de certas precisões que minimizam, mas não suprimem, o uso da opção penal: "essa possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor [de informações ou opiniões], o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, medidas penais" (par. 78 da Sentença no *caso Kimel*).

26. Este é um passo para a redução penal, mas não necessariamente o último passo, que se encontra na opção pela via civil, expedita e eficaz. Será necessário avançar nesse caminho, como propus no voto de *Herrera Ulloa* e reitero no de *Kimel*. É claro que a opção pelo uso de meios jurisdicionais que culminam em condenações --que não possuem natureza penal, mas não por isso carecem necessariamente de eficácia--, não deveria esquecer que há outras possibilidades, que convém manter abertas e ativas, no debate democrático sobre os assuntos que interessam ao interesse público: a informação errônea ou parcial se combate com informação fidedigna e objetiva, e a opinião infundada ou maliciosa, com opinião fundamentada e suficiente.

27. Estes são os pontos naturais de um debate que dificilmente se realizará nas delegacias de polícia, nos bancos dos tribunais ou atrás das grades das prisões. O direito de retificação ou resposta, regulamentado pelo artigo 14 da Convenção, tem raiz em considerações deste gênero. Claro está que o que agora manifesto supõe que sejam acessíveis os canais para a resposta e que a organização das comunicações sociais permita um verdadeiro diálogo entre as diversas posições, versões e opiniões, como deve ocorrer no sistema democrático. Caso não seja assim, assistiríamos ao monólogo do poder --político ou de outro gênero-- frente a si mesmo e a um conjunto de ouvintes ou espectadores cativos.

28. Também me parece relevante a solução que toma o Tribunal Interamericano entre a informação que submete ao público sobre a existência de fatos e que pretende constituir um retrato da realidade --dignificado pela precisão e objetividade do profissional competente e respeitável-- e a opinião que expressa o comentarista, analista, autor em geral, sobre estes fatos. Se é possível apreciar a notícia como certa ou falsa, comparando-a com a realidade que se propõe descrever, não é razoável aplicar as mesmas qualificações à opinião, que constitui, de antemão, um parecer, uma apreciação, uma valoração --que é possível compartilhar ou da qual se pode discordar em um novo exercício de opinião--, e que, deste modo, pode ser qualificada como razoável ou irracional, acertada ou errônea, mas não como falsa ou verdadeira. Não é demais indicar os riscos que implica o debate perante os tribunais sobre a validade das opiniões e, pior ainda, se isso ocorre pela via penal: nos delitos de opinião naufraga a liberdade e prospera a tirania.

29. Por último, é importante observar que a Corte reiterou sua posição sobre um tema que ressurge por causa das ações penais realizadas com base em supostos delitos de informação ou de opinião (sobre os quais reitero as reservas que antes enunciei): o ônus da prova. Como a Corte destacou em outros casos, este princípio é aplicável a qualquer conduta, a título de garantia geral na relação entre o Estado e o cidadão que culmina na violação dos direitos deste: "Em todo momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação" (par. 78 da Sentença no *caso Kimel*).

Sergio García Ramírez
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário